

MIRJAN R. DAMASKA

**LAS CARAS DE LA
JUSTICIA Y EL
PODER DEL ESTADO**

Análisis comparado del proceso legal

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Barcelona • Buenos Aires • México D.F. • Santiago de Chile

Ninguna parte de esta publicación, incluido el
diseño de la cubierta, puede ser reproducida,
almacenada o transmitida en manera alguna ni por
ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico,
óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso
previo del editor.

A MIS PADRES
toplini starog doma

Título del original en inglés
*The Faces of Justice and State Authority:
A comparative approach to the legal process*

Traducción: ANDREA MORALES VIDAL
Colaboración: Pablo Ruiz-Tagle Vial

© 1986 by Yale University

Todos los derechos reservados
en lengua española

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 113.884, año 2000
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de abril de 2000

IMPRESORES: Salesianos S.A.

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1296-0

GUÍA PARA EL LECTOR

Para traducir algunas palabras que tienen un significado más difícil nos hemos basado en el conocimiento del Derecho, en el sentido del texto y en el uso de las palabras en Chile. Se ha conservado la denominación respecto a los países del Este, pese a los cambios políticos ocurridos desde que se escribió el libro.

adversarial y paritario: se ha mantenido siguiendo la traducción italiana.

alibi: coartada.

arrangement: disposición, institución, arreglo.

“attorneys”: “abogados”, explicando que incluye la representación judicial y extrajudicial de una persona jurídica que es propia de los abogados.

audit: examen, *supervisory, review*.

authority: poder, autoridad.

bar: organización profesional.

bargain: negociar.

bargaining chips: instrumentos de negociación.

composition: esquema, *pactum, agreement*.

contest: competición (para diferenciarlo de competencia judicial).

coordinated: paritario.
core: centro.
counsel: abogado.
criminal: penal.
decision maker: órgano decisorio, juez, adjudicador.
discovery: traducido a veces como "investigación preliminar".
disposition: disposición, resolución.
editment: acusación.
engrained: arraigados.
enjoin: orden judicial de hacer o no hacer.
factual: de hecho.
feature: aspecto.
file: archivo, expediente.
framework: marco.
ground: fundamento o justificación.
hearing: audiencia.
ideal: ideal.
injunction: orden o mandato judicial.
installment: fragmentado por etapas.
institute: promover, instaurar.
judgement: decisión.
legal arrangements: disposiciones jurídicas.
mandamus: mandato judicial.
official: funcionario.
officialdome: organización del Estado o del poder.
original: original, de primera instancia.
oxymoron: contradicción retórica.
pattern: modelo.
proceeding: procedimiento.
prosecution: sistema.
prosecutor: acusador público, fiscal.
provision: disposición.
setting: medio.
state attorney: abogado del Estado, abogado representante del Estado.
statute: ley.

trial manager: gestor del proceso.
trier of fact: quien adjudica los hechos.
writ of error: se ha mantenido sin traducción.

Frases latinas y alemanas

"omnes inlacrimabiles": todos indignos de ser llorados.
"torschlusspanik": el pánico de la hora de cierre.
"sua sponti": por su voluntad o por su autoridad.
"volenti non fit iniura": no se injuria a quien consiente.

P ROLOGO

A principios de 1996 envié un ejemplar del libro *Las caras de la justicia. Análisis comparado del proceso legal* del profesor Mirjan Damaska, al entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile profesor Mario Mosquera, en su calidad de presidente de la Editorial Jurídica de Chile, con el objeto de publicar una traducción al español.

Los méritos de la obra que proponía traducir me eran conocidos porque tuve el privilegio de ser alumno del profesor Damaska en la Universidad de Yale, quien además dirigió mi tesis de doctorado. Pero no estaba seguro si los especialistas del derecho procesal en nuestro país apoyarían este proyecto. El decano Mosquera confirmó mis dudas cuando me manifestó su simpatía, particularmente por las obras de autores italianos. Cuando le comuniqué esta dificultad al profesor Damaska, él me regaló la traducción de su obra al italiano que fue publicada por Società editrice il Mulino en 1991. Me explicó que el prólogo del profesor Michelle Taruffo en dicha edición disiparía las dudas de los procesalistas chilenos. Así fue. Y se comenzó a traducir *Las caras de la justicia*.

Las caras de la justicia, es, como dice el profesor Taruffo en la edición italiana, una obra caracterizada por un orden

riguroso que, a pesar de su complejidad y profundidad, es accesible a especialistas de diversos campos vinculados al estudio de los fenómenos jurídicos. La tesis principal del libro, que se anuncia por de pronto en su título, es que el análisis comparado tradicional debe completarse con nuevos criterios que permitan mostrar las diversas facetas que presenta el fenómeno del proceso legal. La comparación debe entonces progresar por la vía de la yuxtaposición de criterios que muestran las semejanzas y también las características específicas de cada una de las formas jurídicas.

El profesor Damaska inspira su comparación inicialmente en la concepción de las familias jurídicas cuyo desarrollo canónico realizó el profesor Rene David. Pero su análisis no se agota allí. En *Las caras de la justicia* se intenta construir una serie de modelos que permiten explicar de una manera comprensiva y compleja el análisis de los diversos sistemas de administración de justicia. Central en esta obra es su intento de vincular el origen y desarrollo de los sistemas de administración de justicia a las formas características que asume el fenómeno del poder. También discurre sobre los objetivos que pretenden servirse con las funciones que son propias de la autoridad. Por eso, esta obra muestra con gran profundidad y acierto el proceso jurídico desde una perspectiva comparada y exhibe las relaciones entre dicho proceso y las diversas formas características de autoridad. Tal como explicó Martin Shapiro en su brillante recensión de la edición original en inglés, la obra de Damaska muestra los vínculos que existen entre los sistemas de administración de justicia y la institución política por excelencia que es el Estado. En palabras del propio Damaska, lejos de ser la rama del Estado menos peligrosa, la judicial es —quizás con alguna exageración— la única rama del Estado.

Las caras de la justicia también incluye un trabajo de identificación de los aspectos ideológicos que están implícitos en los sistemas de administración de justicia. En esta parte se muestra con claridad la influencia de Max Weber. Al igual que Weber, Damaska nos propone la construcción de tipos ideales que resultan extremadamente útiles para perfec-

cionar y refinar el análisis jurídico comparado. El ideal jerárquico y el ideal paritario; el modelo activo y el modelo reactivo; la función de resolución de conflictos e implementación de políticas son los principales tipos ideales que combina Damaska. Su explicación del trasfondo ideológico es especialmente enriquecedora. Ella se construye con un vasto cúmulo de antecedentes históricos y sociológicos emanados de una posición de especial erudición. Su formación jurídica es continental, alemana, italiana y francesa, pero el autor también ha sabido empaparse y entender los más arcanos aspectos del *common law*, característico de los sistemas anglosajones.

El análisis comparativo incluye y va más allá de referencias históricas al sistema de administración de justicia continental europea y del *common law*. También comprende muchas otras explicaciones. Contiene por ejemplo referencias al sistema jurídico chino y al de otros países de Asia, de la ex Unión Soviética y por supuesto los países de Europa del Este. Casi simultáneamente con esta primera edición en español, se publicará su primera traducción al chino que será leída por miles de juristas en ese país. El carácter permanente de las explicaciones que Damaska exhibe como fruto de su análisis comparado, viene a ser una confirmación adicional de las tesis más importantes a partir de las cuales se construye la presente obra. A pesar de la desintegración de la Unión Soviética, a partir de los sucesos que comenzaron en 1989, las observaciones del profesor Damaska mantienen toda su vigencia porque el sistema jurídico en esos países ha conservado sus principales rasgos. Son por lo mismo pertinentes sus observaciones sobre los sistemas jurídicos socialistas que comprenden la mayor parte de los países de Europa del Este, incluyendo por supuesto a la ex Yugoslavia.

Extensas zonas del planeta, incluido nuestro continente americano, han comprometido importantes esfuerzos para reformar la administración de justicia. En Chile se habla de reformas constitucionales; de cambios revolucionarios en el proceso penal; de un nuevo ministerio público; de nuevos métodos de prueba; de medios alternativos de solución de

conflictos; de políticas criminales efectivas; de nuevos métodos de lucha contra la delincuencia; de sistemas para lograr un mejor acceso a la justicia de los sectores menos aventajados entre otros. Todos estos y muchos otros temas son tratados en este volumen y con una mirada aguda y un tanto escéptica se explican los fundamentos de las instituciones jurídicas que inciden en estas materias.

Las caras de la justicia tiene un uso potencial muy amplio. De partida es un texto de primer nivel para cualquier curso de pregrado en derecho procesal y derecho probatorio. También es un excelente material de consulta para los cursos de historia del derecho, introducción al derecho, derecho constitucional o administrativo, derecho comparado o sociología del derecho. El texto es a su vez muy apropiado para guiar seminarios o cursos de posgrado y eventualmente puede servir como texto base para un curso sobre aspectos esenciales del derecho que se enseñe a estudiantes de economía, ciencia política, humanidades, etc. En definitiva, *Las caras de la justicia* es un texto ilustrado que tiene muchos usos distintos y del cual siempre se puede echar mano para aclarar algún aspecto difícil o controvertido que concierna a alguna materia relativa a los sistemas de administración de justicia.

Debo reconocer a su vez que al principio intenté traducir la obra personalmente, pero el trabajo era muy difícil y requería de una dedicación de tiempo completo. Por eso, después de probar con diversos traductores profesionales se entregó dicha tarea a doña Andrea Morales Vidal con el compromiso que su trabajo sería efectuado en colaboración con el suscrito. Para cumplir con ese encargo tan delicado me hice acompañar por los ayudantes José Manuel Simián y María Agnes Salah que leyeron el texto varias veces y que también me ayudaron a sugerir las mejores versiones de los conceptos jurídicos en su traducción al español. Asimismo, para facilitar su consulta especializada, la editorial que publica esta obra ha confeccionado un índice temático, sin perjuicio de advertir que algunos de los términos allí incluidos pueden requerir de mayor explicación. También se ha agregado un listado ejemplar de algu-

nas de las opciones que se han tomado en la traducción de los términos que tienen un particular significado jurídico. Esperamos la comprensión de los lectores sobre las opciones que aquí se han tomado, que aunque pueden no ser exactas sólo han tenido el propósito de facilitar la consulta de esta obra a los lectores de lengua española.

La riqueza de *Las caras de la justicia* es muy grande. El profesor Damaska abunda en referencias a la mitología griega, a la historia de Roma y de la época medieval. Su conocimiento de historia moderna y contemporánea es también extenso. Las fuentes bibliográficas que él ha usado en la investigación de cada tema incluyen la cita directa de obras en idioma inglés, alemán, italiano, francés, ruso, latín y croata. Y por si esto no fuese suficiente, el análisis jurídico comparado se ha amenizado y se hace inolvidable con una serie de imágenes y recursos literarios de las cuales menciono a modo simplemente ejemplar y como paráfrasis, los siguientes: "El Estado a veces parece un hombre que tiene muchos deseos y un órgano pobre para satisfacerlos". "Las formas procesales surgen de sus propósitos, cual si fuesen muñecas rusas". "Los sistemas de administración de justicia pueden llegar a tener los mismos rasgos de oscuridad que caracterizó la obra arquitectónica de Vitrubio". "A veces, el análisis de los sistemas procesales es comparable con el apuro en que se vería alguien al intentar expresar los finos matices de un *capuccino* sin conocer el café y la leche". "Mantener la simetría y la igualdad entre las partes de un proceso puede ser tan difícil y delicado como entretener una monja". "Los funcionarios pueden ser comparados, a un cactus que producen una flor por un día y conservan sus espinas para siempre". "El derecho al silencio cuando es concedido en una etapa procesal avanzada puede ser igual al regalo de una peineta que se da a una persona que ha perdido el pelo". "El litigio de interés público (en EE.UU.) se parece cada vez más al lobo marsupial que tiene apariencia de lobo, pero que es en realidad una clase de zarigüeya". En suma, se trata de una obra de entretenida lectura que es enteramente singular en cuanto a su método, su profundidad y su exposición.

Luego de estudiar derecho en la ex Yugoslavia Mirjan Damaska llegó a ser decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zagreb. Más tarde emigró a EE.UU. Actualmente es profesor en la Universidad de Yale, donde es titular de la cátedra de derecho comparado, centrándose en las relaciones del derecho procesal y del derecho probatorio. También ha escrito importantes trabajos sobre la codificación y más recientemente se ha dedicado al derecho constitucional y a los derechos humanos, participando activamente en los juicios por los crímenes de guerra cometidos en la ex Yugoslavia.

En definitiva, los conocimientos que contiene esta obra son tan vastos que a veces su contenido parece un desafío al aforismo de Marcial que el propio profesor Damaska cita en su introducción. El aforismo dice: *Quien vive en todas partes, no vive en ninguna parte*. Sin perjuicio de la verdad del aforismo, mediante el libro *Las caras de la justicia* de Mirjan Damaska podemos situarnos en muchos contextos jurídicos distintos. Podemos también usar estos conceptos para contribuir al entendimiento, la explicación y por sobre todo a la mejora de los más diversos sistemas de administración de justicia. Decir todo esto respecto a una obra de factura impecable es decir casi nada.

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL
Santiago, marzo de 2000

A GRADECIMIENTOS

La idea de este libro nació de una honda necesidad de reconciliar mis culturas legal, originaria y de adopción. Hacer que esta idea diera frutos hubiese sido una tarea muy solitaria sin mi amigo Bruce A. Ackerman: incansablemente me estimuló a continuar el proyecto, aguijoneándome para que refinara su organización básica, sin dejar nunca de comunicarme sus ideas sobre la mejor manera de integrar la visión de mi vida profesional pasada y presente. Pero como nuestros frecuentes intercambios también estaban animados por un espíritu de desacuerdo cordial, lo absuelvo de buen grado de cualquier complicidad en algunas de las líneas argumentales específicas que he desarrollado.

Durante las primeras etapas de mi investigación, una beca de la National Endowment for the Humanities, durante el año académico 1978-79, me permitió reducir el tiempo docente para vagabundear libremente por algunas de las grandes bibliotecas europeas. La deuda intelectual adquirida en ellas queda testimoniada en las notas al pie de página.

Habiéndome beneficiado de los comentarios de varias personas sobre los diversos borradores de este estudio, las contribuciones de tres colegas me han resultado especialmente valiosas. Abraham Goldstein, Martin Shapiro y Stephen

Schulhofer fueron generosos al expresar sus desacuerdos con muchos aspectos del trabajo que estaba realizando, e hicieron observaciones agudas y sugerencias esclarecedoras. Sus críticas y su insistencia en una mayor elaboración me indujeron a hacer numerosos cambios en el manuscrito. Harry Wellington y Guido Calabresi, los decanos de la Escuela de Derecho de Yale, proporcionaron ayuda material y estimularon mi ánimo. Alice Miskimin, Esq., fue una editora sensible, y su trabajo fue tan competente como discreto.

Si el título de este libro parece copiar a propósito *Las caras de la Justicia*, de Sybille Bedford, ello refleja mi admiración por su reportaje colorido y vívido de los tribunales europeos.

Y finalmente debo un agradecimiento especial a María, con quien comparto *gaudiarum periculorumque*, por su gracioso sacrificio de muchas tardes y fines de semana durante la gestación de este libro.

I INTRODUCCION

La observación de la diversidad de instituciones y sistemas a través de los cuales se administra justicia en los Estados modernos, abre un campo inmenso y sorprendente. La gama de la diversidad es de tal magnitud que elude una expresión en términos de vocabulario común y nos hace sentir inseguros acerca de nuestros puntos de referencia básicos. ¿Requiere el proceso legal, como se cree a veces, la interacción de tres partes independientes —un demandante, un demandado y un juez— o puede asimismo tomar la forma de *affaire à deux* entre un individuo y un representante del Estado? Para que el proceso conserve su naturaleza legal ¿es necesario que esté controlado, directa o indirectamente, por un “juez” del Estado? ¿Cuáles son las funciones y atributos esenciales de este funcionario? ¿Es básicamente la persona que resuelve los conflictos, el que aplica una política de Estado, un educador, y un terapeuta? ¿Y los individuos implicados en un juicio siguen siendo “partes” si se convierten en fuente de pruebas, si proporcionan la información que requiere el Estado para llevar a cabo sus políticas y sus programas? ¿Cuáles son los requisitos mínimos en los Estados modernos para un debido proceso? Estas y muchas otras interrogantes, o las múltiples respuestas que ofrecen los sistemas modernos, piden explicaciones urgentes.

No todas las diferencias en el marco institucional y en las formas de justicia son visibles a primera vista. Algunas subyacen bajo similitudes superficiales y sólo pueden descubrirse tras una revisión más profunda. No ha de sorprender, entonces, que a veces se proclame el consenso respecto a puntos sobre los cuales los acuerdos no son más que logros retóricos. **Virtualmente todos los Estados comparten la noción de que todos los jueces deberían ser independientes y que se debe presumir que el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, pero la unanimidad comienza a resquebrajarse en cuanto se consideran las implicancias de esas nociones y el significado operativo de la administración de justicia de los diversos países.**

En muchas de esas materias pueden encontrarse sistemas y opiniones divergentes en un mismo país. Esto queda claramente ilustrado por las diferencias institucionales y de procedimiento de la justicia de los EE.UU., que forman un auténtico rompecabezas, y el debate consiguiente sobre la reforma de la administración de justicia en dicho país. No obstante, sin importar la amplitud de la gama de diferencias que se manifiestan internamente, desde una mirada externa, semejante falta de unidad a menudo se presenta como variaciones dentro de una identidad mayor: **con frecuencia se comparten los conceptos de "justo" y "ordenado", de cómo deben estructurarse las instituciones judiciales, y los parámetros semejantes en la elección de alternativas.** Generalmente se aceptan de modo irreflexivo las formas de ordenar los temas, pues el lenguaje del debate es claramente el mismo.

Para hacerse una idea de la gama mucho más amplia de las diferencias y los límites del discurso común, no hace falta alejarse del mundo occidental. Basta con considerar algunos contrastes bien conocidos —aunque mal definidos— entre los sistemas procesales del derecho angloamericano (*common-law*) y continental (*civil law*). En estos dos marcos las formas de presentar las pruebas y los argumentos son notablemente diferentes: por una parte, existe el interrogatorio directo al testigo a cargo de los abogados; por la otra, está el interrogatorio judicial. Que el acusado de un delito pueda renunciar

al derecho a juicio declarándose culpable, parece normal a los abogados angloamericanos, pero resulta raro e inadmisiblemente para los abogados continentales en cuyos sistemas todos los casos —más allá de la confesión del acusado— han de ir a juicio. Que la parte civil tenga derecho a no testificar está muy aceptado en Europa, pero resulta casi chocante para los angloamericanos. El hecho de que la mayoría de los sistemas de *common-law* pongan restricciones más severas al acopio de pruebas en los casos criminales más que en los civiles, casi escapa a la comprensión del abogado continental. Menos familiares, puesto que son más difíciles de identificar, parecen algunas ideas discrepantes sobre temas básicos, como el lugar del juicio en relación a las diligencias preliminares y el proceso de apelación, o la naturaleza precisa de la competencia judicial. Si pasan desapercibidas, estas diferencias sutiles pueden provocar serios malentendidos entre los abogados angloamericanos y continentales. En cada lado de la frontera que separa la administración de justicia en países donde impera el *civil law* o el *common-law*, **cada grupo descubre, de pronto, relaciones ilusorias tras cierto parecido de familia.**

Al acercarnos al Este, como corresponde a este momento de los asuntos occidentales, lo provinciano de nuestro discurso salta a la vista de varias maneras. La administración de justicia en la **Unión Soviética** y los países europeos de su órbita tiene muchos aspectos que rompen las categorías convencionales y ofenden la sensibilidad legal de los abogados occidentales, tanto desde la perspectiva del *civil law* como del *common-law*. Según el *common-law*, los abogados pueden encontrar que el papel de la abogacía y la judicatura es demasiado estrecho en Europa occidental, pero esta reducción no pasa de ser un matiz cuando se confronta con el menguado papel de los jueces y abogados de la Unión Soviética. Asimismo, la relativa facilidad con que pueden alterarse los juicios en los sistemas comunistas, ofende los conceptos occidentales tradicionales. Por otra parte, mientras en Occidente se habla cada vez más acerca de las "funciones simbólicas" de los procesos legales, hasta las propuestas relativamente radicales de reforma parecen tímidas y modestas en comparación

con el tono "edificante" del estilo soviético. Más al Este, en China, se encuentran sistemas de justicia tan diferentes a los nuestros que un discurso impregnado de las particularidades del desarrollo occidental será casi enteramente inútil. Observados a través de los lentes occidentales convencionales, los procesos en los que se administra la justicia china, difícilmente se calificarían de "legales": los juicios, los abogados —incluso los tribunales o la ley como disciplinas semiautónomas— parecen extraños y prescindibles.

Esta asombrosa diversidad ¿puede hacerse inteligible o reducirse a un conjunto manejable de modelos? Como mínimo ¿puede desarrollarse un marco conceptual que nos ayude a encontrar las similitudes y las diferencias de las partes que lo componen? Dicho marco es el tema principal de este libro. Las reflexiones sobre este tema son abundantes: se han explorado diversas analogías, moviéndose en niveles y segmentos diferentes del proceso legal. No ha de sorprender que donde algunos descubrirían unidad dentro de una variedad aparente, otros encontrarán variedades dentro de una unidad ostensible. Reconciliar estas líneas de investigación divergentes se ha vuelto tan difícil que resulta tentador dejar de lado el castigo de tener que abarcar estos estudios copiosos en extremo. Pero hay que resistir la tentación: parecería osado sugerir nuevos enfoques y sumarse a la cacofonía de voces, sin indicar los motivos de la insatisfacción con lo que se ha pensado y dicho antes. De aquí que, en el breve prolegómeno que sigue, esbozaremos los aciertos y desaciertos de las familias de investigación más notables.

I. SISTEMAS ADVERSARIALES E INQUISITIVOS

Un camino que muchos han seguido, es oponer el sistema adversarial al sistema inquisitivo, o de no-contradicción. En el siglo doce ya se usaba una dicotomía para distinguir un proceso que requería el impulso de una parte para ponerse en marcha (*processus per accusationem*), de un proceso que podía iniciarse en su ausencia (*processus per inquisitionem*).

En tiempos posteriores esta distinción fue utilizada por los juristas continentales en una diversidad de contextos y adquirió diversos significados técnicos.¹ Sólo más recientemente lo están utilizando los comparativistas en una escala más amplia, fundamentalmente para expresar el contraste entre la administración de justicia angloamericana y la continental. Pero, habiendo escapado a la relativa exactitud del uso legal interno, ahora cada etiqueta denota unos rasgos distintivos en combinaciones variables que con cierta frecuencia están en conflicto. Sólo el significado básico de la oposición permanece razonablemente cierto. El modelo procesal "adversarial" surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. El modo no-adversarial está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial; bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia.

Más allá de este significado esencial, comienzan las incertidumbres. No está claro hasta qué punto el proceso adversarial depende de los deseos de las partes ("¿Cuán pasivo puede ser un juez?") y cuán omnipresente es el control oficial en el modo inquisitivo ("¿Cuán activos pueden ser los administradores de justicia?"). Cada concepto está dotado de rasgos diferentes cuando la discusión se centra en casos criminales, litigios civiles, o en la administración de justicia en general. En particular confunde el hábito de incorporar en los dos modelos de procedimiento diversos rasgos cuya

¹ El uso más importante era distinguir y explorar la relación entre los dos tipos de proceso penal, uno de los cuales (el inquisitorio) prevaleció en la práctica, mientras que el otro (el acusatorio) era una forma teóricamente mejor y preferible. Ver A. L. Homberg zu Vack, "De diversa índole *processus inquisitorii et accusatorii*", en J. F. Plitt, ed., *Analecta iuris criminalis*, 369-72 (Francfort-Leipzig, 1791). Hasta hace poco, los juristas más pragmáticos de la *common-law* han rechazado teorizar sobre la administración de justicia: la utilidad del pensamiento jurídico que cruzaba el Canal de la Mancha era, en su conjunto, bastante sospechosa.

relación con la oposición de las ideas de contienda o investigación son, en el mejor de los casos, tenues. Por ejemplo, en el modo inquisitivo se encuentran características como carrera judicial, preferencia por reglas rígidas, y el apoyarse en una documentación oficial, en tanto que el modo adversarial comprende jurados en el papel de órganos decisorios, discrecionalidad al tomar la decisión y un apego a las pruebas orales.² Mientras más cubra cada concepto la vasta gama de características, resulta más evidente que las premisas en que se basa la oposición son inciertas o ambiguas.

A la complejidad se añade otra dimensión derivada de la inclinación, tanto de los abogados angloamericanos como continentales, a desarrollar variaciones nativas sobre el tema de los procedimientos adversarial o inquisitivo. En el continente los abogados siguen atribuyendo a la oposición un significado más técnico y descriptivo, y enmarcan el otorgar control sobre el proceso —tanto a los funcionarios como a las partes— en parámetros que les parecen normales a la luz de su experiencia histórica. Temas como el interrogatorio de testigos parecen “naturalmente” ser responsabilidad de los funcionarios a cargo del proceso, de modo que las formas alternativas de obtener pruebas no están incluidas en la dicotomía entre el procedimiento adversarial o inquisitivo.³ Por otra parte, para los angloamericanos ambos conceptos están envueltos en juicios de valor: el sistema adversarial tiene una abundante retórica que exalta las virtudes de la administración de la justicia liberal, en contraste —en las antípodas— con un proceso autoritario; como el sistema de proceso criminal en el continente, antes de su transformación al inicio de la Re-

² Ver, p. ej., A. Goldstein, “Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”, 26 *Stanford L. Rev.*, 1009, 1017-19 (1974).

³ Ya en el siglo doce, el interrogatorio de testigos por el juez llegó a ser considerado parte esencial del trabajo de los funcionarios del poder judicial, de modo que parecía “natural” que la toma de pruebas estuviera en manos del juez en ambas versiones, inquisitoria y acusatoria, del proceso judicial.

volución Francesa.⁴ Además se imaginan los temas que pueden ser asignados o bien a las partes o a quien toma la decisión, bajo la luz de la experiencia angloamericana, para que el estilo adversarial también incluya, entre otras características, la presentación de pruebas ofrecidas por las partes.

Buena parte de la confusión resultante se debe a que los criterios para incluir rasgos específicos de los tipos adversarial o inquisitivo, siguen poco claros. Estrechamente entretreídos, se pueden discernir dos enfoques básicos de este problema. Uno es concebir los dos tipos como retratos de los dos grupos distintivos, descendientes de sistemas históricos reales: un tipo incluye procedimientos comunes a la tradición que deriva de Inglaterra, en tanto que el otro se relaciona con procedimientos de la tradición continental. Ahora bien, si esto implica un intento de definir los modelos que abarquen todos los sistemas continentales y angloamericanos, estaremos ante una tarea digna de Sísifo. El mínimo común denominador de cada sistema es inestable y en constante cambio. En cuanto un país rechaza una característica, ha de ser exorcizada de su modelo respectivo; otros trucos triviales por el estilo no se pueden distinguir de sus componentes importantes. Casi no habría de sorprender, entonces, que aquellos que suscriben esta premisa de la tipología sólo ofrezcan “ejemplos” de forma de los sistemas adversarial o inquisitivo y son incapaces de articular los tipos respectivos como compuestos definidos de los modelos procesales e institucionales. Para estar seguros, puede entenderse que el primer enfoque comprende sólo rasgos que de algún modo “caracterizan” las tradiciones angloamericana y

⁴ En ocasiones este uso queda reflejado en decisiones del tribunal. Ver, p. ej., *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 460 (1966). Visto contra el trasfondo de su historia, los abogados continentales sitúan su sistema procesal penal contemporáneo en algún lugar a medio camino entre las formas “inquisitiva” (prerrevolucionaria) y “acusatoria” (reformada). En contraste, los juristas del *common law* a menudo llaman “inquisitivos” a los sistemas continentales contemporáneos: desde su punto de vista, las formas continentales pre y postrevolucionarias fácilmente pueden parecer ramas de un mismo tronco.

continental de administración de justicia.⁵ Inevitablemente, no obstante, los criterios para la inclusión de rasgos en los modelos se hacen numerosos y difíciles de organizar de modo coherente: las tradiciones abrazan analíticamente materias separadas que corresponden a la estructura institucional, la elección de forma procesal y otras características similares que pueden coexistir en una tensión no resuelta. Sin duda, sólo pueden relacionarse algunas de estas múltiples características con el tema que he identificado como la oposición básica entre los sistemas inquisitivo y adversarial. En suma, la tipología es engorrosa y difícil de emplear como instrumento de análisis. Resulta de utilidad muy limitada para proporcionar una orientación comparativa más allá de los sistemas jurídicos occidentales.

El otro enfoque va muy lejos en un intento de separar las dos modalidades de procesos legales de las contingencias de la historia; incluye una búsqueda y la articulación de ideas que puedan encajar formas de justicia en marcos reconocibles. Cuando se han obtenido de la observación de los sistemas reales, estas ideas toman, por así decirlo, vida propia. Se pueden buscar sus implicaciones con las formas de procedimiento en una amplia gama de temas jurídicos, tanto si un sistema real alcanza a cubrir todas estas implicaciones, como si no. En su totalidad, los vínculos de las ideas constituyen las características del tipo. Una idea podría ser dejar la responsabilidad de las acciones a las partes y otra, dar esa responsabilidad a un funcionario imparcial: en ese caso las implicaciones de estas dos ideas se pueden seguir hasta temas tales como quién controla la iniciación y el final de las acciones judiciales, su materia, las pruebas, y cosas similares, incluso si los sistemas existentes, en combinaciones variables, sólo confían parte de estas materias a las partes o a los funcionarios imparciales. Cuando se aplica este segundo método, los procesos adversariales o no adversariales se convierten en criaturas ficticias, que casi

⁵ Ver, p. ej., A. Goldstein, *supra*, n. 2, 1017.

nunca o nunca se encuentran en la realidad, pero que bajo ciertas condiciones son útiles para analizarla y hacerla inteligible. Al igual que un edificio en particular puede ser "reconocido" en términos de estilo arquitectónico, un proceso existente puede asignarse a un tipo específico.⁶ Concebida de este modo, la tipología puede utilizarse como un mapa neutro que toca los países angloamericanos y continentales: los rasgos adversariales pueden identificarse en Europa continental e incluso pueden ser notables en algunas ramas de la administración de justicia, en tanto que se pueden encontrar rasgos inquisitivos, algunas veces bastante visibles, en tierras angloamericanas. Desde luego también se puede aplicar esta tipología a sistemas reales fuera de la tradición jurídica occidental.

El esfuerzo por entender las formas de justicia en los Estados modernos obtiene más frutos del segundo enfoque. Pero si se quieren evitar los constructos estrechos y estériles, ha de explorarse el fondo sobre el cual los abogados contraponen la contienda a la investigación, el control oficial al control por las partes, y otros principios estructurales del proceso legal. Además también han de abandonarse los vanos intentos de expresar el meollo del contraste entre la administración de justicia angloamericana y continental mediante la yuxtaposición de esos conceptos. La mayor parte de las características que constituyen el contraste esencial entre ambos sistemas no puede ser captada así, especialmente si nuestra visión va más allá del área estrecha de los procedimientos penales.

⁶ La comparación con estilos artísticos puede llegar más lejos. Para clasificar una obra de arte como perteneciente a un estilo particular, se piensa que es suficiente con que posea algunos, no todos, de los elementos del ideal estilístico. Por ejemplo, a pesar de que a la catedral de Notre Dame de París le faltan capiteles, y no expresa la verticalidad abismante de otras catedrales góticas, pertenece indiscutiblemente a la convención gótica. Rara vez ocurre que una obra de arte particular exprese por completo un estilo, como Boucher, quien quizás es epitome del rococó.

ii. EL PROCESO LEGAL Y LA ORGANIZACION SOCIOECONOMICA DEL ESTADO

De los esfuerzos por relacionar el proceso legal con la organización económica y social de los Estados modernos han surgido claras líneas de investigación sobre las formas de procedimiento. Pese a que muchos aspectos de la administración de justicia pueden ser provechosamente estudiados desde esta perspectiva (por ejemplo qué resultados obtienen en juicios aquellos que tienen recursos económicos y aquellos que no los tienen) ha resultado sumamente difícil relacionar el *diseño* del proceso con alguna clasificación de los Estados según las variables socioeconómicas.

Esto puede ilustrarse bien por lo infecundos que han resultado los estudios inspirados en la distinción que hizo Marx de los diversos "modos de producción" (feudalismo, capitalismo, socialismo, etcétera) como determinantes últimos de las instituciones sociales, incluido el sistema legal. Se esperaba que estas categorías proporcionasen el hilo de Ariadna que permitiría encontrar la salida del laberinto creado por la diversidad de procedimientos: en teoría sería posible identificar una forma básica de administración de justicia feudal, capitalista o socialista que, al permitir variaciones internas, pudiese ofrecer la orientación necesaria, junto con las mejores posibilidades de explicación.⁷

Pero la percepción prometida al alinear los sistemas jurídicos con las categorías marxistas resultó ilusoria. El problema inmediato fue, por una parte, incorporar los estilos legales notablemente similares que aparecían en entornos socioeconómicos categóricamente diferentes, y por otra, los estilos marca-

⁷ Karl Marx nunca intentó ligar sus amplios modelos de estructuras socioeconómicas a aspectos formales del proceso judicial. En la Unión Soviética, sin embargo, especialmente durante la etapa de Stalin, la creencia en la posibilidad de establecer ese vínculo llegó a formar parte del canon, y toda clase de oportunistas se lanzaron a descubrirlo. La fuerza del *dictum* de Vauvenargue fué pronto reivindicada: "Cuando las grandes mentes han enseñado a pensar a los inferiores, los ponen en el camino del error" (*Reflections et Maximes*, N° 221, Charbonnel, ed. [París, 1934]).

damente diferentes, dentro de entornos idénticos. Consideremos la diferencia evidente —aunque escurridiza— entre el *common-law* y el *civil law*; ambos surgen del mismo terreno socioeconómico del final de la Edad Media (feudalismo) y siguen dividiendo a los países capitalistas. Se puede argumentar, desde luego, que el sistema feudal y el capitalista tuvieron desarrollos diferentes a cada lado del Canal de la Mancha; pero si entornos feudales y capitalistas produjeron formas diferentes del proceso legal, entonces esta variación interna habría de atribuirse a algún otro factor (o factores) antes que al feudalismo o al capitalismo como tales. Más aún: articular las diferencias comunes a las formas del proceso judicial socialista, capitalista o feudal ha resultado insuperablemente difícil, en contraste con lo cual las diferencias entre el *common-law* y el *civil law* se desdibujan hasta desaparecer.⁸ Por el contrario, los contrastes convencionales siguen a la vista, y llaman la atención de los abogados de los sistemas socialistas de Europa: pese a que podían señalar algunas formas "socialistas" nuevas,⁹ muchos aspectos importantes de sus procesos legales comparados con el ordenamiento y las instituciones del *common-law*, resultaban marcadamente similares a los sistemas continentales convencionales. La estructura esencial de los juicios era semejante, y también lo eran las líneas básicas de los procesos preliminares y de apelación, los modos de recabar pruebas y un número considerable de temas más específicos. Claramente no había

⁸ Para intentos fallidos en la literatura soviética y para algunas tosquedades de esta empresa, ver, p. ej., M. Cheltzov, *Ugolovnyi Protssess*, 425-40 (sobre el procedimiento socialista), y 440-56 (sobre los sistemas capitalistas) (Moscú, 1969). Los estudiosos soviéticos han expresado visiones divergentes sobre las formas adversarial y no adversarial y la oposición entre los procedimientos capitalistas y socialistas. A pesar de que algunos comentaristas, incluido el famoso Pashukanis, piensan que la idea adversarial es "burguesa" y la no adversarial "socialista", esta identificación es negada por otros.

⁹ Aquí no sugiero que rasgos peculiares de la justicia soviética puedan atribuirse siempre y con algún grado de plausibilidad a la dimensión económica de la vida soviética. Mientras un lazo histórico con la organización económica es, a veces, bastante obvio (p. ej., respecto a las maneras de resolver disputas entre empresas nacionalizadas), más a menudo la relación con la ideología y la política parece más directa y plausible.

más salida que reconocer que dichas similitudes son el puente que une a los Estados de Europa continental, con economía planificada, con aquellos dominados por el mercado capitalista.

La solución a este predicamento ha sido proclamar que las semejanzas aparentes entre sistemas procesales con subestructuras diferentes de organización económica, son superficiales: arreglos formales semejantes, se ha dicho, están impregnados de un significado o propósito diferente y adquieren una nueva forma de acuerdo con el substrato económico. También así se han explicado las diferencias de formas de procedimiento entre jurisdicciones que comparten la misma organización socioeconómica, tildándolas de superficiales: aquí se dice que la variación en la forma oculta importantes identidades de propósito y significado. La justicia –imaginada como el instrumento de un grupo que domina la formación socioeconómica– retiene su identidad, incluso cuando cambia la forma del instrumento. Pese a que se ha abusado de este argumento, usándolo como elixir ideológico, merece que se lo tome en serio. Considerar formas de justicia en un aislamiento monádico de su contexto social y económico es –en muchos casos– como interpretar *Hamlet* sin el príncipe de Dinamarca. También es cierto que puede implementarse una política social idéntica –hasta cierto punto– mediante arreglos de procedimiento muy diferentes y que se pueden implementar políticas muy diversas con procedimientos similares. Pero cuando el sujeto de la investigación es la forma de procedimiento, sin más, este argumento yerra su blanco, excepto, tal vez, cuando sugiere que el interés en las formas de procedimiento se refiere tan sólo a la superficie.¹⁰ Se entiende tácitamente que

¹⁰ Esto es probablemente lo que Marx y Engels pensaban realmente: la forma del derecho, incluso las formas de los regímenes políticos, quedaba lejos de su centro de interés. La ley es vista como un instrumento. Consideraban el derecho como un instrumento para la consecución de fines sustantivos específicos, en particular la dominación de clases. La forma de este instrumento, el diseño de la forma legal, era un tema menor y poco atendido. Incluso el concepto de los lazos entre substancia y forma permanecen en el trasfondo. En una interesante carta a Mehring, el anciano Engels tomó conciencia de esta visión estrecha e intentó justificarla. Ver K. Marx y F. Engels, *Selected Correspondence*, 459 (carta de julio de 1893) (Moscu, 1955).

no se abren páginas nuevas en el álbum de las formas de procedimiento cuando la sociedad pasa de un “modo de producción” al siguiente. Porque la mayor parte de los interrogantes básicos para el estudio de la diversidad de procedimientos están más allá de la oposición entre capitalismo, socialismo y otros conceptos socioeconómicos igualmente vagos, y hay que buscar en otra parte la inspiración que nos permita encontrar el esquema que sirva a nuestros propósitos.¹¹

iii. EL PROCESO LEGAL Y EL REGIMEN POLITICO

Si los criterios socioeconómicos son de poca ayuda, ¿podrían dar más luz los factores políticos? Este enfoque no es muy nuevo y ha sido explorado en una diversidad de temas. El estudio de las afinidades entre los procesos legales y las corrientes dominantes de la ideología política parecían especialmente prometedores. Se pensaba que después de todo los regímenes políticos se legitiman a través de la administración de justicia que establecen. Siguiendo esta veta, numerosos autores han sostenido que el diseño de los procedimientos es sensible a las variaciones particulares de la ideología imperante, especialmente las oscilaciones entre individualista y colectivista, liberal y autoritaria, u otras posiciones con ese tipo de etiquetas. En el proceso civil, se ha argumentado, estas variaciones tienen un impacto directo en cuanto al poder real de las partes privadas para dirigir el curso de los juicios, indudablemente un tema importante en la elección

¹¹ Incluso en los países en donde el marxismo es la ideología oficial del Estado, algunos pensadores sofisticados tomaron conciencia de que la ligazón entre el proceso judicial y la economía está “mediada” por variables políticas, de modo que esta última tiene mayor fuerza explicativa. La esfera económica determina las formas procesales sólo en el “fondo” o en “última instancia”. Ver, p. ej., I. Szabó, *Les fondements de la théorie du droit*, 66 (Budapest, 1973). La primacía causal de lo económico se mantiene indiscutible, como que Helena atrae a su cama.

de la forma de procedimiento.¹² En el proceso penal, se arguyó asimismo que las variaciones ideológicas afectan el grado de protección que el Estado concede al acusado: la posición comparativamente peculiar del acusado en el sistema penal angloamericano, ha sido ligada una y otra vez a los principios del liberalismo clásico.¹³

Otras obras subrayaron las relaciones del poder político más que el papel de la pura ideología política. Por ejemplo se encontraron cambios importantes en el diseño de los procesos legales, ligándolos a grados diferentes de centralización, con la participación de legos en la administración de justicia, y otros factores de este tipo.¹⁴ Los teóricos sociales —en especial Max Weber— usaron muchas percepciones generadas por estos estudios, en su mayoría de naturaleza histórica, para sugerir un aparato de comprensión más sistemático de los cambios de procesos. Weber desarrolló “tipos ideales” de autoridad y sugirió que la diversidad de las relaciones de poder pueden explicar diferencias importantes entre los sistemas legales, incluyendo la administración de justicia.¹⁵

En este estudio analizaremos cuidadosamente las relaciones entre política y justicia: de allí que se utilizarán factores de la esfera política para buscar un esquema capaz de

¹² Una larga tradición de pensamiento jurídico continental mantiene que las ideologías penetran en el proceso civil cambiando las ideas sobre la aplicabilidad del estilo “privado” en oposición al “derecho público”. Ver, p. ej., F. Klein y F. Engel, *Der Zivilprozessrecht Oesterreichs*, 1962 (Mannheim, 1927). El tema es desarrollado en un contexto comparativo por M. Cappelletti, *Processo e Ideologie*, 11-20 (Bologna, 1969). Sin embargo, muchos escritores han discernido las variaciones “ideológicamente determinadas” entre los estilos de derecho público y privado. Ver G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, 226-30 (Milán, 1965); M. Taruffo, *Il Processo civile “Adversary” nell’esperienza Americana* (Padua, 1979).

¹³ Ver, p. ej., J. Griffiths, “Ideology and Criminal Procedure,” 79 *Yale L.J.* 359 (1970); M. Taruffo, *supra*, n. 12, 259-301; S. Kadish, ed., *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 1, *The Adversary System* (1983).

¹⁴ Ver, p. ej., J. P. Dawson, *A History of Lay Judges* (1960); F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 183-89, 243-48 (Göttingen, 1967).

¹⁵ M. Weber, *Economy and Society*, vol. 1, p. 215, vol. 3, p. 1059 (1968). Ver también Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society*, 349-56 (1966).

hacer más inteligibles las notables variaciones de las formas modernas de justicia. Buena parte de la discusión entre política y justicia se articula en torno a dos temas que nos llaman la atención. El primero se refiere a la estructura del Estado y más específicamente al carácter de poder judicial; el segundo enfoca la función legítima del Estado y más específicamente los puntos de vista sobre el propósito que debe perseguir la administración de justicia. En buena parte de lo que se ha dicho hasta aquí, estos dos temas se han entrelazado y confundido: ciertos compromisos del Estado se asocian invariablemente con ciertos tipos de organización del poder. Más adelante intentaré desarrollar cada tema por separado, buscando en cada cual una coherencia específica que pueda ligar los arreglos de procedimiento con asociaciones identificables. De este modo emergerá un contexto dentro del cual podrán asociarse una diversidad de procedimientos —y sus enigmas— con las cambiantes estructuras y funciones de los Estados contemporáneos.

La organización del Estado

La organización del poder judicial deja algunas marcas en el proceso legal que a menudo resultan bastante evidentes. Por ejemplo, se han relacionado de modo muy persuasivo muchos rasgos distintivos del estilo angloamericano, con la división del tribunal entre juez y jurado. En tanto que otras características son más remotas y especulativas, difícilmente se podrá discutir que incluso factores tan intangibles como el tono más o menos personal de los procedimientos, o las actitudes divergentes respecto a documentos y fechas tope, pueden estar influenciadas por un carácter particular de la organización judicial (por ejemplo, por los grados de burocratización). En el primer capítulo sugeriré un marco para estudiar de modo más sistemático estos vínculos entre la autoridad y el proceso legal. Para facilitar la tarea reuniré en modelos o “ideales” aquellas características de la organización del poder judicial que tengan importancia para las formas de la justicia.

Para mantener esta problemática dentro de proporciones abordables, sólo construiré dos ideales de organización del poder, a partir de los rasgos principales que parecen distinguir los dos modelos de la maquinaria legal en el continente y en las tierras donde impera la tradición angloamericana. Pero como en estos dos ideales se exagerarán ciertas tendencias (por ejemplo el ordenamiento jerárquico de los tribunales en Europa, con una jerarquización menos rígida en los países angloamericanos) su utilización como instrumentos de análisis o como fuentes de hipótesis empíricas no se limitará a contrastar los sistemas de *civil law* o *common-law*. En efecto, como veremos, también se reflejarán en algunos rasgos de estos ideales, aspectos del sistema soviético y de las tendencias tecnocráticas occidentales.

Las implicaciones de estos dos ideales tocarán aspectos importantes del diseño de los procedimientos, como la estructura variable del juicio, su relación con el proceso como totalidad, la preferencia por técnicas alternativas para recabar pruebas, y otras. Se tratarán, además, temas más generales en que difieren los sistemas existentes, según se ha observado: por ejemplo, cómo la forma en que está organizado el aparato de la justicia afecta la perspectiva prevalente sobre ciertos temas (puntos de vista más o menos abstractos), o cómo la inclinación relativa por la toma de decisiones discrecionales contrasta con la preferencia por las reglas.

Antes de acabar el segundo capítulo emergerán dos estilos bien definidos de administración de justicia que captan mucho de las diferencias observadas entre los sistemas de *common-law* y *civil law*, aparte del contraste habitual entre adversarial/inquisitivo propios de los modos adversarial/inquisitivo. Para asegurarnos, las dos formas incluirán algunos rasgos encontrados en una u otra versión de estos conceptos convencionales; rasgos cuyos vínculos con las categorías convencionales son imprecisos y que, dentro de este esquema, tendrán puntos de amarre más firmes.

Es importante no mal interpretar la relación de los dos estilos con los sistemas de procedimientos angloamericanos y continentales. Como he señalado, los dos estilos se cons-

truirán contra un fondo de modelos de organización del poder que exageran o estilizan el contraste entre las organizaciones judiciales de los Estados continentales y angloamericanos (por ejemplo, las actitudes hacia la jerarquización o hacia los legos, como órganos decisorios). En consecuencia los dos estilos también intensificarán o magnificarán las tendencias o rasgos de los procedimientos existentes. Se verá que los procedimientos actuales anglosajones y continentales pertenecen a uno u otro modo, tal como los edificios corresponden a uno u otro estilo arquitectónico.

Funciones del Estado

Mi segundo tema requiere que se establezcan conexiones entre **el diseño de los procedimientos legales y las visiones dominantes sobre el papel del Estado en la sociedad**. Estas conexiones pueden establecerse de varias maneras, pero fundamentalmente las veré como mediadas por las ideas cambiantes acerca del propósito que ha de perseguir la administración de justicia: las ideas dominantes acerca del papel del Estado informan las visiones sobre el propósito de la justicia, y esto último es pertinente para la elección de muchos arreglos de procedimiento. Como sólo algunas formas de proceso judicial se adecuan a propósitos específicos, sólo ciertas formas pueden justificarse en términos de la ideología prevalente.

Si se va a seguir este camino, este estudio ha de absorber y ordenar la gran riqueza de ideas sobre la misión del Estado en la sociedad. Una solución es ver estos puntos de vista como contenedores de dos inclinaciones opuestas, cada una de las cuales rara vez tiene suficiente fuerza como para desplazar a la otra: que el Estado gestione las vidas de las personas y conduzca la sociedad; la otra, que el Estado mantenga el equilibrio social y se limite a proporcionar un marco para la autogestión social y la autodefinición individual. En el tercer capítulo analizaré la teoría política para investigar el fondo ideológico de estas inclinaciones contra-

rias. Cuando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas del Estado y a la implementación de sus políticas. En contraste, cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tiende a asociarse con la resolución de conflictos. En los capítulos 4 y 5 utilizaré estos dos propósitos contrastantes de la justicia —que se reflejan, por así decir, en los lentes de los principios ideológicos que los apoyan— para articular dos arquetipos del proceso legal: uno dedicado a la resolución de conflictos; el otro, a la implementación de políticas. Esta empresa implica la búsqueda de arreglos que, o bien están implícitos en los propósitos que los animan, o son adecuados para su realización, siendo compatibles con las ideologías que forman sus cimientos.

Según progrese este estudio se hará claro que el modo de implementación de políticas prefiere la investigación, en tanto que su antípoda se sesga, comparativamente, en favor de la competición. Esto quiere decir que surgirá un parentesco entre los arquetipos, por una parte, y entre los sistemas inquisitorios y adversariales, por la otra. En este momento inicial han de anotarse tres puntos principales que difieren del pensamiento convencional. Primero, y como tal, se piensa convencionalmente que los arreglos de investigación y competición son alternativas estructurales para conseguir la misma finalidad.¹⁶ En los EE.UU., por ejemplo, habitualmente se ven como diseños alternativos para la resolución de conflictos. Pero donde la oposición es imaginada como dos rutas alternativas que llevan al mismo lugar, los dos conjuntos de arreglos con los cuales se relaciona la

¹⁶ Como se ha sugerido *supra*, n. 12, una antigua línea del pensamiento continental indica de modo implícito y oblicuo que las dos formas sirven para propósitos diferentes: se dice que una se ajusta a casos civiles (o asuntos de derecho privado), mientras que la otra se ajusta a casos criminales (o asuntos de derecho público). Esta visión ya era común en el siglo catorce. Ver, p. ej., A. de Butrio, *Super Prima Secundi Decretalium Commentaria*, Tomo 3, *Rubrica de Judiciis*, 2 (Venecia, 1628). Para las diferencias entre esta línea de pensamiento y la aproximación propuesta en el texto, ver *infra*, c. 3, n. 42.

oposición no pueden distinguirse adecuadamente sin ambigüedad. Segundo, nuestros dos modos de procesos legales, cada uno de los cuales es predicado con un propósito diferente de justicia, sólo cubren características que pueden relacionarse con objetivos procesales específicos, y excluyen otros que reflejan una organización particular del poder. Por ejemplo, que un poder jurisdiccional, acusatorio o de cualquier otro tipo de autoridad esté más o menos centralizada, será irrelevante para el propósito de oponer los dos arquetipos. Se ha de pagar un precio por esta abstención autoimpuesta, pero, como sugeriré en la siguiente sección, al final resultará esclarecedor.

Finalmente los procesos de implementar políticas y resolver conflictos surgen contra un fondo de dos visiones extremas sobre el papel del Estado, visiones en las cuales se perciben las raíces de la oposición convencional de investigación y competición. Esta vinculación con la ideología política ofrece el contexto, al cual referiré el tema de la medida en que se pueden explotar los temas gemelos de disputa de partes, e investigación oficial en los Estados modernos. Además habrá una perspectiva que revelará —y al hacerlo expandirá— los límites del análisis convencional. Por ejemplo, ideas marcadamente divergentes sobre la independencia judicial y el sacrificio de los juicios exhaustivos en beneficio de la conservación de la integridad del proceso legal, pueden relacionarse —ambos— con la oposición de los procedimientos de implementación de políticas y resolución de conflictos.¹⁷

Esta breve sinopsis de los arquetipos revela que cubren disposiciones jurídicas en su forma pura o ideal, pero que

¹⁷ La dicotomía "adversarial-inquisitiva", tan habitual entre los juristas, está a menudo ligada a principios ideológicos. Ver *supra*, n. 12. Sin embargo, en conjunto, las posiciones ideológicas relevantes a la dicotomía no han sido suficientemente purgadas de las inconsistencias y ofuscaciones que caracterizan a muchas doctrinas políticas prominentes. Son particularmente deficientes las investigaciones sobre los presupuestos políticos de la forma inquisitiva. Sin embargo, semillas de la polarización de las ideologías útiles para nuestros propósitos se pueden encontrar en C. Lindblom, *Politics and Markets*, 248 (1977).

estos términos no sirven para denotar una forma de procedimiento perfecta o deseable, si no son, más bien y por una necesidad de analizar e identificar, un diseño separado de las contingencias históricas. La relación de los arquetipos con los procesos legales que existen en la realidad, va paralela a la relación de las funciones estatales con la función de los Estados existentes o históricos que cada cual presupone. Como la función del gobierno incluye tanto el mantenimiento del equilibrio social como programas de transformación social, y no sólo lo uno o lo otro, los procesos legales muestran tanto la resolución de conflictos como la implementación de políticas, a menudo en combinaciones complejas y ambiguas. Desde luego, en Estados altamente gestores, como China o la Unión Soviética, se podría esperar que todas las esferas de la administración de justicia tengan muchas características de implementación de políticas. Pero en los sistemas occidentales clásicos —tanto si pertenecen al *common-law* como al *civil law*— es posible encontrar combinaciones más equívocas, con el sabor de la mezcla que depende de procedimientos particulares. Los sistemas angloamericanos no tienen el monopolio de la resolución de conflictos (o formas adversariales); los sistemas continentales no lo tienen en la implementación de políticas (también inquisitivas).

De modo que el esquema analítico abre la posibilidad de encontrar algunas características de resolución de conflictos en Europa que faltan en la justicia angloamericana, y en esta última algunas formas de implementación de políticas, ausentes en el derecho europeo. En suma, no han de entenderse las características de los dos arquetipos como depositarias de facetas esenciales de los sistemas procesales existentes en los países donde impera el *common-law*, o *civil*. Se intenta que sean utilizadas para comprender la mezcla compleja de arreglos, como medio de análisis en términos de sus componentes, tal como en química analítica se estudian los compuestos.

Propuesta de un esquema unitario

Habiendo desarrollado dos perspectivas diferentes de la administración de justicia en los Estados modernos —uno centrado en su relación con la estructura de la autoridad del Estado y el otro, en su relación con la función del gobierno, intentaré aunar ambos puntos de vista, con el fin de observar el panorama de modo bifocal. Es dudoso, no obstante, que los procesos de implementación de políticas y de resolución de conflictos se puedan combinar libremente mediante arreglos adaptados a las estructuras de poder. ¿No están algunas funciones del Estado invariablemente asociadas a ciertas estructuras del poder? ¿No es verdad, por ejemplo, que los Estados que se empeñan en una transformación de la sociedad de gran alcance requieren un gobierno centralizado y profesional, de modo que sus programas —según la frase de Lenin— no se apliquen de modo diferente en Kaluga que en Kazán? ¿Y no se puede concluir de esto que las formas de justicia de implementación de políticas sólo deben asociarse con formas adaptadas a la maquinaria burocrática del Estado centralizado?

No se puede negar que en ausencia de un aparato estatal mínimamente capaz, algunas empresas de gobierno permanecerán como ilusiones, o no se contemplarán en absoluto. Pero sin llegar a esos extremos, no parece necesario que una concepción particular de la misión del Estado tenga que ir acompañada de una estructura particular de implementación. Un Estado fuertemente dirigista puede estar gobernado por dirigentes descentralizados —situación que se produce por ejemplo, en Irán, donde gobiernan los religiosos chiítas¹⁸ y un Estado con una inclinación al *laissez-faire* puede tener un gobierno centralizado y burocrático, situación que recuerda la de muchos Estados continentales du-

¹⁸ En una ilustración profana, el modelo yugoslavo de socialismo combina programas sociales generalizados con los ideales de descentralización y de rotación jacksoniana de los ciudadanos en los cargos públicos.

rante el siglo diecinueve. Desde luego se puede alegar que la realización de ciertos objetivos del Estado está mejor servida por organizaciones de poder particulares, o que ciertos tipos de organización gubernamental impiden la realización fluida de objetivos particulares. Un Estado con muchos centros de poder independientes y un fuerte deseo de transformar la sociedad puede compararse con un hombre con apetitos ardientes y un instrumento pobre para satisfacerlos. Pero este argumento no niega la realidad de estas combinaciones; sólo implica la observación de que ciertas combinaciones son armoniosas en tanto que otras crean disonancias y tensiones diversas.¹⁹ De modo similar las formas de justicia de implementación de políticas y resolución de conflictos pueden combinarse con formas adaptadas a diversas estructuras de poder, pero en tanto que algunas combinaciones encajan mal y crean tensiones, se ha visto que otras son funciones de procedimiento y autoridad bien ajustadas.

Lo que queda de este volumen intentará interrelacionar ambos grupos de modelos en un esquema unitario, sugiriendo formas en las cuales el conjunto resultante puede ser utilizado para analizar los diversos arreglos e instituciones que caracterizan la administración de justicia en algunos sistemas modernos prominentes. Esta perspectiva realzada nos ayudará a identificar algunas diferencias de grado que han sido obscurecidas hasta aquí —tales como conceptos discrepantes de la judicatura en los países de *common-law* y *civil-*

¹⁹ Ante tales desajustes, los estructuralistas tienden a diagnosticar un desmantelamiento (*décalage*) de la estructura y funciones del Estado (N. Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales de l'état capitaliste*, 303, 388 [Paris, 1968]). La presencia de un *décalage* no indica inevitablemente un estado de cosas indeseable: por ejemplo, el efecto dilatorio de la organización lega descentralizada en la realización de algunos programas puede evaluarse, en equilibrio, como una contención saludable a la realización precipitada de proyectos mal concebidos, o como justificación por la observancia de algunos valores "expresivos" (p. ej., mantener el juicio de los pares a pesar del costo y la demora en la administración de justicia). Las condenas automáticas por "disfunciones" e "ineficiencias" pueden de hecho reconocer tácitamente las inclinaciones burocráticas, objetables en ciertos tipos de organización estatal.

law y percibir las ideas divergentes sobre la relación entre los procesos civiles y penales. Pero mis mayores esfuerzos no serán para identificar cosas nuevas, sino para mostrar cómo la perspectiva que propongo difiere del lustre convencional y sugiere nuevos significados para lo que hasta aquí parecía incomprensible.²⁰

Las formas más enigmáticas de los litigios de interés público en los EE.UU., aparecerán ahora como mezclas complejas de implementación de políticas y resolución de conflictos, que interactúan con arreglos e instituciones adaptados con un aparato de autoridad que todavía "en principio" rechaza la burocratización y la jerarquización del poder judicial. Los arreglos genuinamente "soviéticos" se verán como combinaciones de rasgos atractivos para un Estado intensamente dirigista, con características jurídicas asociadas con un poder judicial centralizado y burocratizado. Daré particular atención a los aspectos de la autoridad angloamericana tradicional que crean tensiones en las formas de contienda, y aquellos aspectos de la autoridad continental que facilitan su implementación. Por lo tanto, han florecido en algunas esferas de la administración de justicia continental, ciertas disposiciones adversariales desconocidas para los procedimientos

²⁰ Mi propósito principal será mostrar cómo ciertas ideas sobre la misión y la forma del Estado, justifica o soporta conjuntos particulares de formas procesales, de este modo proporcionando medios por los cuales se puedan componer patrones reconocibles de disposiciones procesales. En general me abstendré de sostener que estas ideas han hecho que ciertos procedimientos sean lo que son. Sin embargo, ocasionalmente se harán estos planteamientos: algunas formas parecen inextricablemente ligadas a propósitos específicos de justicia, o con estructuras específicas de autoridad procesal. Algunos procedimientos también han tenido demiurgos que mostraban poco respeto por la forma preexistente y que trataban —cada vez que era posible— de darles forma de acuerdo a nociones ideológicas preconcebidas. Haré algunas observaciones metodológicas, pero sin intentar cubrir enteramente la naturaleza precisa de los vínculos o conexiones entre la política y la justicia. Una mayor precisión podría provocar tropiezos en el filo embrollado de temas filosóficos complejos: cada vez que los propósitos humanos y las percepciones constituyen vínculos entre fenómenos, surgen problemas metodológicos. Incluso cuando fuese posible resolverlos, la palanca pesaría más que la carga, y no podría seguir el curso de mi relato.

angloamericanos: esta paradoja –respecto a la teoría convencional– a su vez puede ser explicada como una interacción del poder judicial con ciertos objetivos del proceso judicial.

Aunque la ruta que recorreremos en este volumen ya está marcada, el lector ha de oír una voz que invita a la cautela. Ajustado a la amplia escala comparativa, mi esquema siempre sugerirá la apariencia de las cosas para un forastero de otro mundo²¹ antes que para alguien con raíces firmemente implantadas en un país en particular. Puntos de vista discrepantes pueden llevar a malos entendidos serios: lo que desde adentro parece ser una burocratización pronunciada de la autoridad, desde una escala mayor puede aparecer como una divergencia insignificante de las disposiciones preburocráticas; un Estado percibido internamente como dirigista (activista), desde una perspectiva más amplia puede parecer de tipo *laissez-faire*. Desde luego estas diversas evaluaciones se han de reflejar en caracterizaciones variadas de formas de justicia en su relación con la estructura y función de un Estado en particular. Inevitablemente, por lo tanto, la perspectiva que abré mi esquema parecerá iconoclasta y extraña, incluso ofensiva para algunas sensibilidades legales parroquiales. También desde esta perspectiva es inevitable un desapego de los compromisos domésticos, la depreciación de los desacuerdos internos y –más en general– una actitud desapasionada de neutralidad, violentamente sospechosa en algunos medios. Como resultado, las aclaraciones que ofreceré, en el mejor de los casos serán como un sol de invierno: darán luz, pero poco calor. Antes de embarcarse en esta aventura intelectual propongo al lector que tome consciencia de los costos inevitables de observar las cosas desde el exterior: cuesta sentirse cómodo en todas partes y que todo resulte familiar. *Quisquis ubique habitat nusquam habitat*.²²

²¹ La alusión es para todos los habitantes de la *civitas peregrina*, quienes no son más que extranjeros de paso en estados existentes. Ver P. Brown, *Augustine of Hippo*, c. 27, 322-25 (1967).

²² "Quien vive en todas partes, no vive en ninguna parte" (Marcial, VII, 73).

1 ORGANIZACION DEL PODER: LOS MODELOS JERARQUICOS Y PARITARIOS

i. DOS MODELOS DE ORGANIZACION DEL ESTADO

El estudio sistemático de los rasgos impresos en el proceso legal por la estructura del Estado requiere un esquema para identificar y describir los modos diferentes de organizar el poder judicial. Pese a existir mucha literatura –en rápido crecimiento– sobre las estructuras de la autoridad en general, la peculiaridad del papel del derecho no permite el lujo de poder apoyarse en las teorías establecidas sólo con modificaciones menores. Por ello comenzaré por el desarrollo de un marco analítico específico.

Los elementos conceptuales necesarios para este marco corresponden a tres preguntas planteadas a menudo al confrontar la organización del poder, **el primero se refiere a los atributos de los funcionarios, el segundo a sus relaciones, y el tercero a la manera en que toman decisiones**. Separados de este modo, desde hace mucho se sospecha que estos tres aspectos del poder influyen en la forma del proceso legal, y los usaré como parámetros para definir nuestras categorías. En cuanto al primer parámetro, el foco habitual es **la distinción entre funcionarios profesionales y permanentes**, y los

que no son profesionales y son transitorios. En el segundo parámetro, dos configuraciones menores merecen consideración especial: en la primera los funcionarios están encerrados en una red estricta de sub/supraordenación; en la segunda son aproximadamente iguales, organizados en un escalón único del poder. En el tercer parámetro, la diferenciación fundamental está entre la toma de decisiones de acuerdo a normas "técnicas" o especiales, y la toma de decisiones informada por normas generales de la comunidad indiferenciadas o generales.

Es fácil ver que estos tres aspectos más notables del poder son independientes desde el punto de vista analítico, de modo que las variables menores de cada parámetro se puedan combinar de modos diversos. Por ejemplo, no hay una conexión necesaria entre los atributos de los responsables y sus interrelaciones. La burocracia clásica se ha definido en términos de un cuerpo profesionalizado de funcionarios, organizados en una pirámide de poder; sin embargo se puede imaginar una burocracia "no jerárquica" en la que los profesionales siguen una secuencia ordenada de actividad, cada cual realizando una parte de la tarea común, sin revisión superior de ninguna decisión previa: cada decisión en este proceso acumulativo y lineal es definitiva.¹ Tampoco hay una conexión necesaria entre el ordenamiento jerárquico y la profesionalización: los funcionarios y también los legos encuentran lugar en esta red de subordinación.

Se pueden reunir variables de cada dimensión en buen número de parámetros, y sus implicaciones con las formas de procedimiento pueden ser examinadas en un esquema clasificatorio complejo. Pero no se requieren ejercicios taxonómicos tan vastos: nuestro tema sólo permite seleccionar dos estructuras compuestas de poder, entre un número

¹ Ver S. Ackerman, *Corruption: A Study in Political Economy*, 168-69 (1978). Dado lo avanzado de la tecnología de la información, es probable que las organizaciones del futuro encuentren que son innecesarios muchos importantes niveles actuales de supervisión y los reemplazarán con estas estructuras secuenciales.

mayor de posibilidades. La primera estructura corresponde en esencia a conceptos de burocracia clásica. Se caracteriza por un cuerpo profesional de funcionarios, organizados en una jerarquía que toma decisiones de acuerdo con normas técnicas. La otra estructura no tiene una analogía inmediatamente reconocible en la teoría establecida. La define un cuerpo de personas no profesionales organizadas en un nivel único de poder que toma decisiones aplicando normas comunes no diferenciadas de los estándares de la comunidad. Llamaré a la primera estructura o visión, ideal jerárquico de la organización estatal, y a la segunda daré el nombre de ideal paritario.

Se ha sugerido la razón para hacer una selección tan ajustada: los dos ideales de aparato estatal pueden utilizarse para organizar nuevas configuraciones con muchas observaciones dispersas, pero muy compartidas, acerca de las diferencias notables entre dos importantes organizaciones judiciales desarrolladas en Occidente y diseminadas a todo el mundo: el aparato judicial tradicional en el continente europeo, y la maquinaria de justicia tradicional en Inglaterra. En la medida en que la organización del poder judicial tenga influencia en el diseño de los procesos legales, los ideales jerárquicos y paritarios ofrecen una perspectiva adecuada del contraste siempre enigmático y elusivo entre los estilos continentales y anglosajones de administración de justicia.

Casi sobra decir que los rasgos que distinguen las organizaciones jurídicas británicas y continentales no se captarán íntegramente en estas dos construcciones. Esto se debe a que las tendencias observadas en las organizaciones reales —por ejemplo la tendencia hacia las decisiones profesionales por una parte, y por la otra, la tendencia a las decisiones legas— se vuelven elementos constitutivos de estos dos ideales, incluso si estas tendencias nunca fueron realizadas en el continente, ni en Gran Bretaña. Es precisamente esta relación entre realidad y estas dos construcciones la que permite la utilización de los ideales jerárquicos y coordinados para iluminar las reciprocidades entre el poder judicial y la forma del proceso legal a una escala más amplia que la oposición convencional entre

los sistemas de *common-law* y *civil law*. Por ejemplo, en la mayoría de los países comunistas la organización judicial tiende hacia una atribución de poder jerarquizada más marcada que en los sistemas continentales, de modo que el ideal del aparato jerárquico también puede ayudar a analizar algunas características del proceso legal socialista.

Aquí el énfasis especial en las organizaciones tradicionales de poder puede surgir por sorpresa. A menudo se dice que circunstancias similares en los Estados contemporáneos han acercado a las organizaciones judiciales de varios países más de lo que estuvieron en el pasado. En todas partes se encuentran tendencias pronunciadas hacia la profesionalización, la centralización, y la especialización, de modo que algunos incluso han llegado a predecir que las burocracias centralizadas heredarán la tierra. ¿Es entonces anacrónico insistir en el contraste recesivo entre el poder burocrático y no burocrático antes que en las variaciones internas de las burocracias modernas? La respuesta concisa es que las presiones modernas hacia la burocratización de la maquinaria de la justicia interactúan con las estructuras heredadas de modos complejos, y producen híbridos que difícilmente pueden analizarse sin considerar sus antecedentes históricos. Tampoco las estructuras tradicionales están totalmente obsoletas, ni se han sometido a las tendencias modernas en igual medida. Por ejemplo, mientras durante este siglo la maquinaria de justicia norteamericana se ha profesionalizado y centralizado, sigue más empapada de rasgos contenidos en el ideal paritario que las administraciones de justicia de cualquier Estado industrial occidental. Estos rasgos perdurables no sólo explican algunas tensiones que causan perplejidad en la administración de justicia norteamericana moderna, sino también pueden iluminar, en parte, el creciente vacío entre las sensibilidades legales británicas y norteamericanas.

Observemos ahora más de cerca los ideales jerárquicos y paritarios de la organización del Estado, concentrándonos en aquellos aspectos más importantes para el estudio de la forma procesal jurídica.

ii. EL IDEAL JERARQUICO

En primer lugar, ¿cuáles son las implicaciones principales de la profesionalización, la ordenación vertical de funcionarios y el apego a la forma de toma de decisiones técnica que caracteriza la visión jerárquica del poder? La mayor parte de estas implicaciones ha sido bastante reconocida y no inspira controversias. Sin embargo, al analizar surgen perfiles de un ambiente institucional que el órgano tradicional angloamericano que toma decisiones² rechazará profundamente, en tanto que sus contrapartes continentales lo encontrarán mucho más amable, incluso si resulta una caricatura del medio en el cual está acostumbrado a operar.

Profesionalización de los funcionarios responsables

Los funcionarios permanentes construyen una esfera de su práctica que consideran su competencia. Con el tiempo también desarrollan un sentido de identidad con otros individuos situados en posiciones similares, haciendo rígida la demarcación entre los "de adentro" y los "de afuera". Si a dichos funcionarios se impone la participación de afuera en la toma de decisiones, en el mejor de los casos será considerada como una intrusión que ha de hacerse inocua. Será un tema recurrente en este estudio la manera en que esta exclusividad oficial afecta las formas de procedimiento.

Los trabajos de larga duración dan lugar a la rutina y la especialización de las tareas. Esta rutina en las actividades implica que los temas que se presentan al funcionario no sean entendidos como una constelación única de circunstancias que pide "justicia individualizada". También las elecciones son más estrechas: en tanto que puede haber muchas

² Más adelante en este capítulo se discutirá quién debe considerarse el decisor paradigmático. En la visión de un comparativista, esta pregunta tiene una respuesta mucho menos obvia que la que supone la visión doméstica.

formas de enfocar la resolución de un problema, sólo una emerge como habitual. Se hace posible, asimismo, un grado considerable de descompromiso emocional. La especialización implica, por supuesto, que sólo ciertos factores —los que están en un campo estrecho— desempeñen un papel en la toma de decisiones. Como consecuencia del hábito y la especialización se produce la separación entre las reacciones profesionales y personales: el profesional adquiere la capacidad de anestesiar su corazón, si es necesario, y de tomar decisiones —en su rol de funcionario— que nunca tomaría como individuo.

Este cisma entre el cargo y el que lo ocupa favorece el pensamiento institucional: los impulsos por dejar de lado los intereses institucionales y consultar con la conciencia son demasiado “protestantes” para ser tolerados. Los juicios se transforman en pronunciamientos de una entidad impersonal (una curia) incluso cuando un solo individuo tiene la misión de administrarla. Y porque la institución ha de ser unívoca para no resultar equívoca, el anuncio de un juicio hecho por varios funcionarios anula la disidencia interna previa: los que están en desacuerdo han de reprimir sus emociones. La visión de aparato estatal que analizamos, el amplio fracaso de la justicia continental para publicar opiniones disidentes —o en ciertos casos mencionar los nombres de los jueces que votaron por una decisión— lejos de ser indeseable, puede adoptar una especie de dignidad melancólica. Como los zánganos que mueren tras fertilizar a la abeja reina, las voces disidentes y concurrentes, instrumentales en la formación de una decisión institucional, no sobrevivirán a su anuncio.

Ordenamiento estrictamente jerárquico

Los funcionarios están organizados en varios niveles: el poder viene de arriba y se derrama a los niveles inferiores. Son características las grandes desigualdades entre los funcionarios en las diferentes posiciones jerárquicas. En el nivel más bajo están los funcionarios menores —*parvuli* en los textos

legales continentales medievales— con la limitada responsabilidad de hacer de jornaleros de la organización. Sin embargo se defienden de los forasteros con gran celo, sin importar la modestia de las cualificaciones necesarias para el cargo (el manejo de documentos y tareas menores de papeleo son un ejemplo). Cada escalón sucesivo conlleva más prestigio y responsabilidades considerablemente mayores. Los funcionarios dedicados a la misma tarea son iguales, pero cuando surge un conflicto entre ellos, estos “homólogos” no están autorizados a resolverlos por sí mismos mediante acuerdos y consenso. Los temas conflictivos y que necesitan resolución han de ser referidos al superior común. Sólo en la cúspide de la pirámide de poder (suponiendo que no sea monocéfala) las diferencias de opinión se resuelven por consenso.

Cementando los componentes del poder hay un fuerte sentido de orden y un deseo de uniformidad: idealmente todos marchan siguiendo el ritmo de un solo tambor. En organizaciones mayores, por supuesto, la autoridad suprema no puede guardar todas las decisiones para sí, encargando a los niveles inferiores su preparación y ejecución. Por necesidad los subordinados han de tener la facultad de tomar decisiones de primer orden o bien, usando un término continental típico, decidir “en primera instancia”. Pero la lógica de una jerarquización estricta requiere que esas decisiones estén sujetas a una revisión superior sobre una base regular y amplia: una gran distribución de poder sin revisar los niveles más bajos pondrá en tensión los supuestos que animan el todo de la estructura de poder. Entendida en este sentido, la discrecionalidad oficial es anatema.

Es importante observar la tensión entre la toma de decisiones individualizada y una revisión a nivel superior. Se ha de evitar la incapacidad administrativa en el escalón más alto, donde hay menos decisores que en la base, y las auditorías superiores deben restringirse a un número de puntos limitado, preferiblemente a aquellos que se prestan fácilmente a la verificación. En otras palabras, el poder superior espera que los niveles más bajos esquematicen la complejidad de temas que deberán decidir. Desde luego la esquema-

tización se facilita en jerarquías que también insisten en que los funcionarios sean profesionales: la rutinización de la actividad aumenta la propia capacidad de "tipificar" situaciones. No obstante esta capacidad no se distribuye de modo igual en el aparato jerárquico. Los decisores iniciales están más cerca de los confusos detalles de la vida, incluido el drama humano, y por tanto será más difícil su inmunización a los aspectos individuales de los casos. Mientras tanto los altos cargos enfrentan realidades prepreparadas o editadas por sus subordinados; los destinos individuales son menos visibles. Debido a esta mediación los de más arriba tendrán más facilidad para no tomar en cuenta la "equidad" de los casos que deben juzgar. La ventaja de su insensibilidad hacia las circunstancias individuales es que tienen libertad para corregir las incoherencias de las decisiones de bajo nivel y cultivar modos más amplios de ordenamiento del proceso de decisión. Como en la jerarquía de los ángeles, la superioridad de los funcionarios aumenta en proporción con la mayor amplitud de sus conocimientos. Es en este sentido que, como algunos estudiosos de la burocracia han sostenido, "los de más arriba entienden lo universal; los escalones inferiores entienden lo particular".³

³ Ver K. Marx, *Critique of Hegel's Philosophy of Right*, 46 (1970). La referencia a una jerarquización celestial no es remota. El aparato judicial continental fue desarrollado en la Iglesia de Roma, de cuyas ideas sobre la apropiada organización de la autoridad terrenal se creía que reflejaban el orden celestial. Basándose en la jerarquización de los ángeles, ver M. J. Adler, *The Angels and Us*, 49-51 (1982). No hay fácil solución respecto a dónde la preocupación jerárquica por la unidad y la consistencia debe dar curso a una mayor sensibilidad de los funcionarios de nivel bajo por las circunstancias individuales. Pero como sea que la jerarquía elija definir el foco de los cargos menores, la organización judicial jerárquica desarrolla mecanismos para estrechar la brecha entre la toma de decisiones más individualizada en el inicio y subsecuentemente más generalizada. Algunos mecanismos se originan desde arriba: por ejemplo, la formación de los funcionarios puede detectar a las personas demasiado sensibles a los casos particulares. Otros mecanismos vienen desde abajo: quienes estén familiarizados con la práctica judicial continental pueden testificar sobre la capacidad de los jueces para escribir opiniones que enmascaren su caracterización de los eventos para conformarse a los modelos de toma de decisión de las autoridades que las revisen.

Porque implica la diferenciación de las funciones entre especialistas, la profesionalización —el primer parámetro del ideal jerárquico— puede propiciar la discordia. Cuando los profesionales están estratificados en una cadena de subordinación (el segundo parámetro del ideal) y por lo tanto son presionados hacia la unidad y la obediencia, se mitiga la posesiva psicología territorial de los especialistas. El espectro de las auditorías superiores propicia una ética de cooperación y la dinámica de la promoción jerárquica contribuye a crear un espíritu de "juego en equipo". Aquellos funcionarios que desean hacer notar su impacto, obstruyen el funcionamiento armónico y están en peligro de ser dejados de lado de cara a los ascensos.

Normas técnicas para tomar decisiones

En cuanto a la toma de decisiones, en las organizaciones judiciales hay que distinguir dos enfoques básicos que a menudo se combinan. Por una parte los funcionarios evalúan las consecuencias de decisiones alternativas y luego eligen la alternativa que parezca más atractiva en términos del postulado del objetivo organizativo: la decisión se justifica en referencia a las consecuencias deseables que se cree emanan de ella. Se han desarrollado técnicas formales conscientes de sí mismas para ayudar al decisor a llevar a cabo unos cálculos consecuenciales (instrumentales) y la influencia de dichas técnicas está creciendo. Este primer enfoque, sin embargo, que llamaré de orientación tecnocrática, se mantendrá en la periferia. Consideraré esta orientación sólo para discutir aspectos del proceso legal en algunos Estados intensamente activistas, donde los temas que llegan a los tribunales requieren cada vez más conocimientos técnicos de tipo consecuencialista.

El segundo enfoque es dominante en los aparatos de justicia tradicionales. Bajo este enfoque, que llamaré legalista, se espera que los funcionarios tomen una decisión particular cuando se encuentran hechos especificados en un marco

normativo. En contraste con la orientación tecnocrática, la consecución de objetivos deseables no es un terreno justificatorio independiente. La propiedad de la decisión queda evaluada en términos de fidelidad a la norma aplicable. Esto no quiere implicar que el enfoque legalista sea indiferente a las consecuencias que resultan de la acción oficial. Se espera que quienes hacen las normas hagan los cálculos instrumentales necesarios y fijen pautas capaces de favorecer los objetivos de organización. Además, para lograr resultados deseables, incluso las reglas específicas contienen necesariamente un elemento de indeterminación y pueden interpretarse bajo la luz de los objetivos subyacentes.⁴

Si el lenguaje de las normas fuese infinitamente flexible, existiría espacio para que los enfoques consecuencialista y legalista se encuentren con armonía. Pero las burocracias jerárquicas fijan límites a la arbitraria actitud de Humpty Dumpty hacia el lenguaje usado en las normas: se establecen convenciones que cierran de antemano muchos caminos de interpretación teóricamente posibles que una imaginación jurídica sin restricciones institucionales podría concebir fácilmente. Entonces se puede llegar a un punto en que la adhesión a una norma puede frustrar la consecución de un objetivo deseable. En este punto, se hace presente la naturaleza distintiva de la orientación legalista: la norma debe aplicarse, incluso si los resultados son negativos.⁵

⁴ La distinción entre la toma de decisiones por cálculos instrumentales (medios-fin) y por adhesión a estándares ha aparecido prominentemente en el análisis sobre la burocracia de Max Weber. Ver M. Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society*, 355 (1967). Los sociólogos jurídicos todavía la usan a menudo. Ver, p. ej., N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2ª ed., 130-210 (Darmstadt, 1975); T. Eckhoff y K. Jacobsen, *Rationality and Responsibility*, 9, 17 (Copenhague, 1960). En una diferenciación similar puede encontrarse la división interna en filosofía utilitarista entre "acto" y "norma". Ver *infra*, n. 6.

⁵ Por supuesto, ninguna organización del mundo real está preparada para insistir en la absoluta fidelidad a las normas bajo cualquier circunstancia, no importan cuán desastrosas sean las consecuencias de la decisión resultante. *Fiat justitia, ruat caelum* (dejar hacer a la justicia aunque se caiga el cielo) es un lema que hace demandas irreales a la orientación legalista. Sin embar-

Aquí es necesario distinguir dos variantes modales del legalismo. Una variante ve la vida social como tan compleja y fluida que las normas para tomar decisiones están dirigidas a áreas estrechas, y se refieren a conjuntos de hechos concretos. Estos paradigmas de la toma de decisiones están, de preferencia, en forma de ejemplos que dicen cuán concretamente habrían de tratarse las situaciones de la vida. Confrontados con un caso —una situación de la vida real— el órgano decisorio lo compara con el ejemplo estándar y mientras más estrecha sea la similitud entre los dos, mayor será la fuerza directriz de la norma. Sencillamente dichas normas no pueden separarse del pragmatismo de la aplicación a casos específicos. De hecho están tan imbricadas en detalles que un cambio relativamente menor de las circunstancias haría que las normas fuesen sólo parcialmente aplicables. El carácter técnico de esta variante del legalismo —que llamaré pragmática— reside fundamentalmente en la habilidad para hacer distinciones sutiles.

La otra variante apoya los esquemas de ordenamiento totales, y se apega a normas más libres de contexto y por lo tanto más generales: se tiende a crear una red de principios y normas interconectadas. Inevitablemente las decisiones tomadas bajo esta segunda rama del legalismo que llamaré lógica, no pueden considerar muchos aspectos concretos de casos a los cuales la orientación pragmática se acomoda fácilmente. No obstante esto no parece inquietante: la "justicia individualizada" se cambia de buena gana por una mayor consistencia de las decisiones en casos muy diversos. Tanto la formulación como la aplicación de las normas se hacen más separables de los detalles de la vida de lo que el

go, las organizaciones judiciales varían de acuerdo al grado en que están preparadas para insistir sobre la adhesión a normas predeterminadas, incluso con el costo de precipitar resultados negativos. Aquellos que niegan estas diferencias de grado olvidan importantes contrastes entre las organizaciones judiciales reales. Por ejemplo, ponen en el mismo grupo la "legalidad revolucionaria" y el ideal clásico liberal del "rule of law" (imperio de la ley). Para observaciones llamativas sobre este tema hechas por un lego, ver C. Milosz, *The Captive Mind*, 30-31 (1953). Ver también *infra*, c. 3, n. 17.

pragmatismo está dispuesto a conceder.⁶ En otras palabras, se enfatiza la función ordenadora de las normas de toma de decisiones. Lo que ordenan con precisión parece menos importante que el hecho de que un tema queda clara y coherentemente regulado por ellas.⁷

Debería resultar evidente que el legalismo pragmático choca con el ordenamiento jerárquico; donde las decisiones originales abundan en detalles, se hace imposible una auditoría superior regular y amplia. Debería de ser igualmente evidente que las pirámides de poder altas encuentran atractivo el legalismo lógico. Cuando se observa la realidad desde una distancia, desde una jerárquica altura (*hauteur*) jerárquico, la visión se vuelve selectiva: la complejidad de los problemas puede ser absorbida mucho mejor que si se mira de cerca. La información transmitida hacia arriba a los responsables superiores —cuyas decisiones son las últimas— se conforma con las restricciones impuestas a la visión más inclusiva de los intermediarios: los hechos del caso se recortan y arreglan ordenadamente de acuerdo con los criterios sobre importancia (criterios de ordenación) impuestos desde arriba. La imagen de la toma de decisiones como un proceso

⁶ Distinciones similares entre legalismo pragmático y legalismo lógico aparecen en una variedad de contextos comparativos. Para una oposición relativa entre la "ciencia de lo concreto" y la "ciencia canónica", ver C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 352 (1973). Max Weber intenta expresar las variaciones internas del pensamiento legal occidental bajo los términos de una dicotomía entre pensamiento que se apoya en "la caracterización externa de los hechos" opuesto a un pensamiento que implica "la interpretación lógica del significado". Ver M. Weber, *Economy and Society*, vol. 2, pp. 655-57 (1968). Para una distinción diferente, ver C. Schmitt, *Ueber die Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburgo, 1934).

⁷ Para una mente imbuida en valores jerárquicos, el componente ordenador del derecho no es sólo una concesión lamentable a la fragilidad y maldad humanas, innecesaria entre los virtuosos o en el cielo "en donde el león descansa junto a la oveja". Contrastan las visiones sobre la necesidad de ley entre los virtuosos de G. Gilmore en *Ages of American Law*, 111 (1977) con las de Marcilio Ficino en K. von Montoriola, *Briefe der Mediceerkreises*, 103 (Berlín, 1926). Ver también G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 172 (Stuttgart, 1963).

en cierto modo mecánico de relacionar los hechos con las normas adquiere, de este modo, plausibilidad.⁸

Es normal en las organizaciones ordenadas jerárquicamente que el tono sea marcado por la estructura lógica legalista del poder superior: las visiones dominantes se forman arriba y se filtran hacia los funcionarios inferiores, de otro modo más vulnerables a la solicitud de la persona leiga de una justicia más individualizada.⁹ En suma, se obtiene una versión del ideal jerárquico más fiel a sus premisas cuando se combina el ordenamiento vertical de los funcionarios profesionales con un legalismo lógico, antes que pragmático. Desde este momento me centraré en esta versión más "pura" del ideal jerárquico y en el siguiente capítulo la tendré presente al comenzar a desarrollar las implicaciones de este ideal vertical del proceso legal. No obstante no ignoraré el legalismo pragmático, y lo invocaré cuando me refiera a las organizaciones judiciales estructuradas horizontalmente.¹⁰

iii. EL IDEAL PARITARIO

El ideal que analizaré a continuación imagina una maquinaria de justicia amorfa. Existen pocas líneas precisas y evidentes que separen a sus funcionarios y sus actitudes hacia la toma de decisiones, del resto de la sociedad. Sin embargo, mirado de cerca, este ideal revela un marco institucio-

⁸ En consecuencia, las variadas ideas sobre la naturaleza del "proceso judicial" no se relacionan con las diferentes perspectivas institucionales, y no deben ser usadas acríticamente entre las culturas legales.

⁹ Se han discutido algunos mecanismos generados por organizaciones jerárquicas para reducir las perspectivas discrepantes de decisores originales y de los revisores (*supra*, n. 3). Enfrentados con incertidumbres acerca de cómo evaluar "equidades", los funcionarios menores apropiadamente adoctrinados deben agradecer la resolución de sus dudas aplicando una norma clara, aunque sea algo procrustea. Pueden incluso llegar a aceptar una jerarquía del conocimiento, por la cual la mayor autoridad también posee visiones más válidas.

¹⁰ Siempre que la toma de decisiones requiera, por lo menos en cierto grado, la aplicación de normas técnicas.

nal diferenciado respecto a la realidad, que examinaré antes de acabar este capítulo. Como anticipación quisiera sugerir que el carácter de poder que invoca este ideal contiene pocas cosas que impresionarían o sorprenderían a los ciudadanos de Atica o a los romanos del período clásico o —si el lector refrena su incredulidad— a los que estén acostumbrados al funcionamiento de la maquinaria legal angloamericana tradicional.

Funcionarios legos

Idealmente se da poder a legos que son llamados para realizar funciones de autoridad ad hoc durante un tiempo limitado. Cuando el aparato de poder está en manos de estos funcionarios temporales, hay pocas oportunidades para que se desarrolle un espíritu de exclusividad. En relación al aparato judicial, los de adentro y los de afuera no se distinguen con precisión, y las diferencias probablemente no sean muy importantes. Existen pocos obstáculos serios que impidan a los funcionarios delegar algunas acciones a personas sin funciones de poder. Después de todo, los propios funcionarios no tienen una iniciación y formación, y han sido reclutados por la administración de justicia con un propósito limitado. En el siguiente capítulo se verá que en esta disposición para delegar o “ceder” acciones está la clave de muchas disposiciones de procedimiento.

En este caso brillan por su ausencia las características que acabo de asociar con la profesionalización. Dadas las breves permanencias en los puestos de trabajo, tiene pocas posibilidades de desarrollarse una rutina: los funcionarios neófitos, por su corta permanencia en el cargo, tienen mucho espacio para la espontaneidad y la improvisación, para reaccionar de modo emocional y actuar *ex abundantia cordis*. Los temas difícilmente se desvincularán de las personalidades. Cuando los períodos en el cargo son más largos, puede apreciarse algún endurecimiento de las formas, pero las actitudes personales y oficiales todavía no se separan tan

marcadamente como ocurre con los funcionarios de carrera. Tampoco queda tiempo para una diferenciación a largo plazo de las funciones, ni para que evolucionen las especializaciones. De hecho es probable que este devenir sea resistido por los legos en posiciones de poder que impregnan sus funciones con actitudes comunes y “generalistas”. Que la fusión de funciones resultante afectará las formas de procedimiento parece, desde luego, claro.

Sin una discontinuidad aguda entre las esferas personales y oficiales, el pensamiento institucional es muy rudimentario. Los veredictos, sentencias, o cualquier determinación de poder, individual o colectiva, no son concebidos como pronunciamientos de un órgano independiente de los individuos que la conforman, y siguen siendo altamente personales. De hecho la demanda de que se repriman o anulen las opiniones individuales en beneficio de una visión general única, parece invitar a actitudes abúlicas y equivale a una afrenta de la dignidad personal de los funcionarios legos. Cuando se unifican en paneles, conservan sus voces individuales, incluso si el resultado implica —como en las obras de Pirandello— que no exista una historia oficial única del grupo. Tampoco un disidente solitario de la opinión mayoritaria —un protestante— estará encadenado por esta opinión en el futuro: se sentirá libre de repetir su disensión una y otra vez.

Una dificultad importante de esta organización de funcionarios temporales es la capacidad de desarrollar una memoria fiable, manejar problemas complejos y funcionar con continuidad, antes que esporádicamente. Estas dificultades ofrecen suelo fértil a la aparición de una casta de profesionales que se hacen cargo de interactuar con los funcionarios legos. Estos profesionales asisten al órgano decisor “sin experiencia”, le dan información y mantienen la continuidad tenue dentro del aparato de poder. La especialización, en tanto que ausente del aparato de poder, se puede encontrar en un punto medio. En suma, de este modo se desarrolla una relación simbiótica entre la casta de los profesionales no autoritarios y los no profesionales en posiciones de poder.

Distribución horizontal del poder

El ideal que analizamos concibe una amplia distribución del poder entre funcionarios legos que, en líneas generales, son iguales: sin que uno sea claramente superior al otro, en esencia sólo existe un estrato de poder. Inmediatamente se plantea si tal arreglo es compatible con un aparato unitario del poder, en especial cuando los decisores tienen un sentido débil de la lealtad institucional, o una fuerte *libido domini*. Se ha dicho que donde no hay un poder último, las cosas se desgranán y se desencadena la anarquía. Por un instante, sin embargo, sigamos contemplando una configuración puramente horizontal del poder, una telaraña sin la araña en el medio.

¿Cómo podría protegerse la unidad de esta estructura de las diversas fuerzas centrífugas? Factores externos, un propósito común, por ejemplo, pueden proporcionar la cohesión necesaria, como en la metáfora de David Hume del grupo de personas que reman en un bote. Pero yo busco la posibilidad de una fuerza de cohesión generada dentro de un nivel único de poder. Para comprender su origen, consideremos qué funcionarios legos paralelos tenderán a tener jurisdicciones que se solapen e incluso se dupliquen en una organización lega que no sea una burocracia secuencial bien ordenada. De igual modo los decisores situados en paralelo fácilmente frustrarán o anularán los frutos de los esfuerzos de unos y otros: un funcionario puede proteger una parte del vigor del juicio de otro funcionario (por ejemplo el canciller tradicional inglés) o puede rehusar, a discreción, a extender la asistencia. De modo alternativo un funcionario puede decidir iniciar procedimientos en una materia que ya está pendiente ante un poder paralelo, causando toda clase de problemas dentro de una estructura coordinada. Estas y otras posibilidades similares de frustración de los esfuerzos de unos y otros puede provocar temor a la represalia y llevar a ajustes y cooperación mutuos. En otras palabras, de modo semejante a la situación en la arena internacional, el temor de la reciprocidad se vuelve una fuerza de cohesión, reemplazando el

deber a someterse a lo impuesto y lo ordenado que impera en las organizaciones jerárquicas.

Uno podría preguntarse cómo puede conservarse la coherencia y predictibilidad de las decisiones dentro de un nivel de poder único. Nuevamente los instrumentos característicos son los ajustes voluntarios y la armonización de las actividades que, de otro modo, serían independientes: funcionarios del ideal paritario pueden llegar a acuerdos y adoptar directivas comunes o normas en ciertas esferas de sus jurisdicciones. También es cierto que los reglamentos impuestos desde fuera del aparato oficial (por ejemplo la legislación) pueden contribuir a la uniformidad de la toma de decisiones, aunque el impacto de ese reglamento no se debe exagerar. Los decisores libres de un control superior conservan la "posibilidad de desobedecer"¹¹ o anular el mandato del reglamento.

Sin duda al creyente en el ordenamiento jerárquico todos estos instrumentos para asegurar la unidad le parecerán débiles e ineficaces. Para comenzar, el proceso de adoptar posiciones coherentes no es exactamente paralelo, de modo que la posibilidad misma de la coherencia de la decisión se evalúa de modo diferente en los dos marcos. Consideremos que en contraste con el aparato jerárquico, todos los decisores de una configuración horizontal del poder permanecen cerca de las situaciones concretas de la vida. Al abrirse camino a través de la maraña de detalles, son impulsados a hacer diferenciaciones finas. Raras veces los dos casos son parecidos; la identidad es elusiva, y las posiciones divergentes pueden justificarse con facilidad. Lo que falta es la distancia jerárquica, capaz de generar una visión desde arriba que absorba tantos detalles de la situación que haga posible la creación de esquemas sencillos de ordenamiento, además de identificar fácilmente y a grandes rasgos las semejanzas y diferencias. Pero hay más. Para tolerar las incoherencias —y un grado alto de incertidumbre— ha de prepararse un marco

¹¹ Ver S. Kadish y R. Kadish, "On Justified Rule Departures by Officials", 59 *Calif. L. Rev.* 905, 925 (1971).

mental que aspire al ideal de coordinación, antes que otro apegado a la visión jerárquica del poder. **Cierta cantidad de desorden ha de ser aceptada como precio del compromiso fundamental con una distribución más amplia del poder.**¹²

Ahora me apartaré del ideal de un aparato de justicia extremadamente paritario e introduciré un modicum de subordinación para acercarme a las organizaciones judiciales existentes. **En este entorno modificado, el primer nivel de poder sigue marcando el tono: el ordenamiento vertical, por transferencia voluntaria o de otro modo, sólo se ejercita débil y esporádicamente. Los órganos decisorios originales son como dioses del Olimpo –libres y poderosos, pero de algún modo subordinados a Zeus: sus posiciones de sub/superordenación no están nítidamente delineadas; los funcionarios superiores e inferiores son esencialmente homólogos con prestigio y poder similar.** De hecho pueden ser las mismas personas que cambian roles. La ausencia de un rango distintivo quita presión al sometimiento generado por la perspectiva de la promoción y degradamiento jerárquicos: nadie sube o baja la escalera. Las auditorías superiores son excepcionales, y bajo un poder lego, también son una empresa no sistemática. En consecuencia todo el aparato de justicia está impregnado de las actitudes características de los decisores originales. Hay pocas presiones para simplificar la toma de decisiones y para no considerar detalles que faciliten la tarea de auditoría y revisión. Más adelante examinaré no sólo las implicaciones de procedimiento de las estructuras coordinadas puras, sino también las marcas que deja esta jerarquización olímpica y relajada de los responsables en las disposiciones jurídicas.

Antes de enfocar el último aspecto de la idea coordinada de poder, observaré el impacto que causa la conjunción

¹² Observar también que los funcionarios legos ad hoc no tienen tiempo para adquirir el sentido de continuidad del burócrata de carrera, tan importante para la capacidad de detectar inconsistencias. Asumir que las nociones de orden y tolerancia al desorden son constantes en los aparatos judiciales, es un pecado mortal para un comparativista. Advertir contra estos supuestos, que oscurecen tanto el discurso comparativo, será uno de los leitmotifs de este estudio, y lo repetiremos en la conclusión.

de sus dos primeras características. Cuando los funcionarios legos están en un orden horizontal, emerge un contraste notable con el aparato jerárquico del poder. En tanto que este último se caracteriza por la separación de funciones (debidas a la profesionalización) y también por la fusión del poder en la cima (debido al orden estrictamente vertical) el aparato paritario se caracteriza por la fusión de funciones (debido a la *ausencia* de profesionalización) y también por una amplia dispersión del poder (debido a la distribución horizontal del poder). Además, buena parte de la fragmentación del poder dentro de una organización judicial puede llevar a superposiciones y redundancias jurisdiccionales, de modo que la fusión de funciones podría resultar en la mezcla de actividades administrativas, legislativas y estrictamente judiciales.

Justicia substantiva

El ideal paritario rechaza cualquier enfoque de la toma de decisiones que requiera la aplicación de normas divergentes de las normas éticas, políticas o religiosas imperantes por parte de los responsables, o los impulsen a alcanzar resultados que no se apoyen en el sentido común. En otras palabras, los enfoques "técnicos" de la toma de decisiones parecen poco deseables, una desviación de la situación ideal. Pero la mezcla de normas comunes no diferenciadas que aplican los funcionarios paritarios, no siempre debería identificarse con los *nomos* que imperan generalmente en la sociedad. En tanto que una identificación así es posible, especialmente en comunidades organizadas en torno a valores de existencia inmemorial, una posibilidad alternativa es que los funcionarios sean guiados por los valores y políticas de un grupo o elite dominante. En este último caso, las normas de toma de decisiones no necesitan hacer de espejo de las convicciones y expectativas sociales ampliamente extendidas, sino más bien han de reflejar preceptos de la "buena vida" que sólo esta pequeña capa dominante comparte. Antes que sancionar

prácticas heredadas, las decisiones pueden inspirarse en la visión de la elite de una sociedad mejor, o por su *sociedad soñada*, a la cual se atribuye la capacidad de transformar las relaciones sociales.¹³ A partir de este momento, cuando yo comience a combinar una visión activista de la justicia con el aparato judicial paritario, no hay que olvidar esta última posibilidad.

Puede ser conveniente usar un término unificador de las características de la mezcla de normas para la toma de decisiones de los funcionarios paritarios, en el cual el sentido común práctico y la prudencia se mezclen con normas éticas, políticas o religiosas. Me referiré a esta mezcla compleja poniéndola bajo el término colectivo de *justicia substantiva* donde los adjetivos indiquen hostilidad hacia los modos más formales de toma de decisiones. Es evidente que esta mezcla lleva una carga considerable de valores y objetivos de grupo contradictorios. Las normas de la justicia substantiva son abiertas y las normas fijadas textualmente sólo las expresarán de modo imperfecto. Como la poesía popular o la música de jazz, cuando se las enmarca en una pauta rígida sufren una cierta traición. Muy naturalmente estas previsiones que implican la codificación de preceptos de la justicia substantiva emplean términos vagos como "razonable" o "justo", términos que aluden a viejas normas comunitarias no escritas y amorfas. No obstante la expresión imperfecta en términos de reglas no significa que el aparato judicial paritario esté siempre a media luz: no es necesario que las decisiones sean impredecibles, o no se puedan justificar en términos de un discurso racional. En cambio su transparencia depende de la

¹³ Una ilustración histórica de esta posibilidad es la reacción de los territorios alemanes ante el transformador espíritu de "racionalización" que comenzó a irradiar desde la Iglesia de Roma a fines del siglo once, socavando antiguas formas medievales de justicia. Los juicios ya no se basarán en tradiciones surgidas de las comunidades germánicas: los nuevos "oráculos del derecho" se convirtieron en miembros de una elite (*scabini*) cuyos puntos de vista "racionalizados" se integraban en la administración de justicia. Ver F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 112 (Göttingen, 1967).

claridad del consenso en la comunidad o en el grupo dominante. Para tomar un ejemplo elemental, una norma que se refiere a la "obscenidad", o la "conducción irresponsable" es textualmente vaga, pero puede tener un significado claro en una comunidad homogénea, o en sus autopistas. En general, no obstante, una organización estatal orientada a la justicia substantiva no puede aspirar a ser tan predecible como cuando se adoptan los modelos de toma de decisiones tecnocráticos o legalistas. Tampoco sería deseable una forma predecible en los aparatos compuestos por funcionarios legos ordenados de modo horizontal.

No existe una necesidad inherente para que las normas comunitarias sean aplicadas por funcionarios legos: de hecho los burócratas de carrera también pueden ser instruidos para tomar decisiones de acuerdo con las normas imperantes en una comunidad. Pero cuando esto ocurre, el aparato de justicia puede verse desgarrado por las tensiones. Un cuerpo de conocimientos desarrollado por profesionales puede entrar en conflicto con la justicia substantiva. Tampoco existe una conexión necesaria entre aparato estatal lego y la aplicación de las normas imperantes en la comunidad; órganos decisorios pueden dar instrucciones ad hoc en aquellos aspectos especiales de una disciplina técnica. Pero nuevamente surge una tensión: a los legos no les gusta verse limitados por criterios técnicos, no sólo porque no siempre los comprenden, sino asimismo porque esos criterios pueden dictar resultados que no se ajusten bien a sus ideas acerca de la solución apropiada de un caso: ideas que podrían generarse de sentimientos acerca de la justicia substantiva. Si aún así las presiones externas imponen algún grado de legalismo a las estructuras paritarias, el parentesco de estas estructuras con el legalismo pragmático está mucho más cerca que el parentesco con el legalismo lógico. Esto se debe a que el legalismo de la persuasión pragmática y el lego vinculado a la justicia substantiva exigen una atención estrecha a los aspectos concretos. Para ambos *le bon Dieu est dans le détail*. Por otra parte, las normas que apelan al legalismo lógico son ajenas a los legos. Provocan una insensibilidad hacia las

singularidades del drama humano, y su capacidad para asegurar decisiones basadas en principios no impresionan a los legos. Es probable que prefieran una confusión cordial a la coherencia insensible.

Una visión más armoniosa del poder paritario aparece al imaginar una organización de funcionarios legos que apliquen normas de justicia substantiva antes que una organización de estos funcionarios que usen normas técnicas. Y en esta visión del poder, las normas vagas de la justicia substantiva se combinan con la ausencia de supervisión jerárquica para asegurar que la discrecionalidad del órgano estatal sea el acompañamiento esencial de la organización judicial paritaria.

IV. LOS IDEALES JERARQUICOS Y PARITARIOS EN EL CONTEXTO HISTORICO

Habiendo definido las categorías requeridas y habiendo delineado los dos ideales de organización del Estado, ahora podría comenzar a desarrollar sus implicaciones respecto a la forma del proceso judicial. Sin embargo, hay que interrumpir el análisis abstracto para dar una explicación, necesaria en este punto. Centrarse en dos estructuras particulares del poder se ha justificado, en parte, alegando que estos dos modelos captan —aunque de modo exagerado— las diferencias más impactantes entre las organizaciones judiciales tradicionales en el continente europeo y en tierras angloamericanas. La descripción anterior de las dos estructuras de poder ha estado impregnada de alusiones más o menos veladas a la jurisdicción continental o del *common-law*. Ha llegado el momento de apoyar estas afirmaciones implícitas, que tal vez hayan abusado de la credulidad del lector: *hic Rhodus hic salta*. Con este fin intentaré un rápido retroceso a varios siglos del desarrollo histórico. Desde luego la selectividad requerida por un excursus tan comprimido ha de ser drástica, pero voy a intentar centrarme en temas que los comparativistas consideran importantes para el desarrollo de las administraciones

de justicia continentales y angloamericanas. En este sentido, entonces, mi selección de datos, aunque puede parecer arbitraria para algunos, no será inesperada para los expertos. Sin embargo la siguiente reordenación de datos conocidos en las formas nuevas que sugieren mis categorías analíticas, será inusual. Cada vez que sea posible intentaré imaginar cómo aparecería un desarrollo en un medio dado ante los ojos de uno u otro. Esto se hará para evitar la evaluación convencional de elementos conocidos, evaluaciones aprisionadas por puntos de vista angloamericanos o continentales, estrechos y provincianos.

El mecanismo de justicia continental

Para buscar la génesis del aparato de justicia continental¹⁴ no se requiere considerar la burocratización judicial en la antigüedad romano-bizantina. Bastará con comenzar por la aparición de la burocratización a fines del siglo once, cuando el movimiento hacia la unidad dentro de la iglesia católica llegó a un momento álgido. ¿Cuál fue entonces la visión dominante sobre el orden adecuado dentro de la iglesia? Como lo expresara otro producto de ese siglo —el surgimiento hacia el cielo de la catedral gótica—, el ordenamiento sería piramidal y jerárquico. El propio término *hierarchia*, desconocido para los griegos clásicos¹⁵ fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico. Por lo tanto, no ha de sorprender que el impulso de la iglesia hacia una unidad mayor lograra una estructura jerárquica del clero con el Papa a la cabeza de la pirámide de poder.

¹⁴ Hablo con imprecisión del continente europeo; la región escandinava y partes del Este de Europa se vieron afectadas sólo marginalmente, o muy recientemente, por los desarrollos que discuto en esta sección.

¹⁵ Ver W. Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages*, 230 (1975). Categorías de súper y subordinación fueron discutidas en diferentes términos por Aristóteles y otros filósofos griegos.

En la literatura jurídica de ese período apenas si hay un tema más fascinante —y ninguno de tanta importancia para la administración de justicia— que el del *officium iudicis*, el oficio del juez. Bajo esta rúbrica se encuentran los primeros indicios claros de la separación entre el cargo y la persona que ejerce sus poderes. La opinión imperante era que el conocimiento privado y oficial no tenían que mezclarse, y que la toma de decisiones sólo tendría que basarse en la información adquirida oficialmente. Se esperaba que el juez mantuviera separado lo que supiese como persona (*ut homo*) y lo que hubiese llegado a conocer durante el ejercicio de su cargo (*ut iudex*).¹⁶ Bajo la influencia de esta teoría, en los tribunales eclesiásticos se separaban las funciones adjudicativas y testimoniales ya en el siglo XII, un dato impresionante en comparación con el jurado inglés, que funcionó hasta bien entrado el siglo dieciséis.

En esta época temprana también imperaba la noción de que la administración judicial requería conocimientos especializados no sólo para resolver temas jurídicos, sino también para realizar actividades de búsqueda de pruebas. El debate con lo desconocido, implícito en la búsqueda de pruebas, no se dejaba a la imaginación de los aficionados: se crearon reglas complicadas, por ejemplo, para sopesar las pruebas (prueba legal). Muy naturalmente la participación de legos en la adjudicación parecía muy poco deseable. Cada vez que fuese posible, estos *iudices idiotae* (en la jerga de la época) fueron reemplazados por profesionales formados, o se les pidió que pidieran consejo a los eruditos. Dentro del cuerpo de eclesiásticos permanentes, había signos inequívocos de diferenciación funcional: los investigadores especiales estaban próximos a los tribuna-

¹⁶ Sobre la separación del conocimiento privado y oficial en la administración de justicia del período, ver K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit*, 43, 71 (München, 1967). Para ver la incidencia directa del efecto de la teoría oficial de *officium* en la teoría política secular, ver E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study on Medieval Political Theology*, 5, 13 (1957).

les, y aparecieron los precursores de los fiscales (*promotores fidei*).¹⁷

El orden jerárquico del poder implicaba apoyarse en un sistema amplio y regular de revisión de apelaciones, casi enteramente desconocido para la sociedad medieval, y de hecho hasta fines del siglo diecinueve en Inglaterra.¹⁸ La revisión superior fue tan importante que a menudo se dudaba de si las ordenanzas de las ciudades o las costumbres locales podían abrogar válidamente el derecho a apelación. Los funcionarios que frustraban la transferencia de casos a los poderes superiores en algunas situaciones podían sufrir severos castigos.¹⁹

¿Qué conocimientos especiales se requerían para guiarlos? Las normas de decisión se encontraban en textos diseminados de derecho canónico, como decretos conciliares o pronunciamientos papales, y en algún grado, también en la recopilación del siglo sexto de derecho romano por el emperador bizantino Justiniano. Más importante para nuestros propósitos es el enfoque desarrollado hacia estos textos. Desde luego estos textos datados en períodos y marcos sociales diferentes e inspirados por visiones del mundo y políticas sociales diversas, con bastante frecuencia eran discordantes. Pero la filosofía imperante era que tales discrepancias e incoherencias aparentes eran a menudo superficia-

¹⁷ Sobre formas prístinas del proceso eclesial con la participación del *promotor fidei*, ver C. Lefebvre, *Juges et Savants en Europe*, 22 *Ephemerides Juris Canonici*, 76, 96 (1966). Sobre el ascenso de otros cargos especializados (auditores, investigadores, etc.), ver id., 102. Ver también *infra*, c. 5, n. 15.

¹⁸ Es justo decir que las apelaciones se *reinventaron* en Europa en el siglo doce. Aplicamos el término "reinventado" porque en Europa el origen de las revisiones por superiores proviene de la idea romano-bizantina de que la autoridad se ejerce por delegación del emperador. Ver T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 980 (Leipzig, 1899). La continuidad de desarrollo se interrumpió en la Edad Media cuando el principal remedio contra un juicio adverso era una demanda ante su señor, en un procedimiento diferente. Sobre la ausencia de revisiones regulares en Inglaterra, ver *infra*, c. 2, n. 22.

¹⁹ Ver H. de Marsiliis, *Consilia et Singularia Omnia*, vol. 2, Consilium 84, 11 (Londres, 1537).

les y que, bajo la superficie, el orden racional esperaba ser descubierto. La actitud desarrollada de este modo implicaba que la búsqueda de la solución correcta significaba apoyarse en el análisis textual y en la penetración lógica de su significado. Cada vez más se consideró el derecho como un sistema cerrado autosuficiente, "una ciencia".

El origen de este enfoque del derecho —lo he llamado legalismo lógico— se atribuye habitualmente al surgimiento de las universidades italianas hacia fines del siglo once. Proporcionaban el ambiente en que los estudiantes, aislados de los mezquinos detalles y responsabilidades de la práctica legal, podían darse el lujo de tratar los textos de la antigüedad clásica con una erudición desapasionada y como objetos de indagación intelectual. Pero no se debe olvidar que los estudiantes de derecho canónico también se habían dedicado a la actividad de buscar "concordancias" entre "cánones discordantes" mediante un método esencialmente similar de análisis lógico. Su actividad fue motivada no por el deseo de confeccionar teorías o dar conferencias coherentes, sino por el propósito eminentemente práctico de asistir a los altos poderes eclesiásticos en la gestión del aparato emergente.²⁰ Por lo tanto se podría conjeturar que —aunque no hubiese destilado de las uvas de la ley romano-bizantina— dentro de la iglesia hubiese surgido una variedad de legalismo lógico,

²⁰ Un excelente recuento sobre la emergencia de este enfoque se puede encontrar en H. Erman, *Law and Revolution*, 120-85 (1983). La ordenación académica del derecho fue especialmente influyente en la esfera del procedimiento, donde la imaginación jurídica se ve mucho menos constreñida por textos venerados de la antigüedad que en el derecho substantivo. Los *summae* aprendidos y los tratados sobre variados problemas procesales que comenzaron a aparecer en el siglo doce (sobre todo por abogados canónicos) eran verdaderamente inigualables en la historia jurídica anterior, y no iban a tener contrapartidas reales en Inglaterra. Ver M. Damaška, "How Did It All Begin?" 94 *Yale L. J.* 1807, 1816 (1985). Desde el punto de vista de las concepciones modernas, no deben exagerarse los esfuerzos "sistemáticos" de los académicos jurídicos. Mientras ordenan el derecho desarrollando conceptos abstractos, rara vez usan estos conceptos como ladrillos para construir un cuerpo de derecho sistemáticamente interrelacionado bajo el patrón de los abogados continentales del siglo diecisiete. Ver H. Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (Frankfurt, 1956).

incluso en ausencia de la innegable contribución de los juristas académicos (*legistae*). De este modo el nacimiento del enfoque típicamente continental respecto al derecho, puede haber estado determinado por la confluencia tanto de la distancia académica como jerárquica de las complejidades inmediatas de la toma de decisiones. Este enfoque del derecho conjura no sólo la lámpara del estudioso, sino el silencioso manejo de los documentos por parte de funcionarios situados en lo alto de la pirámide de poder.

Antes de abandonar el período en el cual comienzan a aparecer contornos distintivos de la maquinaria continental de justicia, cabría subrayar que muchos rasgos que he incorporado en el ideal jerárquico no estaban del todo desarrollados en la organización eclesiástica judicial de aquel momento. Sería anacrónico e inexacto atribuir un pensamiento institucional rígido o un legalismo inflexible al poder judicial del final de la Edad Media. Como corresponde a un sistema de derecho sacro, se esperaba que los jueces de la iglesia temperasen el rigor de las reglas con consideraciones dictadas por la conciencia (*aequitas, arbitrium*). Pero la dispensa resultante de la rigidez no debe ser interpretada como una desviación apóstata del poder eclesiástico a una discrecionalidad no estructurada y no revisable: las separaciones de la norma tenían que ser ejercidas "en conformidad con la razón" y estaban sujetas a la revisión de los superiores.²¹

El siguiente paso en el desarrollo de la organización judicial continental fue el que dieron los reyes de Francia. Comenzando en el siglo trece, los Capetos iniciaron la construcción de un cuerpo estratificado de funcionarios dedicados a afirmar y extender el poder real. En vez de otorgar a los potentados locales un poder independiente, prefirieron

²¹ Ver N. Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, 153 (1968). En el trabajo del siglo catorce del famoso jurista Bartolus, se hace evidente una pronunciada hostilidad hacia la discrecionalidad sin posibilidad de revisión y sus asociaciones con la tiranía. Ver Bartolus, *Opera Omnia*, vol. 11, 326 (Basilea, 1588).

despachar a sus propios agentes para realizar una variedad de funciones locales. A menudo de origen plebeyo y dependientes del rey para ganarse la vida, estos funcionarios reales eran leales al cetro y estaban relativamente inmunes a las presiones locales. Divididos en rangos, estaban interconectados por un sistema de revista: las revisiones de los *prévôts* iban a los alguaciles y de los alguaciles al poder real central. El aparato administrativo resultante se hizo muy popular como modelo para los príncipes de otras comarcas continentales.

También hubo desarrollos significativos en el tribunal principal de la nación, el Parlamento de París, en donde los abogados de profesión desplazaron gradualmente a los magnates en la toma de decisiones.²² Siguiendo a las organizaciones judiciales eclesiásticas, la tarea principal de este alto tribunal fue la revisión de las decisiones tomadas por los poderes judiciales inferiores, incluido un mosaico de cortes señoriales.²³ Pero incluso cuando el Parlamento ejercía jurisdicción de primera instancia, los jueces fueron apartados de algunas actividades asociadas con los juicios (como toma de pruebas, por ejemplo) y eran desposeídos de la posibilidad de realizar un escrutinio directo, característico de la toma de decisiones de primera instancia. El material necesario para decidir era recogido en forma documental y ordenado prolijamente para los encargados de impartir justicia por una variedad de funcionarios judiciales especializados.²⁴ Uno de ellos, encargado de salvaguardar el interés real, se convirtió en última instancia en acusador público (del Estado), función

²² La historia de este desplazamiento es relatada por el duque de Saint-Simon en sus memorias, con muchos detalles y poca simpatía hacia los abogados. Ver *Historical Memoir of the Duc de Saint-Simon*, ed. y trad. L. Norton, vol 2, 367-71 (1968).

²³ Ver M. Fournier, *Histoire du Droit d'Appel*, 231-32 (París, 1881).

²⁴ En contraste con Inglaterra donde los tribunales centrales formulaban los temas dejando que las zonas rurales dieran su veredicto, el Parlamento tenía investigadores oficiales para llevar a cabo sus *enquêtes* en las localidades, reservándose el poder de decisión. Ver también J. P. Dawson, *A History of Lay Judges*, 53-60 (1960).

muy copiada en otros países.²⁵ La diferenciación funcional también afectó el panel de toma de decisiones: se asignaba un juez para filtrar documentos e informar a sus colegas sobre el caso. Una vez comunicada la decisión, basada de modo importante en su informe, se solicitaba al *rapporteur* que redactara la sentencia del tribunal (incidentalmente el estilo del juicio se hizo cada vez más formal, requiriendo iniciación y formación especiales). Durante el siglo catorce emergió dentro del Parlamento un rango de funcionarios claramente definido, y con ellos la posibilidad de apelaciones internas. En suma, los procesos emergentes de burocratización jerárquica fueron inconfundibles.

Pero no fue hasta el fortalecimiento del absolutismo de los príncipes durante los siglos dieciséis y diecisiete que las burocracias centralizadas comenzaron a dominar el aparato del Estado en los principales países del continente. Hasta el lenguaje se vio afectado por las presiones que tendían a su reglamentación. El discurso oficial tenía que realizarse en formas verbales rígidamente estructuradas, ser seco, en latín y "abstracto" en comparación con el lenguaje privado coloquial.²⁶ La idea de un cargo impersonal se extendió hasta el corazón mismo del poder. Pese al famoso dictum de Luis XIV: "*L'état c'est moi*", es durante este período que la idea del Estado se hace separable del status personal del gobernante y se convierte en un locus de sometimiento al poder institucionalizado (impersonal).²⁷

²⁵ A menudo se ha dicho que el antepasado del acusador público moderno fue el *procureur du roi* francés, que entonces influyó en el *promotor* o *procurator fiascalis* de la iglesia. Ver p. cf., P. Hinschius, *System des Katholischen Kirchenrechts*, vol. 6, 12, n. 2 (Graz, 1959). De hecho en los procesos eclesiásticos aparece un promotor, por lo menos en tiempos de Tancredo, en el siglo doce. Ver Lefebvre, *supra*, n.17, 104. El *procureur général* francés desarrolló su propia organización jerárquica, conocida metonímicamente como el *parquet*.

²⁶ Sobre la reglamentación del idioma francés del siglo diecisiete, ver G. Steiner, *After Babel*, 365 (1975).

²⁷ Sobre la contribución del pensamiento burocrático impersonal acerca del surgimiento del concepto moderno de Estado, ver P. Frölich, *1789, die grosse Zeitwende: Von der Bürokratie des Absolutismus zum Parlament der Revolution* (Frankfort, 1957).

En la gran mayoría de los países continentales los funcionarios judiciales se hicieron profesionales de carrera. La participación lega en los procesos judiciales, allí donde llegó a sobrevivir, se redujo a la insignificancia o a un ritual. Los funcionarios judiciales, ahora organizados en una jerarquía, dejaron de ser percibidos como independientes del centro del poder del Estado. Y a diferencia de los jueces de la iglesia, los adjudicatores seculares dejaron de estar autorizados a adaptar las ordenanzas y otras fuentes legales para que se conformaran con su conciencia. Se pensaba que la integridad de una autoridad central poderosa requería un gobierno mediante reglas. Los jueces de niveles superiores consideraron muy aceptable la disminución del espacio para la discrecionalidad: Se acostumbraron a decidir sobre la base de documentos ordenados que eliminaban matices personales o de situación que pareciesen confusos, y que pudiesen ejercer presión hacia la libertad de acción a la hora de tomar decisiones. Como decía una máxima burocrática del período *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en un expediente no existe).

El apego a las reglas también afectó las actitudes hacia los precedentes judiciales. Las decisiones de las cortes superiores, vinculantes o no, no fueron tratadas como ejemplos de cómo una situación real se había resuelto en el pasado, para poder comparar el caso sub judice con esos ejemplos de decisiones anteriores.²⁸ Más bien, lo que el magistrado

²⁸ Cuando el papel de los precedentes se analiza comparativamente, el tema de si son formalmente vinculantes o no surge con tal rapidez que se pierde perspectiva de las diversas concepciones del significado de "precedentes". Las culturas jurídicas angloamericana y continental probablemente difieren más en cuanto a cómo conciben los "precedentes" que en la fuerza vinculante real de la adjudicación previa. La actitud hacia la decisión que busca simetría en situaciones de la vida (un enfoque legalista pragmático en términos de nuestras categorías) es más característica de los tribunales angloamericanos que de los continentales. A menudo se ignora que los tribunales continentales de última instancia fueron una autoridad influyente en varios sistemas jurídicos del antiguo régimen. Ver G. Gorla, "La *communis opinio totius orbis*" en M. Cappelletti, ed., *New Perspectives for a common law of Europe*, 45 (1978).

buscaba en los "precedentes" era un pronunciamiento del poder superior según una regla, y los hechos del caso quedaban en penumbras. De este modo lo que la doctrina *common-law* convencional devaluaría como un simple dictum, fue bienvenido precisamente por su independencia de la constelación concreta de los hechos del caso. Montesquieu expresó perfectamente esta actitud continental "lógico-legalista" respecto a los precedentes, afirmando que los juicios previos son meramente "un texto de la ley más preciso".²⁹ En suma, mucho antes de la Revolución Francesa, el aparato judicial continental incorporó rasgos que he asociado con la idea jerárquica. La administración de justicia fue permeada por actitudes derivadas de órganos decisorios profesionalizados, saturadas por ramificaciones de un poder de muchos niveles, y redolente con el legalismo lógico.

Esta caracterización puede ser discutida sobre la base de que el sistema legal en los países del antiguo régimen era imperfectamente centralizado. Es bien sabido que incluso en la Francia absolutista, el tribunal más importante —el Parlamento de París— compartía el máximo poder judicial con parlamentos provinciales. El hiperbólico lamento de Voltaire, dirigido a esta característica del panorama legal, se hizo famoso: "Hay tantas interpretaciones de la ley como ciudades" (*il y ait autant des jurisprudences que de villes*). Remanentes de privilegios feudales y prácticas como la venta de cargos en el aparato judicial, debilitaron la dependencia de los funcionarios del centro del poder estatal: los jueces no eran todavía *les employés*. Tampoco se había unificado aún la ley substantiva: un caleidoscopio de costumbres locales siguió siendo una fuente importante de poder legal.

Dicho lo cual, no obstante, no puede negarse un fuerte apego del aparato judicial a la burocratización jerárquica. En este punto una visión del otro lado del Canal será reveladora, pero como sólo en la siguiente sección tocaré la

²⁹ "Les jugements ne soient jamais qu'un texte plus précis de la loi". De *l'esprit des lois*, Liv. 11, c. 6.

maquinaria de justicia inglesa, que baste por el momento registrar la impresión de un inglés del siglo XVI muy viajado, Thomas Starkey. Aunque se dice que los ingleses ya habían centralizado su sistema legal durante el mandato angevino, Starkey seguía considerando que su propia ley no tenía "orden ni final", comparándola desfavorablemente con el ordenado "*civil law*" del continente.³⁰ Incluso en ausencia de una perspectiva comparativa, esta curiosa impresión puede explicarse en parte: se puede demostrar que la centralización incompleta de la administración judicial en tierras continentales restaba poco al fuerte compromiso con el ordenamiento del derecho ley y la jerarquización del poder judicial.

La existencia de un único foro central en un país no presupone una jerarquización judicial rígida, ni la existencia de varios tribunales independientes la excluye. Los Tribunales Supremos continentales en primer término y antes que nada ejercían una jurisdicción de apelación. Estaban en la cima de una pequeña jerarquía jurídica, ejerciendo una fuerte dirección general sobre los tribunales inferiores. Además sería errado imaginar *coutumes* locales como una aglomeración desordenada y amorfa de normas poco articuladas. A partir del siglo quince, los príncipes continentales —y en primer lugar los reyes de Francia— insistieron en que se redactaran las costumbres por escrito, y algunas veces llegaron a proporcionar procedimientos formales elaborados para la promulgación de *coutumiers*.³¹ La erudición legal continental (ciencia legal) proporcionó un esquema categórico para simplificar y organizar las reglas consuetudinarias, de modo que las disposiciones internas de los *coutumiers* no variaran grandemente y los abogados pudiesen seguirlos con

³⁰ Ver T. Starkey, *A Dialogue between Reginald Pole and Thomas Lupset*, Burton, ed., 173 (Londres, 1948).

³¹ Ver A. Esmain, *Cours élémentaire du droit français*, 2ª ed., 750 (París, 1895). También es cierto que a veces los reyes determinaban qué costumbres se aplicaban en qué áreas (F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, 114 [París, 1948]).

relativa facilidad.³² De hecho en esa tendencia a los textos escritos se pueden discernir más que incipientes heraldos del movimiento de codificación que más adelante se propagaría por los países continentales. Ya en Francia en el siglo XVII parecía adecuado buscar "principios" comunes a varias costumbres locales, de modo que en última instancia el rey promulgase *une seule coutume*.³³ Y hay sólo un corto paso desde esta búsqueda de principios unificadores a las actitudes que generaron las codificaciones continentales clásicas, aquellos logros del legalismo lógico continental. Lo que resultaba común a ambos movimientos era la creencia de que la sociedad está gobernada por unos pocos principios inalterables de los cuales se pueden deducir reglas claras para poder hacer un adecuado seguimiento de la ley. Ambos movimientos compartían la creencia de que las decisiones lógicas se pueden organizar como un proceso que relacione reglas vacías de contenido con hechos claros. En esta conexión es notable que las primeras codificaciones en el continente fueron anteriores al *nouveau régime*: fueron puestas en vigor por gobernantes absolutistas que querían guías claras para las burocracias judiciales en Alemania.

Al evaluar la falta de unidad de la ley durante el antiguo régimen hay otra consideración que merece mención: a partir del siglo dieciséis, con la declinación de la *denunciatio canonica*, no existió una contrapartida cierta en los sistemas legales continentales para la separación entre "derecho y

³² Un plano frecuente fue una parte de la codificación de Justiniano que contenía un trato sistemático del derecho romano para fines educativos. Ver A. Watson, *The Making of Civil Law*, 66 (1981). La fuerte influencia del enfoque "romano" erudito en el análisis de los problemas jurídicos fue deplorada por quienes creían en la tradición jurídica francesa nativa. Se muestra, por ejemplo, en los lamentos de Montaigne contra la invasión del "derecho romano", y encontró su expresión clásica en el *Antitribonian* de Hotman.

³³ La codificación como acto del gobernante soberano fue expresada claramente por primera vez por Jean Bodin. Ver Q. Skinner, *Foundations of Modern Political Thought*, vol. 2, 289 (1978). Sobre la búsqueda de "una costumbre única", ver P. Viollet, *Précis des Institutions Politiques et Administratives de la France*, vol. 1, 173 (París, 1980).

equidad" (en adelante "*law and equity*") que seguía caracterizando el panorama legal inglés. Parecería que un aparato de justicia apegado al orden se ve menos alterado por la pluralidad de fuentes entre las cuales elegir la norma para una decisión estable, que por la posibilidad de que un tribunal de última instancia desestabilice las decisiones de otro. El derecho durante el *ancien régime* no carecía de "una base sólida de apoyo" como un inglés que conocía bien el derecho continental (civil) diagnosticara respecto a la situación en su propio país.³⁴

El crecimiento de la centralización gubernamental después de la Revolución Francesa es demasiado conocido como para que necesite revisión aquí. Después de un breve prelude, fue abolida la pluralidad de ordenamientos jurídicos y los tribunales se hicieron demasiado unificados. Los rasgos jerárquicos del aparato judicial heredado permanecieron esencialmente intactos, aunque algunos aspectos de esta jerarquización, como el papel del magistrado jefe, elude ahora una visión continental limitada, un ojo que se examina a sí mismo.³⁵ Pero algunas reformas iniciadas en el aire electrificado de aquellos días turbulentos tenían la potencialidad de minar o debilitar seriamente la estructura jerárquica burocrática del poder judicial. Aunque los jueces se convirtieron en *les employés*, se les dio un status especial entre los funcionarios, status que implicaba una relajación de la cadena de mando jerárquico. Se proclamó que las opiniones legales de cortes

³⁴ Starkey, *supra*, n. 30. Al evaluar el diagnóstico del autor del derecho continental como muy ordenado, hay que recordar que aunque Starkey estudió en una escuela de derecho continental, no tenía experiencia práctica. Incluso aceptando una distorsión que emanara de la familiaridad con el derecho académico solamente, sigue habiendo cierta medida de verdad en sus observaciones comparativas, sobre las cuales volveré en la sección siguiente.

³⁵ Los "poderes de supervisión" del magistrado jefe en algunos sistemas continentales (p. ej., en Alemania Occidental) pueden incluir críticas a sus jueces por una insuficiente preparación de los casos para juicio, o la descalificación de jueces por ser parciales. Siendo perfectamente normal en la tradición jurídica continental, tales poderes fácilmente parecen excesivos en el marco angloamericano.

superiores no eran vinculantes para los jueces subordinados, incluso cuando se devolvían al juzgado inferior para reconsideración. Más notable fue la inyección de un componente lego en la adjudicación: en tanto que la justicia civil permanecía —como antes— provincia exclusiva de los jueces profesionales, su monopolio se rompió cuando se juzgaron delitos más serios. Un jurado lego, trasplantado desde Inglaterra, compartía la decisión con tres jueces profesionales.

No importa cuán significativas pueden haber sido estas reformas en algunos aspectos, su potencialidad para desestabilizar la jerarquía judicial, o mitigar la potencia de los profesionales nunca se ha cumplido. Las fuerzas burocráticas nativas no tardaron en reaccionar contra el órgano trasplantado, proponiéndose expulsar o por lo menos neutralizar el cuerpo extraño. Se mantuvo la creencia de que la administración de justicia es una esfera de prácticas especializadas en la cual las afirmaciones vigorosas de visiones no supervisadas equivalen a arrogancia. La forma principal de participación lego en causas penales se convirtió en un tribunal mixto en el cual los elementos legos y profesionales se sentaban y decidían conjuntamente, y en la cual el componente profesional ejercía influencia decisiva.³⁶

Las reformas que intentaron hacer menos rígida la cadena de rango jerárquico no tuvieron mejor destino. En tanto tenían la libertad formal de pasar por alto las opiniones legales de sus superiores, los jueces seguían buscando la guía de los tribunales superiores. Pese a que muchos factores conspiraron para conservar esta deferencia, se puede explicar esta actitud como causada y nutrida por las políticas de reclutamiento, formación y promoción, todas afines a las

³⁶ Estos problemas de control de un panel lego independiente que decide en solitario, están ausentes de la administración de justicia continental. Sobre estudios empíricos que confirmen las impresiones generales acerca de la influencia limitada de los asesores legos en las decisiones de paneles mixtos, ver M. Damaska, "*Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*", 84 *Yale L. J.*, 480, 498 (1975).

organizaciones jerárquicas. Típicamente, el comienzo de una carrera en los tribunales era también el comienzo de la carrera profesional de un joven abogado, fresco tras un período como interno en el aparato judicial. Raramente el juez estaba iniciando una segunda carrera. El primer cargo (o elección) era en los tribunales inferiores, puesto de poco prestigio, cuyas posibilidades de promoción dependían, por lo menos en parte, de la aprobación de quienes hacían el seguimiento regular de estos tribunales y sus decisiones. En esta situación apenas puede sorprender que las afirmaciones de independencia por parte de los tribunales inferiores, incluso siendo formalmente posibles, fuesen bastante aberrantes. Firmemente sujetos al mástil del servicio civil, los jueces inferiores podían oír la música seductora de la libertad, tal como Ulises oyera el canto de las sirenas.³⁷

De manera general y de modo latente, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas. Sugeriré brevemente la conexión. Incluso antes de la revolución, las poderes judiciales continentales

³⁷ Merece la pena anotar que una doctrina de precedentes formalmente vinculantes sería mucho más rígida en el marco institucional continental que en el del *common law*. La razón primaria no es tanto un mayor espíritu de obediencia a los superiores en los primeros que en los últimos, sino la diferente comprensión del precedente. Ver *supra*, nn. 28-29 y el texto que acompaña. El juez continental no pondera la simetría de las situaciones de hecho que, regidas por *stare decisis*, permiten distinciones finas asegurando por tanto el crecimiento flexible del derecho. En cambio cada vez busca reglas más concretas en las decisiones anteriores, pasando por alto el contexto factual que las envuelve. Asumiendo la naturaleza vinculante de la concreción de esta norma progresiva, las normas de decisión en su momento se volverán intolerablemente rígidas, cada decisión nueva como una gota en la formación de una estalactita de normas cada vez más grande. En suma, mientras una organización judicial compuesta por jueces relajadamente jerárquicos puede requerir una doctrina de precedente vinculante como estabilizador ideológico interno, un funcionario de carrera jerárquico bien podría estar mejor sin él.

creían que las normas podían ser desarrolladas con tal claridad y precisión que su aplicación a casos individuales requeriría una mera "subsunción" de hechos a normas sin posterior elaboración (interpretación) por parte del juez. No obstante, mientras que el antiguo régimen no se oponía a la desenfadada creación de normas por parte de las cabezas de las pirámides judiciales (*arrêts de règlement*), la doctrina revolucionaria de separación de poderes exigió el cambio. La rama judicial debería limitarse a la aplicación de normas con total prohibición de introducirse en la función de hacer políticas de la legislatura. En teoría, a los tribunales se les prohibía incluso la creatividad intersticial como la requerida para la interpretación de las leyes: el juez es sólo *la bouche* (la boca), no *le cerveau* (el cerebro), de la ley.³⁸ Ahora, si la creación del derecho excede la función del poder judicial, esto significa que en esta materia no puede haber jerarquías de jueces: todos están únicamente y por igual subordinados al legislador.³⁹ Y mientras el tribunal superior puede estar en

³⁸ En 1790, mientras todavía actuaba la toxina de la revolución, dos decretos de la Asamblea prohibieron a los tribunales cualquier interpretación de la ley: cuando hubiera incertidumbres acerca de la legislación, se esperaba que los jueces refirieran el asunto a los legisladores. Los gobernantes absolutistas, de Justiniano a Federico II de Prusia, a José II de Austria, impusieron otras prohibiciones similares y poco realistas sobre la interpretación judicial. Comentaristas lúcidos sobre esto, en F. Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, 38, 141 (1957). Casi no hace falta decir que tales prohibiciones tuvieron corta vida.

³⁹ La doctrina de que los jueces nunca están vinculados por interpretaciones (judiciales) internas del derecho no tardó en ser abandonada respecto a los tribunales superiores. Tradicionalmente estos tribunales tenían un abundante número de jueces divididos en secciones especializadas, y cada sección estaba subdividida en numerosos paneles. De modo que siempre existía el peligro de que paneles separados emitieran opiniones en conflicto sobre el mismo punto del derecho. Para evitar esto, se desarrollaron diversos mecanismos que aseguraran la consistencia interna, uno de los cuales se desviaba de la doctrina ya mencionada: si un panel del juzgado de última instancia (a menudo también un panel de un tribunal de apelaciones intermedio) quería desviarse de una opinión ya anunciada por un panel de la corte suprema, el tema tenía que pasar a un superpanel para una decisión vinculante para todos los jueces de la corte suprema. Irónicamente, la doctrina de sometimiento "único" a la ley siguió aplicándose solamente a los jueces de primera instancia.

desacuerdo con un tribunal inferior en la interpretación de una ley, no precisa adherencia a sus opiniones; la fuerza de sus pronunciamientos legales deriva únicamente de los argumentos en que se apoya, cuyo valor dependerá de lo que puedan probar por la razón (*tantum valet quantum ratio probat*). Como se puede predecir, esta ideología revolucionaria no sólo falló por la destrucción del respeto hacia las opiniones jurídicas de las autoridades judiciales superiores, sino falló asimismo al desalentar a los jueces continentales a implicarse conscientemente en la actividad de crear normas. Sin embargo, manteniendo la estructura jerárquica de poder, tal conspicua actividad judicial de generar normas queda en el área de los tribunales superiores.

El cambio de siglo trajo un debilitamiento del legalismo lógico, con los correspondientes cambios en el tono de la burocracia judicial.⁴⁰ A pesar de todos estos cambios, el aparato judicial continental ha mantenido un pronunciado sabor burocrático y jerárquico, especialmente cuando es observado desde la perspectiva del *common-law*.

El mecanismo de justicia angloamericana

La relación entre el aparato de justicia angloamericano tradicional y el ideal paritario parece ser mucho más problemática que la relación entre el ideal jerárquico y la organización judicial continental. Pero bastará cambiar levemente los focos de atención usuales para darse cuenta de que los aspectos que caracterizan a la organización judicial angloamericana, cuando son observados desde la perspectiva continental, pueden ser expresados como una fuerte afinidad hacia los valores y actitudes que he conceptualizado en el ideal de poder paritario.

⁴⁰ Para un análisis perceptivo de estos cambios, ver N. Lüthmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 11-14 (1974); G. Schmid y H. Treiber, *Bürokratie und Politik*, 204-24 (München, 1975). La infusión de consideraciones políticas amplias, necesaria por la revisión judicial en expansión de la constitucionalidad de la ley, fue muy dañina para la "proximidad" del universo lógicamente legalista.

Comencemos con la preferencia ideal por órganos decisorios legos. La forma de gobierno inglesa siempre ha demostrado que mantiene una estrecha colaboración entre el poder y las clases adineradas.⁴¹ Los reyes normandos que comenzaron a construir (con fundamentos anglosajones) una administración relativamente sofisticada en el siglo XII, dejaron importantes funciones gubernamentales en manos de la nobleza local; así estos potentados locales, a pesar de actuar bajo comisión real, dispensaban justicia con entera libertad de cualquier supervisión o interferencia real. No evolucionaron los mecanismos de revisiones regulares por parte de superiores, tan importantes para el poder eclesiástico. En las cortes reales centrales, los jueces actuaban en conjunto con jurados locales compuestos por miembros de las clases terratenientes. El funcionamiento del centauro judicial inglés, en parte profesional y en parte lego, se expresa normalmente diciendo que la función judicial está en manos del juez, quien toma los hechos del jurado.⁴² ¿Pero es ésta la manera en que puede aparecer el reparto de funciones a través de las lentes de los expertos legales del continente? En el siglo XIII, la esencia de la actividad judicial estaba identificada con el proceso de relacionar el derecho con hechos comprobables, y precisar la determinación de hechos (*ventilatio veritatis*) se convirtió en parte indispensable del trabajo judicial (*officium iudicis*).⁴³ Desde la perspectiva continental, enton-

⁴¹ Hay mucha literatura sobre este punto. Ver, p. ej., P. Anderson, *Lineages of the Absolutist State*, 115-16 (1974); M. Bloch, *Feudal Society*, vol. 2, 331, 424 (1961); J. R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, 36-37, 47 (1968).

⁴² Ver p. ej., R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, 170-71 (1921). El análisis convencional se refiere al jurado tras su transformación del siglo dieciséis, pero también *mutatis mutandis* se aplica al jurado más antiguo autoinformado que menciona el texto.

⁴³ Ver, p. ej., la opinión del famoso jurista Baldus de Ubaldis, recogida en un compendio de planteamientos relevantes dispersos en N. Horn, *supra*, n. 21, 140. Incluso se podría sostener que en el período temprano era más importante para el juez asegurar los hechos ciertos que ser el depositario del conocimiento jurídico; se esperaba que en casos complejos consultara con los académicos jurídicos (*juris periti*). Pero en la Iglesia Católica el énfasis en el conocimiento jurídico emergió muy temprano. En cuanto a la segunda mitad

ces, el juez real inglés podría aparecer más como el moderador de una conferencia judicial, o quizás el supervisor de procesos justos, el anunciador del resultado y el que hace cumplir una sentencia, más que el órgano decisorio quintaesencial. Esta interpretación se mantendría igual incluso si al observador continental se le informara que los jueces reales podrían presionar a los jurados para decidir un caso de una particular manera. Había precedentes de esto en el continente: los barones carolingios también podían manipular un tribunal, pero siempre "el tribunal juzga, no el Señor". Sir Thomas Smith, al intentar explicar en el siglo dieciséis el sistema procesal inglés a los franceses, era muy consciente de esta persistente divergencia de perspectivas en los responsables judiciales. "*Judex* es lo que nosotros llamamos el juez", recordaba, "pero nuestro sistema es tan distinto que aquellos que condenan o absuelven a un hombre culpable o inocente no son llamados jueces, sino doce hombres".⁴⁴

Desde la perspectiva continental, entonces, los auténticos órganos decisorios del aparato de justicia inglés tradicional son legos, tanto jueces de paz como jurados. Habiendo colocado tan significativos poderes en manos de caballeros legos, el aparato de justicia inglés no desarrolló muchas características de lo que antes he asociado con estructuras burocráticas. Un ejemplo es la comparativamente escasa diferenciación de funciones,

del siglo doce, los obispos (*judices ordinarii*) pondrían como sus "vicarios" a personas de su entorno con conocimientos de derecho. Ver Lefèbre, *supra*, n. 17, 101. La visión de que los "atributos esenciales" de los poderes judiciales no incluyen la búsqueda de hechos sigue siendo proclamada a menudo en los tribunales norteamericanos. Para un ejemplo reciente, ver *Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipeline Co.*, 458 U.S. 50 (1981).

⁴⁴ Ver T. Smith, *De Republica Anglorum, Lib. II. Cap. 8*, ed. L. Alston, p. 66 (1960). El análisis moderno suscribe la opinión de que los jurados son más que meros buscadores de pruebas, por lo menos en un caso típico, cuando dan un veredicto general. Para dar ese veredicto los hechos y el derecho deben estar relacionados, esto es, deben hacerse operaciones mentales que a la vez no sean mecánicas, y sean esencialmente adjudicativas.

incluyendo aspectos tan fundamentales como la separación de las tareas testimoniales de las adjudicativas. Tardíamente, en el siglo quince, Fortescue todavía celebraba al jurado angevino autoinformado cuyos miembros podían decidir un caso basándose en sus conocimientos "privados" de hechos relevantes, o en sus investigaciones personales.⁴⁵ No es exageración decir que el jurado inglés se convirtió en un cuerpo puramente adjudicativo sólo después de su transformación en el siglo dieciséis, cuando pasó de ser un grupo de vecinos y testigos a ser un conjunto de personas desinteresadas para quienes los hechos deben ser probados en el tribunal.

Otro ejemplo de burocratización retardada es la escasa e imperfecta separación entre el cargo y su titular. Actuando en el desarrollo de sus juicios, los responsables ingleses continuaron siendo tratados como gente común hasta mucho después de que sus equivalentes continentales hubiesen adquirido un status especial. Por lo tanto, mientras las quejas se dirigen contra los cargos continentales (no contra quienes los detentan), los funcionarios ingleses siguieron recibiendo órdenes y prohibiciones en calidad personal. Por cierto, también ejercían su poder de un modo muy "personalizado", de lo cual hasta hoy sobreviven huellas en los aparatos judiciales de los países angloamericanos.⁴⁶ La incierta línea entre la aplicación del derecho privado o público también se relaciona al entorno inglés preburocrático. Individuos privados pueden demandar de inmediato en su calidad privada y en el

⁴⁵ J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie, Cap. 26*, ed. S. Chimes, p. 62 (Cambridge, 1949). Mucho después, Sir Matthew Hale seguía defendiendo la mezcla de funciones testimoniales (conocimiento privado) con responsabilidades adjudicativas. Ver M. Hale, *The History of the Common Law of England*, Runnington, 6ª ed., 348, 353 (Londres, 1820).

⁴⁶ El concepto de que los jueces deben una responsabilidad institucional a los tribunales no está en absoluto tan fuertemente desarrollada como entre los funcionarios judiciales continentales. Tampoco en todos los países angloamericanos se ha arraigado la idea de que el tribunal, como unidad, ha hablado cuando un juez que pertenece a él ha dado a conocer su decisión. Por ejemplo, la negación de fianza o de prórroga por un juez norteamericano no impide que su colega del mismo tribunal conceda esa gracia.

interés público (acciones *qui tam*), o sólo por el interés público (proceso criminal en nombre del rey), incluso cuando las burocracias judiciales continentales establecían un monopolio virtual de la acción en interés público.⁴⁷ Otro ejemplo de la imbricación de las esferas oficiales y privadas es que los miembros de la abogacía inglesa podían aparecer en listas *ad hoc* para servir de jueces de los tribunales centrales.⁴⁸

La distribución del poder en el aparato tradicional inglés también nos ofrece una mirada fresca: aspectos sobresalientes del ideal paritario pudieron ser oscurecidos por un excesivo énfasis en la centralización iniciada por los angevinos. Lo que tiende a perderse de vista es que la disposición de muchas causas penales quedaba en manos de jueces de paz locales, que actuaban solos o acompañados de un jurado local, con una mínima interferencia del poder real central. Por consiguiente, un importante sector de la administración de justicia era un notable "ensayo de descentralización".⁴⁹ Sólo cuando se fija la atención en casos civiles los tribunales reales centrales se vuelven de hecho tan prominentes como lo son en la literatura convencional. Pero a diferencia de la situación en el continente, estos tribunales estaban ejerciendo, o mejor dicho, participando, en el ejercicio de jurisdicción *original*. No había rangos claros entre ellos: los mismos individuos entraban y salían de diferentes posiciones, sirviendo a distintos cuerpos judiciales. Mientras el recurso de apelación era posible, la apelación podía ir entre tribunales

⁴⁷ Sobre las acciones *qui tam*, ver W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 4, 355 (1924). Hay que señalar que el sistema inglés de iniciativa penal privada no se limitaba a la víctima del delito: un ciudadano podía iniciar un proceso penal en representación de la Corona. Todos los contemporáneos eran conscientes de las diferencias entre Inglaterra y el continente en el grado en el cual toleraban la aplicación privada del derecho penal. Ver W. Fulbecke, *A Parellele or Conference of the Civil law, the Canon Law and the Common Law of this Realme of England*, 64-65 (Londres, 1618).

⁴⁸ Este alistamiento que continuó hasta este siglo, se facilitó por el hecho de que los jueces reales eran elegidos entre los miembros de la abogacía.

⁴⁹ Ver T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5ª ed., 169 (1956).

del mismo nivel (alegato común, *common pleas*, y tribunal real, *king's bench*) más que desde un tribunal inferior a uno superior. Algunos tribunales, tal como el *Court of Exchequer Chamber*, eran más bien comités de jueces paralelos, que un tribunal superior.

Si bien es verdad que los reyes normandos pusieron en marcha un proceso de centralización antes de que lo hicieran los legisladores continentales seculares, esta precoz centralización, limitada principalmente a casos civiles, no fue lograda por la vía del ordenamiento jerárquico del poder judicial. En resumen, se puede decir que los reyes angevinos establecieron un nivel único de tribunales centrales para asuntos de gran interés para las clases terratenientes, dejando el resto a la nobleza local que nunca desarrolló tribunales de varios niveles. De este modo, la administración de justicia se organizaba en torno a un único plano de poder. Florecieron actitudes que he identificado como características de este patrón de organización judicial; actitudes que he asociado con el ordenamiento vertical de lo judicial que no encuentran terreno fértil para crecer.

¿Cómo puede ser mantenida la unidad necesaria en este marco institucional? Gracias a la comparativamente pequeña escala de operaciones, los jueces reales formaban un grupo pequeño y cerrado, regularmente ocupado en consultas informales e intercambios de puntos de vista.⁵⁰ Las ocasionales discordias entre los tribunales centrales paralelos eran resueltas en un estilo típicamente paritario: las decisiones indeseables no se invalidaban directamente (como hubiera hecho un tribunal superior), pero su aplicación se frustraba indirectamente de varios modos (p. ej., en órdenes inhibitorias dirigidas de un tribunal a otro). Irónicamente, mientras las nociones de soberanía unitaria acababan de emerger en el siglo dieciséis, el centro de la justicia inglesa continúa abarcando dos siste-

⁵⁰ Sobre las diversas técnicas utilizadas para desarrollar la unidad del derecho entre los tribunales reales, ver M. Hale, *The History of the Common Law of England*, 251-52 (1820).

mas normativos (*common-law* y *equity*), que son dos voces que necesitan armonizarse y ajustarse.

Hay pocas dudas de que las decisiones tomadas por los jueces de paz locales estaban más influidas por las normas comunitarias prevalentes que por reglas técnicamente legales, pero separadas de su matriz social. Si bien numerosos manuales para la justicia lega son tomados como una variedad de literatura técnica, es difícil imaginar que las pocas normas substantivas para la toma de decisiones expuestas en ellos ejercieran mucha influencia en los potentes legos cuando tales normas se desviaban de las nociones prevalentes de imparcialidad, sentido común, o consideraciones similares. La informalidad de los procesamientos y la ausencia de abogados y de canales de revisión daban amplio lugar a un uso "discrecional" de las instrucciones contenidas en los manuales. Cuando se vuelve la vista a los tribunales reales centrales, sin embargo, la afinidad entre la toma de decisiones con los preceptos de justicia substantiva parece altamente problemática. Es cierto, las cortes de *equity* insisten en los valores éticos, y su atmósfera personal, casi confesional, tanto como la flexibilidad de sus recursos, indican decisiones no técnicas.⁵¹ ¿Pero qué se puede decir del funcionamiento de los celebrados tribunales del *common-law* y los muchos detalles técnicos con que se asocia dicho funcionamiento?

La búsqueda de una respuesta exige que examinemos la función de los tecnicismos generados por los abogados del *common-law*. En el período temprano del jurado autoinformado, la principal ocupación de los abogados era formular por medio del mecanismo de alegatos las preguntas más apropiadas a los órganos decisorios, el jurado lego. En el origen, entonces, los tecnicismos de los abogados del *com-*

⁵¹ Pese a que se ha hablado mucho acerca de las indiscutibles influencias eclesásticas en la cancillería, la operación del tribunal de *equity* fácilmente hubiese provocado más perplejidad a los abogados continentales que las complejidades del *common law*, por lo menos después del siglo dieciséis. Explicar la relación entre *law* y *equity* a los europeos sigue siendo una de las tareas más difíciles para los comparativistas.

mon-law concernían a la formulación de asuntos más que a su resolución.⁵² Cuando los miembros del jurado dejaron de ser autoinformados y los hechos debían ser probados ante el jurado en el tribunal, surgió un trabajo adicional para los abogados, en la medida que se les permitiese participar en el proceso judicial.⁵³ Comenzaron a controlar el flujo de información al jurado, y a asegurar que las pruebas fuesen suficientes para garantizar que se les plantease un tema. Es claro que las reglas que regulaban esta actividad una vez más se dirigían a asuntos que *precedían* a la adjudicación real, más que directamente a la adjudicación. Moviéndose desde el vestíbulo hasta el centro de la toma de decisiones, la pregunta adecuada es qué normas guían a los miembros del *jurado* para dar su veredicto, más que preguntar qué normas controlan el comportamiento de los *abogados*. Cuando se enfoca la pregunta de este modo, se vuelve aparente que incluso la justicia administrada por tribunales reales del *common-law* estaba fuertemente influida por las normas comunitarias prevalentes. A menudo hechos y normas estaban entrelazados, como en los casos de negligencia, y tratados como asuntos a decidir por legos; instrucciones al jurado que regularmente abarcaban términos vagos que le permitían inyectar en el veredicto sus propias nociones de conveniencia, imparcialidad, y normas comunitarias similares e indiferenciadas.

Es por esta razón que la ley del *common-law* se puede asociar con el lento proceso de acumulación gradual de experiencia y con la costumbre que crece espontáneamente desde las circunstancias sociales más que con la obediencia

⁵² Ver S. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 37, 75 (1969). Fulbecke, un comparativista inglés temprano, relacionó el *common law* al nivel de súplicas de los procesos civiles continentales, descuidando virtualmente el contraste entre los juicios con jurado británicos y las etapas adjudicativas del proceso ante la burocracia jerárquica continental. Ver Fulbecke, *supra*, n. 47, 77.

⁵³ La regla que prohibía la asistencia de un abogado a los acusados en casos criminales (*felony*), comenzó a desintegrarse sólo en el siglo dieciocho. Ver J. Langbein, "The Criminal Trial Before the Lawyers", 45 *U. Chicago L. Rev.* 263, 307 (1978).

a reglas técnicas rígidas. Y es esta apertura a los juicios ordinarios de la comunidad que puede estar más profundamente engranada o ser más canónica en la cultura legal angloamericana, que los arabescos más visibles de los alegatos, o los exquisitos refinamientos de las reglas de las pruebas.⁵⁴ No es mi deseo exagerar la proximidad de las normas de decisión tradicionales a los requerimientos del ideal paritario: no se puede negar un componente técnico en estas normas. Pero es importante notar el carácter peculiar de este componente técnico, ya que presenta un contraste chocante con el aparato judicial continental. Como corresponde a una organización sin altas pirámides de poder, hubo aspectos técnicos de la ley del *common-law* profundamente inmersos en el pragmatismo del proceso y que respondían a particularidades concretas de casos. En otras palabras, el sabor del componente técnico estaba más próximo al pragmatismo que al legalismo lógico.

Para continuar la historia no necesito especular sobre qué peculiares formas de burocratización podría haber generado el absolutismo inglés, si la guerra civil del siglo diecisiete hubiera abortado las nacientes instituciones del poder central real. El hecho es que la profesionalización y centralización del aparato normativo se detuvieron: los líderes de la aristocracia local se mantuvieron como pilares del gobierno. Y mientras el tono burocrático de aparato estatal continental seguía creciendo en intensidad, el estilo oficial inglés estaba permeado de las nociones deportivas propias del ocio de los señores a quienes les gustaba convertir la vida en algo parecido a un juego. Las instituciones centrales inglesas también continuaron abrazando formas de tiempos anteriores.

⁵⁴ La asociación del *common law* con las costumbres y el lento crecimiento orgánico es un tema desarrollado con maestría por J. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, 36 y *passim* (1967). Para una visión en cierto modo semejante a la presentada en este texto, ver R. David, "Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine", 15 *Archives de la Philosophie du Droit*, 6 (1970).

El período feliz de este aparato estatal continuó durante el siglo dieciocho y los comienzos del diecinueve.⁵⁵ Paradójicamente, incluso cuando el Imperio Británico se aproximaba a su apogeo, Inglaterra difícilmente se podía calificar de Estado "moderno" por aquellos que asociaban el Estado moderno con la organización burocrática jerarquizada. Y para aquellos que entendían que la ley moderna debía poseer una legislación sistemática, el sistema legal inglés era un anacronismo, una jungla caótica con los precedentes judiciales como fauna más destacada.⁵⁶

Algunas divergencias importantes de los patrones de poder heredados sólo comenzaron a implementarse en la segunda parte del siglo diecinueve con el aumento del servicio civil profesional. El aparato de justicia no era insensible al cambio: la competencia de los magistrados legos quedó muy circunscrita, y el jurado lego comenzó un declive general, especialmente en casos civiles. A la vuelta del siglo se establecieron tribunales de apelación regulares, y así se creó un espacio que permitía un desarrollo más rígido de las relaciones jerárquicas. Una serie de reformas, la mayoría del presente siglo, racionalizaron y simplificaron el sistema de tribunales, acercándose al modelo continental. Las vías informales para asegurar la unidad de la toma de decisiones fueron reemplazadas en el siglo diecinueve por la doctrina

⁵⁵ Sobre características de la administración local británica, ver L. Namier, *England in the Age of the American Revolution*, 2ª ed., 3-41 (1961). Los visitantes continentales se asombraban de que Inglaterra consiguiese mantener el orden sin una policía centralizada y profesional hasta bien avanzado el siglo diecinueve. Ver F. de la Rochefoucauld, *A Frenchman in England 1784*, 125 (Londres, 1935); C. Côté, *The Administration of Criminal Justice in England* (Londres, 1822). También vale la pena señalar que la Cámara de los Lores ha continuado hasta nuestros días tanto como organismo legislativo y tribunal supremo, y los pares formados en derecho se sientan junto a sus colegas legos en este importante tribunal.

⁵⁶ Hegel describió el *common law* como un "establo augeano", desesperadamente necesitado de aseo, o como una "jungla" que necesitaba ser reemplazada por una legislación "enmarcada predominantemente en principios generales" (*Political Writings*, 300, 310 [Oxford, 1964]).

normativista de *stare decisis*,⁵⁷ y se abolió la dualidad entre *law* y *equity*. En resumen, ocurrió un cambio dramático en la dirección de la burocratización jerárquica.

Pero, a pesar de los importantes cambios que ocurrieron durante un siglo y medio de desarrollo dinámico, la organización judicial existente continúa siendo un palimpsesto del que sólo se ha borrado parcialmente el pasado. Para comprender mejor las huellas supervivientes de las disposiciones tradicionales, una vez más es útil mirar desde la perspectiva continental: para conocer las cosas hay que observarlas desde fuera. Incluso hoy los visitantes de más allá del canal de la Mancha se sorprenden al encontrar algunos aspectos de la organización judicial inglesa atribuibles al ideal de estructura paritaria del Estado. Por ejemplo, mientras la jurisdicción continental de menor cuantía tiene jóvenes jueces profesionales en el primer nivel de los estratos jerárquicos, el sistema inglés de jurisdicción menor todavía está constituido por magistrados legos. Incluso los jueces profesionales ingleses no se pueden identificar con una organización gubernamental separada en el sentido continental: son personas en su segunda profesión, abogados de extensa carrera, formados dentro de un gremio independiente cuyo ethos comparten. Es verdad también que la relativa informalidad de los procedimientos internos de los máximos tribunales ingleses continúa desconcertando a los abogados continentales, familiarizados con las rutinas burocráticas de la judicatura continental.⁵⁸ Mientras se multiplican fácilmente los ejemplos, bastaría con sugerir simplemente el sabor a hibridación contemporánea de elementos tradicionales preburocráticos y burocráticos modernos en el aparato judicial inglés, dado que este capítulo

⁵⁷ Sobre el surgimiento relativamente reciente de la doctrina del *stare decisis*, ver A. Simpson, "The Common Law and Legal Theory" en *Oxford Essays in Jurisprudence* (II ser.) 77 (1973).

⁵⁸ Algunas de las diferencias residuales entre los procesos internos en los tribunales ingleses y de Alemania Occidental están analizados en J. Henkel, *England, Rechtsstaat ohne gesetzlichten Richter* (Frankfort y Berlín, 1971).

conciene a las raíces históricas sobre las que se han injertado formas modernas.

En Estados Unidos, las circunstancias fueron propicias desde el principio para un modo paritario de organización. Los colonos estaban íntimamente familiarizados con la administración local inglesa; poseían poca experiencia y nada de su situación recomendaba una burocracia judicial jerárquicamente estructurada. El Estado mismo era visto como un mal necesario: no fue sólo la Era de Jackson la que impulsó a hacer todas las funciones oficiales sencillas y simples, de modo que cualquier persona de inteligencia normal pudiese servir temporalmente o en "rotación" para un cargo. Identificar derecho con proclamaciones de instituciones autoritarias, que empleaban expertos, era ajeno a la gente que estaba condicionada a descubrir la ley en las normas comunitarias ordinarias. De hecho, se puede decir que si alguna vez hubo un consenso político, éste fue, y quizás lo es todavía, la antipatía ante la burocracia, el orden jerárquico, y la concepción del derecho como disciplina técnica, que significa antipatía hacia todos los aspectos esenciales del ideal jerárquico.⁵⁹

Una breve observación de algunas características sobresalientes de las estructuras paritarias en el aparato tradicional de justicia estadounidense: Desde el principio, el sistema descansaba en los jurados locales que, al menos por un tiempo, eran mucho más independientes de la influencia judicial que en Inglaterra. El papel central del jurado estaba recogido en la Constitución y, por tanto, era inmune a ser desmantelado por una simple reforma legislativa. Los jueces solían ser no profesionales, como aún ocurre esporádicamente en los pueblos y ciudades pequeñas. Pero incluso cuando los jueces comenzaron a ser elegidos más a menudo de las listas de abogados, el servicio político demostró ser un

⁵⁹ Ver S. P. Huntington "Paradigms of American Politics", 89 *Pol. Sci. Quarterly* 1, 20-22 (1974). Irónicamente, esta antipatía sobrevive en la actualidad cuando —cada vez más— se busca el apoyo del Estado para que solucione una multitud de problemas sociales.

prerrequisito más importante para ingresar en la judicatura que los conocimientos legales profesionales o la experiencia profesional.⁶⁰ En este contexto se consideraba normal que se supliese la experiencia legal desde el exterior, y que personas externas se alistaran para realizar una serie de trabajos que hubiesen sido abarcados por el monopolio judicial en el continente. Otro contraste es que la especialización en la judicatura continúa siendo vista como un vicio más que como una virtud.⁶¹ Finalmente, el estilo personal vigoroso de ejercer el poder continúa siendo el sello de la judicatura estadounidense, incluso observada desde Inglaterra.⁶²

Ya que los tribunales de apelación aparecieron mucho antes en Estados Unidos que en Inglaterra, quizás se puede inferir que la jerarquización de la judicatura progresó más que en otros países con *common-law*. La verdad es, no obstante, que los instrumentos jerárquicos y el espíritu jerárquico se mantuvieron embrionarios. Incluso ahora hay pocas jurisdicciones estadounidenses en las que los tribunales formen una jerarquía pronunciada y compacta. Esto no debe

⁶⁰ Esto contrasta abiertamente con el sistema jurídico francés, por ejemplo, donde los egresados de las escuelas de derecho que aspiran a una carrera en la judicatura deben asistir a una escuela especial (Ecole Nationale de Magistrature). En Inglaterra, todos los jueces superiores deben haber sido abogados ante los tribunales superiores por lo menos durante diez años. Ver la Ley de la Corte Suprema, 1981, c. 54, par. 10.

⁶¹ Contrastar la situación en los EE.UU. con un país continental típico, donde los jueces de las cortes supremas de jurisdicción general (sin hablar de las jerarquías de los tribunales especializados) están en divisiones especializadas, algunas veces incluso en paneles especializados dentro de una división igualmente especializada. Por otra parte, la estrecha especialización de la judicatura en los EE.UU. (no sólo sobre áreas judiciales, sino también respecto a la posición del acusado o demandante) no tiene análogo cercano, incluso en aquellos sistemas continentales que llevan la especialización de la judicatura relativamente lejos.

⁶² Esto es aparente, por ejemplo, en la mayor frecuencia de las opiniones divergentes en los tribunales de los EE.UU. que en los ingleses. Ver P. S. Atiyah, "Lawyers and Rules: Some Anglo-American Comparisons", 37 *Southwest L. J.* 545, 549-52 (1983). Como se anotara previamente, la mayoría de los sistemas continentales ni siquiera permiten la publicación de las opiniones disidentes.

causar sorpresa. Los jueces son a menudo figuras políticas, más inclinadas a hacer caso a su electorado que a los tribunales superiores, incluso si estas opiniones son técnicamente vinculantes. La posibilidad de pasar a un tribunal superior no es un recurso potente para inculcar disciplina jerárquica, como lo es en los sistemas judiciales continentales, ya que incluso el nivel más bajo del tribunal es una ocupación muy prestigiosa.⁶³ Más aún, la revisión de apelaciones no es tan amplia como lo es en el continente, de modo que los jueces inferiores mantienen una vasta "discrecionalidad" o poderes virtualmente no sometidos a revisión. Es inevitable que las peticiones de unidad en la toma de decisiones sean comparativamente débiles.⁶⁴

La sostenida importancia del jurado lego asegura que la orientación estadounidense hacia la justicia substantiva se mantenga fuerte y vital. Tampoco los jueces que se ven a sí mismos como figuras políticas se comprometerían con una concepción de la ley en la que las consideraciones políticas, éticas y técnico-jurídicas estuviesen rotundamente separadas. Es cierto que el hecho de que los jueces estadounidenses sean vistos como guardianes de la Constitución, el documento legal central, a menudo da la impresión de inyectar actitudes legalistas en la vida social estadounidense. Muchos han observado que los estadounidenses tienden a convertir todo tipo de problemas en asuntos jurídicos: incluso materias que en otros lugares se consideran como no "jurídicas" acaban en los tribunales. En este sentido tocquevillista la cultura legal estadounidense es innegablemente "legalista". Pero en un sentido más próximo a asuntos comparativos, es la propia centralidad de la

⁶³ Sobre los factores que debilitan las relaciones jerárquicas en la rama judicial de los EE.UU., ver P. S. Atiyah, *supra*, n. 62, 554.

⁶⁴ Incluso en el sistema federal, las diferencias existentes entre la jurisprudencia de diversos distritos judiciales son tan frecuentes como duraderas. Más importante, incluso dentro del territorio jurisdiccional de un circuito, las discrepancias de la jurisprudencia no son una causa mayor de desánimo, y de ese modo los mecanismos internos de los tribunales de circuito diseñados para anular los desacuerdos entre su panel son bastante débiles. Ver *infra*, c. 6, n. 113.

Constitución estadounidense la que refuerza la general antipatía a concepciones de la ley no comunitaria, y técnicamente especializada. Es precisamente la Constitución, un documento salpicado con amplias normas de significación ética y política, la que marca una fuerte separación entre los terrenos éticos, políticos y técnico-jurídicos, tan poco naturales como impracticables. Incluso hoy, concepciones fundamentalmente no técnicas del derecho consiguen mantener un lugar en la lucha con las tendencias fuertemente tecnocráticas de un Estado cada vez más intervencionista.

Las transformaciones contemporáneas del aparato judicial estadounidense serán tratadas en el último capítulo y no es necesario considerarlas aquí. Basta decir que a pesar de la tendencia hacia una centralización burocrática, los aspectos paritarios se mantienen mucho más viables en Estados Unidos que en Inglaterra. De hecho, si se quieren establecer las amplias diferencias de punto de vista entre ambos aparatos judiciales, se pueden expresar en términos de oposición entre estructuras jerárquicas y paritarias: el poder judicial inglés está mucho más profesionalizado, ordenado jerárquicamente y dedicado a una concepción técnica del derecho.⁶⁵ Sólo cuando se expanden los horizontes, las conspicuas diferencias internas entre ambos poderes judiciales comienzan a retroceder y emergen los parecidos de familia.

Mi cometido en la sección precedente ha sido mostrar cómo el marco conceptual que se estableció al comienzo del capítulo puede ser utilizado para arrojar nuevas luces sobre los aspectos que diferencian los aparatos de la justicia angloamericana y continental. Habiendo definido tanto las categorías relevantes y estableciendo un *pied-à-terre* para su realidad histórica, se han puesto los cimientos para el estudio de mi tema central: la influencia del aparato judicial en la forma del proceso jurídico. Ahora exploraremos las reciprocidades entre poder jurídico y la forma judicial de un modo más sistemático.

⁶⁵ Ver P. S. Atiyah, *supra*, n. 62, 552-55.

2 EL PROCESO JUDICIAL ANTE LA ORGANIZACION DEL ESTADO. FORMAS PROCESALES PARA SISTEMAS JUDICIALES JERARQUICOS Y COORDINADOS

En este capítulo nos preguntaremos en primer lugar por las disposiciones procesales indicadas para un aparato judicial jerárquico, y en segundo lugar, las formas convenientes para un aparato conforme al ideal paritario. ¿Qué aspectos del proceso jurídico, o elementos de su diseño, pueden ser atribuidos a características específicas de organizaciones jerárquicas y paritarias? ¿Qué relación tienen las actitudes prevalentes en uno u otro marco de la forma procesal? Estas son las preguntas principales. En la búsqueda de respuestas para éstas y otras preguntas similares, los contornos de dos estilos procesales distintos surgen gradualmente a la vista. Llamaré a uno de ellos proceso *jerárquico*, y al otro proceso *paritario*, pues sus elementos constitutivos se "derivarán" del respectivo tipo de poder.

Los dos estilos, aplicables a lo largo de las líneas que separan los procedimientos de tipo criminal, civil y administrativo, no se referirán a la distinción entre un proceso diseñado como una investigación y un proceso diseñado como una competición entre dos partes ante un órgano decisorio. Si bien a lo largo de este capítulo incidiré a un nivel de teoría ideal, haré suficientes referencias a procesos de la vida real para ilustrar cómo el estilo jerárquico refleja características sobresalientes del

proceso legal enraizadas en la tradición continental, mientras que en el estilo paritario se reflejan aspectos similares del proceso legal en la tradición inglesa. Las referencias más específicas a sistemas reales se pospondrán hasta el capítulo final. La discusión aquí busca demostrar cómo la estructura del poder judicial afecta al proceso legal, y lo equivocado que es centrarse en el atractivo de la forma procesal sin preguntarse si tal forma es compatible con un aparato judicial particular. La pregunta no es sólo qué tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos.

I. IMPLICANCIAS PROCESALES DEL IDEAL JERARQUICO

Sucesión metódica de etapas

Comencemos nuestra investigación considerando una de las implicancias más obvias del aparato jerárquico en el diseño del proceso jurídico: ya que la jerarquía posee muchas capas, los procesos deben componerse de varias etapas. Y ya que este aparato es también partidario de la especialización funcional, lo normal es esperar que se asignen subtarefas metódicas. Una etapa se puede dedicar a la recogida y organización de materiales relevantes, otra a la decisión inicial, otra a la revisión jerárquica, y así, dependiendo del número de niveles de la pirámide de poder. De este modo, los procesos ante el órgano decisorio inicial (juicio) son simplemente un episodio de una secuencia continua y por eso son un símbolo ineficaz para describir el esfuerzo total. En el marco jerárquico, el héroe de Kafka no está siendo "procesado", está implicado en "procedimientos".¹

¹ Habitualmente, la traducción estándar de *Der Prozess* de Kafka al inglés es *The trial*, *El juicio*. Un perspicaz observador inglés de los procesos continentales ha descrito sus características como etapas en una actividad continua, y de algún modo se muestra impactado por este hallazgo. Ver S. Bedford, *The faces of justice*, 123 (1961).

El impacto de la revisión superior

Igualmente obvia es la conexión entre el ordenamiento vertical de poder y la revisión jerárquica, una conexión a la cual he aludido antes. Aquí intentaré un acercamiento mayor a varias ramificaciones de las regulares intervenciones superiores: no sólo revelan aspectos característicos del estilo jerárquico, sino también nos previenen de extrapolaciones erróneas, desde formulaciones verbales idénticas, de la verdadera revisión de sus formas apócrifas, tal como se puede encontrar en las organizaciones judiciales paritarias. Esta confusión es endémica al discurso entre los abogados continentales y los del *common-law*, a pesar de que a menudo pasa inadvertida.

El primer punto importante y necesario de reconocer es que la etapa de revisión no se concibe como un evento extraordinario, sino como una secuela de la adjudicación original que se debe esperar en el curso normal de los hechos. En una jerarquía judicial bien integrada, como la soviética, la supervisión de superiores no necesita ser condicionada, como en el sistema continental clásico, por la apelación de una parte descontenta; puede también tener lugar como parte del cometido oficial de los poderes judiciales superiores. Los sistemas de Extremo Oriente son conocidos por llegar más lejos aún: las decisiones de primera instancia son tratadas como simples borradores de juicios a los que los superiores pueden dar una forma definitiva.² Observamos que cuando la revisión es rutinaria, también es normal posponer la ejecución de la decisión original hasta que ha hablado el poder superior. De este modo, en contraste con la situación de los sistemas paritarios, en los que la decisión

² Ver M. Shapiro, *Courts: A comparative and political analysis*, 180 (1981). En todos los países que siguen el modelo soviético, los jueces que lideran los tribunales superiores pueden ordenar motu proprio que se reconsideren las decisiones de tribunales inferiores. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, art. 371. Similares provisiones existen para los procedimientos civiles.

inicial es posiblemente la final, no hay necesidad de pedir expresamente al juez de primera instancia que posponga la ejecución de su decisión pendiente de revisión: hasta que se da la oportunidad para una supervisión jerárquica, la decisión no es todavía *res judicata*.

La revisión jerárquica no sólo es regular, sino también extensa. Hay pocos aspectos de las sentencias del poder inferior que sean inmunes a la supervisión: hecho, derecho, y lógica son todos juego limpio para el escrutinio y la posible corrección.³ Donde las reconsideraciones están tan extendidas, tiene sentido requerir al poder inferior que establezca claramente sus veredictos y el porqué. La declaración de causas, la superficial y concluyente enunciación de motivos, tan prevalente entre los jueces de jurisdicciones de *common-law*, en el sistema judicial jerárquico invitan a ser revocados y rechazados.⁴

Una vez que se ha expresado un cargo inferior, el episodio procesal conducido ante él llega a un final (*functum officio*): las correcciones de su decisión, si son necesarias, sólo pueden ser hechas por sus superiores en la organización. Las peticiones de reconsideración que se soliciten al adjudicatario inicial estarán por lo tanto mal dirigi-

³ En los sistemas continentales, la "lógica" se prueba revisando las razones que los jueces de primera instancia deben entregar para sus determinaciones en cuanto a los hechos. Aunque ya no existan reglas *legales* que puedan ser violadas al sopesar la evidencia (el principio de la libre prueba), los fundamentos ofrecidos para apoyarse en un testigo más que en otro pueden ser débiles e incoherentes, invitando a una refutación fundada en una lógica defectuosa. La evaluación de la evidencia sólo es realmente libre en la muy limitada esfera del subsistente jurado criminal, en que los jurados son invitados a sopesar la prueba de acuerdo con su inescrutable "íntima convicción". Por supuesto, hay límites para la efectiva supervisión de la determinación de los hechos de los funcionarios inferiores: los subordinados aprenden a justificar sus decisiones de modos que puedan "resistir" la revisión de sus superiores. En el primer capítulo se advirtió de este problema, llamando la atención hacia las tensiones internas entre los funcionarios originales y los supervisores.

⁴ Para la situación en los tribunales estadounidenses, ver *infra*, n. 22 y texto correspondiente.

das; tales peticiones serán vistas como características del estilo paritario. Las revisiones simultáneas de un juicio por diferentes estratos de poder violan el sentido jerárquico de orden y rango. Cuando se permiten tales paralelismos, los subordinados pueden intentar disimular sus errores o hacer superfluo el trabajo de sus superiores estableciendo correctamente sus propias decisiones. No obstante, la revocación o modificación de una decisión no significa que un órgano decisorio haya errado un fallo o cometido una falta; incluso si un veredicto fue impecable en el momento que se dictó, el juicio puede ser cambiado por los superiores. Así, si se descubren nuevas pruebas mientras llega la apelación (se arrojan dudas sobre la propiedad de la decisión, sin culpar al órgano decisorio), éstas deben ser sometidas al poder de apelación más que al juez de primera instancia. Si se descubren faltas, desde luego, las organizaciones jerárquicas tienen una batería de instrumentos a su disposición para dar una lección al funcionario equivocado. Dados tales poderes disciplinarios, recurrir a una costosa revocación de una sentencia que fue considerada correcta para desalentar al mal manejo oficial, es menos necesario en las organizaciones jerárquicas que en las coordinadas, pero el cálculo de costos y beneficios de tales revocaciones no es exactamente igual en ambos sistemas de poder. Más adelante volveré sobre este asunto en otros contextos.

La gran significación atribuida al "control de calidad" por superiores en una organización jerárquica inevitablemente desvirtúa la importancia de la toma de decisiones original: adquiere un aura de provisionalidad. Por esto es un pecado mortal para un comparativista asumir que la significación de los juicios es idéntica en los procedimientos ante la organización del poder que gravitan en torno a los ideales jerárquico y paritario. Por otro lado, la importancia del control de calidad explica por qué un sistema de apelación regular y extendido es una garantía esencial de una administración de justicia limpia y ordenada, o como componente esencial de los "debidos procesos" personales. No debe sorprender, por tanto, encontrar que muchas cons-

tuciones establecen que el derecho a la apelación es uno de los derechos básicos de los ciudadanos.⁵

El archivo del caso

Un proceso jerárquico de varios niveles necesita un mecanismo para integrar todos sus segmentos en un todo significativo. El material recogido por los diversos funcionarios debe ser ensamblado para la toma de decisión, y los indicios de la actividad oficial deben conservarse para exámenes de futuras intervenciones. Los funcionarios oficiales de las etapas procesales se ocupan de mantener los archivos para asegurar la integridad y autenticidad de la documentación. Como aguas afluentes de un río mayor, los archivos que recogen los cargos inferiores se incorporan en los archivos cada vez más amplios de sus superiores.

Para no confundir el expediente con sus falsos afines, es importante comprender que los funcionarios jerárquicos prefieren decidir basándose en expedientes escritos. Los documentos que contiene un archivo no son documentos funcionarios internos, ayudan a un funcionario particular a organizar su actividad, pero son más bien fuentes de información en las cuales basar las decisiones de primera instancia y las sometidas a revisión.⁶ Mientras más alto el poder, mayor es el radio de información desde el archivo a la base

⁵ Ver, p. ej., la Constitución Yugoslava de 1974, art. 180(2); comparar también con el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 14(5), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Para Estados Unidos, ver *infra*, n. 22.

⁶ Los estudiosos angloamericanos caen fácilmente en la trampa de asociar el expediente continental con los dossiers que llevan en Estados Unidos los oficiales que participan en procedimientos (p. ej., el fiscal en los procesos penales). Ver A. Goldstein y M. Marcus, "The myth of judicial supervision in three inquisitorial systems: France, Italy and Germany", 87 *Yale L. J.* 240, 255 (1977). Para la extendida práctica continental de utilizar el dossier completo de un caso como evidencia en otro litigio, civil o penal, ver R. Schlesinger, *Comparative law*, cuarta ed., 423, 458 (1980).

de datos total. Y aunque la exactitud de la información del archivo no pueda cuestionarse, tiene un peso considerable. De hecho, a menos que se le atribuya tal importancia, las propias bases del proceso jerárquico comenzarían a temblar: un proceso de varios niveles se pone en peligro si se cuestiona seriamente su mecanismo de integración principal. En efecto, una buena prueba para calibrar la intensidad de las actitudes jerárquicas es proponer la reducción de la importancia probatoria de la documentación oficial. Si aumenta la intensidad, aumenta la vehemencia con que se oponen a tales proposiciones de reforma. Si la relevancia probatoria del expediente deniega total y efectivamente, acaba el proceso jerárquico.

El capítulo anterior demostraba que la cumbre de la pirámide jerárquica no puede permitirse ser sumergida en el mar de detalles de los casos decididos por inferiores, como refleja el carácter de los documentos contenidos en el expediente. Son sucintos, resumidos al máximo, y organizados en secuencias preestablecidas para facilitar su fácil manejo. Se prefieren recuentos breves de los interrogatorios a las transcripciones completas. Pero incluso si se hubiesen hecho transcripciones completas de todos los interrogatorios, la palabra hablada será reemplazada por un texto sustitutivo cuyo lenguaje está desprovisto de rasgos o indicios de comportamiento, así la decisión tomada basándose en el expediente "frío" todavía implica la mediación substancial de la experiencia. Cuando sólo se sacan cortos resúmenes, la estilización de la experiencia es, por supuesto, bastante considerable. Y cuando la experiencia es, por tanto, simplificada y mediada por un texto, la decisión se presta más fácilmente al análisis lógico que la experiencia densa y directa. Desde un ángulo un poco diferente, esto confirma mi sugerencia previa de que las altas esferas de la autoridad judicial son fácilmente atraídas por los modelos silogísticos de toma de decisiones, y por el legalismo lógico.

Se está argumentando que las modernas tecnologías de grabación que minimizan la mediación (p. ej. cintas de vídeo) pronto reemplazarán a los anticuados expedientes, haciendo

que el aislamiento jerárquico de las desordenadas masas de datos llegue inevitablemente a su fin. Pero en una organización judicial en la que la revisión de los superiores es a la vez regular y totalizadora, se debe esperar que la cumbre jerárquica desarrolle nuevos instrumentos de condensación para protegerse contra el peligro de hundirse en el mar de detalles generado por los procesos llevados por funcionarios inferiores. Sólo en los sistemas en los que la revisión es limitada y esporádica, como en el derecho estadounidense, pueden darse el lujo de una transcripción completa y detallada.

Mientras pocos estarían preparados para negar que la dependencia de documentos sucintos da al proceso de apelación continental su tono y sabor distintivo, el papel del expediente en los procesos de primera instancia es más dudoso, incluso controvertido. Volveré a este tema después de considerar el modo de los juicios adecuados a la jerarquía judicial.

Fragmentación del proceso

Se pueden distinguir dos tipos de procedimientos de primera instancia. En una variante, que llamaré modelo "*day-in-court*" o "juicio" estrictamente hablando, todo el material aportado al caso se considera preferiblemente en un bloque de tiempo único. En la otra variante, por etapas o plazos, el proceso se desarrolla en sesiones separadas en las que el material se organiza gradualmente en un estilo fragmentario y dividido en etapas.⁷ Este último estilo presupone la capacidad del aparato funcionario para sostener una actividad prolongada y precisa que sean preservados los resultados de actividades temporalmente discretas y separadas. Las organizaciones burocráticas son capaces de incorporar ambos requerimientos y parecería en principio que deben ser indiferentes a cuál de

⁷ Ver A. T. von Mehren y J. R. Gordley, *The civil law system*, segunda ed., 203 (1977).

los tipos alternativos de juicio es empleado. Un escrutinio más próximo de los corolarios de la profesionalización judicial sugiere una respuesta diferente.

Un juicio genuinamente concentrado, incluso bien preparado, precisa que las decisiones se basen sobre todo en impresiones frescas, incluidas la sorpresa, el impacto, el embrujo de la retórica superficial, y quizás incluso la teatralidad. A un burócrata le disgusta decidir sobre tales bases. Teme que las primeras impresiones puedan colapsar como un soufflé a causa de las reflexiones apresuradas, y que sean necesarias argumentaciones e investigaciones adicionales. Parece preferible para él proceder como un dentista, por etapas discretas: después de que un asunto es considerado en una sesión, pueden emerger nuevos puntos y ser tema de otra sesión, y así hasta que ese aspecto parezca suficientemente claro. Una sesión final, entonces, debe dedicarse a juntar todas las hebras reunidas, revisando los resultados interinos, para con calma llegar a una decisión. Pero incluso esta última sesión es sólo presumiblemente la final: cualquier factor repentino, o sorpresa, puede requerir que se posponga a una nueva sesión. Esta preferencia burocrática por el estilo fragmentado por etapas se refuerza por la existencia de mecanismos regulares de revisión. Tiene poco sentido precisar el temprano crescendo de un juicio del tipo "*day-in-court*" si es habitualmente seguido por el disminuyendo de los "rounds" de los procedimientos de apelación. De este modo, a menos que se impongan los juicios concentrados a la burocracia judicial, ésta prefiere adoptar el estilo fragmentado.

En el Lejano Oriente se encuentran ejemplos extremos de procedimientos de primera instancia sin presentación concentrada de pruebas y actividades "judiciales" similares,⁸ pero para casos más comunes es suficiente dar una rápida mirada a los sistemas continentales europeos donde desde la Edad

⁸ Para la China comunista bajo el régimen de Mao, ver W. C. Jones, "A possible model for the criminal trial in the People's Republic of China", 24 *Am. J. Comp. L.*, 229, 232 (1976).

Media el estilo fragmentado por etapas ha predominado tanto en casos civiles como criminales. El pronunciamiento de la primera sentencia era típicamente precedido de una conferencia entre jueces profesionales que debatían el material documental generado por las investigaciones judiciales episódicas. Generalmente se proclama que el expediente del caso es el vehículo del juez para llegar a la decisión (*vehiculum iudicis ad sententiam*). En casos civiles, este acuerdo tradicional sobrevivió a las reformas de la Revolución Francesa y aún florece en los sistemas continentales. Puesto que la justicia civil quedó como dominio exclusivo de la judicatura profesional, esto es poco sorprendente.⁹

En asuntos penales, la situación es más compleja. Las corrientes ideológicas que llevaron a los revolucionarios a importar el jurado penal desde Inglaterra, mandaban que el juicio público fuese el punto focal de todo el proceso. Tan fuerte era la ideología revolucionaria que incluso cuando no tenían juicios con jurado, nunca más se permitió que los jueces profesionales fuesen los únicos en decidir o que siquiera lo hicieran en primera instancia sobre los objetos de prueba contenidos en el expediente. El principio adoptado fue que toda prueba debía ser aducida de forma original antes que con una documentación destilada. Lo que siguió ilustra el destino de las disposiciones procesales trasplantadas a un entorno inhóspito: por fuera, la doctrina reinante pedía que los testigos fuesen escuchados en la sala judicial, pero el registro de los procedimientos preliminares continuaba, no obstante, teniendo una importancia crucial. Los jueces que presidían podían estudiar el expediente y durante el juicio hacer frecuente referencia al material con-

⁹ Sólo recientemente se ha comenzado a experimentar en unas cuantas jurisdicciones continentales con procesos concentrados para casos simples de escasa importancia, siempre que no surjan complejidades en el curso de los procedimientos. Este desarrollo reciente está ligado a la congestión de documentos y a las consecuentes presiones por un manejo eficiente del flujo de las causas. Para tales experimentos en Alemania, ver R. Schlesinger, *supra*, n. 6, 440-441. Ver también el Código de Procedimiento Civil de Alemania occidental, §272, tras su enmienda de 1977.

tenido en él. Como cualquier visitante contemporáneo de una sala de justicia continental puede notar, el examen de testigos todavía se lleva con rutina de modo que la información del testimonio escrito salga casi constantemente a relucir. Lo que ha estado bien dicho del procedimiento ruso también se aplica con modificaciones menores al sistema clásico continental: el expediente se mantiene en los bastidores del juicio como el apuntador de un actor aficionado.¹⁰ El juicio continental no es en realidad el evento de máxima importancia que proclama la doctrina, aquél que genera todo el material a utilizar en el juicio penal, con independencia de los (fragmentados) procedimientos anteriores. Este hecho es especialmente chocante para los observadores angloamericanos para quienes el juicio europeo parece ser en esencia una audición del trabajo hecho anteriormente o una apelación a partir de los hallazgos de las investigaciones preliminares.¹¹ No nos sorprende ver pocos desarrollos imprevistos en la sala del tribunal y, si un evento inspirado pudiese alterar el desarrollo ordenado del juicio, rápidamente se dispondría que el juicio continúe, hasta que el polvo que se ha levantado vuelva a aquietarse.

Las sugerencias esporádicas para levantar efectivamente la cortina documental, han sido resistidas con vigor por la maquinaria legal continental. Los funcionarios alegan que las observaciones hechas en el juicio deben ser contrastadas con la información metódicamente organizada en el tiempo y conservada en el registro escrito. Decidir con independencia del expediente, sólo por primeras impresiones, es decidir

¹⁰ G. Feifer, *Justice in Moscow* (1964). Aun en aquellos sistemas continentales que son menos permisivos en el uso de materiales del expediente, por lo menos algunos documentos pueden usarse para propósitos sustantivos más que para impugnaciones. Persiste la interrogante de hasta qué punto la evidencia utilizada supuestamente para acusar en realidad influye en la decisión sustantiva. Para el llamado principio de inmediatez, ver M. Damaska, "Evidentiary barriers to conviction", 121 *U. Pa. Law Rev.* 506, 517 (1973). Para contrastes con Estados Unidos, ver R. Schlesinger, *supra*, n. 6, 458, n. 5; 31 *A.L.R.* 913 (1984).

¹¹ Para esta perspectiva externa de los procesos continentales, ver, p. ej., J. N. Hazard, *Settling disputes in soviet society*, 26 (1960).

con una preparación inadecuada, en terrenos inciertos y resbaladizos.

Exclusividad del proceso oficial

El aparato estatal jerárquico está sujeto a la ley de Parkinson y tiende a expandir su esfera de actividad. Puesto que separa rotundamente las esferas internas y externas que buscan monopolizar la acción procesal: la "delegación" de los pasos procesales es considerada como abandono de responsabilidad. A los miembros de la abogacía privada se les niegan varias funciones del proceso legal que, en los procesos anteriores a la autoridad paritaria, eran rutinariamente desempeñados por abogados. Tampoco otros funcionarios de categoría ambigua, en parte privada y en parte pública, encuentran un nicho en el proceso jerárquico: el "procurador privado" (*private attorney general*) y otros actores procesales parecidos son criaturas de un cuerpo de autoridad paritaria.

El sesgo del sentimiento burocrático es tan pronunciado que generalmente se desalienta toda empresa procesal privada. Se piensa que está demasiado teñida por su propio interés para ser creíble, quizás no suficientemente "seria" para tan importante cometido como es la organización de la justicia. Por ejemplo, si un testigo es entrevistado por abogados privados, su testimonio es visto con gran sospecha, ha sido "sobornado". Por lo tanto no es coincidencia que los abogados continentales rara vez se dediquen a actividades de investigación independientes, incluso cuando es perfectamente permitido, como en los casos civiles.¹² Tampoco es

¹² En los casos penales, una vez que una investigación oficial está en marcha, las entrevistas "privadas" de los testigos con los abogados se acercan a la zona peligrosa de la intervención criminal en la administración de justicia. Es obvio que una autoridad jerárquica se opone al papel que los fiadores privados desempeñan en el sistema norteamericano de justicia penal: mis comentarios acerca de la hostilidad burocrática hacia la iniciativa privada en materias judiciales se aplican tanto a los fiadores como a su poder para presentar a los fugitivos ante la justicia.

sorprendente que las partes privadas rara vez llamen testigos expertos, incluso cuando sobre el papel exista esa posibilidad. Los "expertos" son tratados como asistentes judiciales, y parece normal que sean convocados por el juez, preferiblemente entre personas habituadas a la rutina judicial-burocrática, por lo tanto son expertos judiciales profesionales o "permanentes". Mientras que los tribunales superiores mantienen a sus propios expertos, puede surgir una verdadera minijerarquía de asistentes judiciales: "superexpertos" que revisan las consideraciones y opiniones de los expertos ordinarios.¹³

Con el espíritu de la exclusividad oficial que sofoca las acciones procesales privadas, el aparato jerárquico busca desarrollar incentivos adecuados para que los profesionales desempeñen sus funciones. En casos en los que están comprometidos intereses del Estado, estos incentivos no faltan, pero puede haber dificultades en asuntos de interés estrictamente privado. Aquí, los cargos continúan disfrutando del monopolio de las formas procesales, pero esto puede ser inerte o ineficaz. Motivaciones funcionarias suplementarias inadecuadas con la acción privada crean problemas que recuerdan las dificultades que surgen en los asuntos económicos cuando el monopolio del Estado se combina con la empresa privada. También los actores privados pueden no estar habituados a tomar iniciativas o éstas pueden ser frustradas por el extendido monopolio oficial. Se pueden explicar algunas perplejidades del proceso civil continental en términos de monopolio oficial "perezoso", como mostrarán los capítulos siguientes.

Interesa mencionar una consecuencia final de la exclusividad oficial: el proceso legal jerárquico es identificado con la acción desarrollada por los funcionarios personal-

¹³ Instituciones tales como las facultades de medicina son los superexpertos favoritos en muchos países continentales, y su director firma opiniones "institucionales". Dada la predilección por la documentación, las opiniones de expertos suelen constar por escrito. El examen oral del experto, entonces, se lleva a cabo en el tribunal con la referencia de este documento escrito.

mente encargados de un segmento procesal o por lo menos con actividades desarrolladas en su presencia y bajo supervisión directa. De esto se desprende que las acciones desarrolladas en su ausencia no son parte del proceso jerárquico. Un ejemplo son las declaraciones de testigos ante abogados, incluso en presencia de un funcionario judicial. Tampoco se deben tomar a la ligera las implicaciones de esta comprensión del proceso legal: allí donde el poder procesal está unido al legalismo lógico, las suposiciones lógicas de ciertas posiciones "de principios" pueden adoptar un poder persuasivo que no tiene igual en entornos más pragmáticos.

Legalismo lógico y disciplina del proceso

En una organización jerárquica en la que reine el espíritu del legalismo lógico, se considera como ideal que el proceso legal sea regulado por una red interna coherente de reglas inflexibles. En realidad, por supuesto, no se niega que una obligación a menudo sea una mera guía —directiva más que obligatoria— o, peor aún, que algunos asuntos han tenido que quedar sin regulación, a discreción del funcionario. Pero en el medio del legalismo lógico tales guías y discrecionalidades son toleradas sólo como lamentable último recurso, y sólo mientras no se puedan crear regulaciones rígidas satisfactorias. Aquí es instructivo el ejemplo de la regulación del peso de la prueba. He observado que el aparato judicial continental desarrolló tempranamente normas bastante elaboradas sobre las pruebas, necesarias para las indagaciones tanto de los casos civiles como penales. Las actitudes legalistas ordenan que la convicción de la evidencia no tenga que ser determinada libremente por el juez. Cuando las reglas sobre las pruebas legales fueron finalmente descartadas, no fue una retirada de las actitudes burocrático-legalistas, sino, y más que nada, un acto de desesperación. Quedó claro que, por el momento, era imposible determinar por anticipado el impacto específico de las varias configuraciones concretas de

las pruebas.¹⁴ Al contrario de lo que se dice a menudo, incluso hoy la "libre evaluación de las pruebas" continental, no es realmente libre: como conviene al proceso jerárquico, se pide a los jueces de primera instancia que justifiquen sus indagaciones, y sus razonamientos son escrutados por los tribunales de apelación. Claramente, si las indagaciones no hubiesen de observar formas regulares, las apelaciones por "errores de hecho" estarían desprovistas de toda base.¹⁵

Si los funcionarios deben ser guiados por normas y si debe incluirse la discrecionalidad oficial, entonces la reglamentación del proceso legal debe estar altamente diferenciada y ajustarse bien a las metas que persigue. En otro sentido, la rigidez de la reglamentación procesal puede conllevar resultados inaceptables. Como ilustración, se puede considerar la reglamentación de *discovery* (ver nota del traductor). Una organización que acepta la discrecionalidad oficial puede sentirse satisfecha dando poderes generales a los responsables de hacer cumplir las *discovery requests*, dejando a su juicio la decisión de si un *discovery* amplio está en armonía con los objetivos procesales, o si no lo está. Una organización lógicamente legalista, no obstante, necesita reglamentaciones más diferenciadas. Aun cuando sean contraproducentes para la resolución de disputas y en la medida que sea posible predecir que estos *discovery* amplios podrían anticipar el objetivo de implementar políticas, la regulación procesal (esto es, la búsqueda de información puede ampliar el conflicto) expresamente permitirá *discoveries* amplios para los casos anteriores, pero no para este último tipo de casos.¹⁶ En los

¹⁴ Esta actitud la compartían Jeremy Bentham y Montesquieu. Ver *Works of Jeremy Bentham*, vol. 6, 216 (Londres, 1838-43) y *De l'esprit des lois*, de Montesquieu, libro 12, cap. 3.

¹⁵ Ver *supra*, n. 3.

¹⁶ Otro ejemplo es el poder adjudicativo para conceder lo solicitado. Un sistema menos atraído por las reglas simplemente permite que un juez civil pueda conceder discrecionalmente lo que el demandante no ha solicitado, dejando al juez la decisión de cuándo es apropiado. Los jueces rara vez se aprovecharán de esta posibilidad en aquellos casos en que creen confrontarse con una disputa privada, autocontenida. Una regulación legalista lógica será más discriminatoria, y prohibirá expresamente al adjudicador que desoiga los ruegos por reparación en un litigio de la ley civil.

capítulos siguientes, esta característica de la reglamentación lógicamente legalista asumirá importancia para el análisis de los procesos legales activistas y reactivos. Las variaciones de la justicia activista y reactiva pueden ser explicadas en términos del diferente carácter del aparato estatal, y por esto se obtendrá una clave para las raras paradojas de la comparación de leyes.

Ya que el legalismo lógico aspira a una coherencia primaria, las disposiciones procesales heredadas que sean susceptibles de una crítica analítica seria entusiasman poco, y tienen escasas posibilidades de supervivencia: aumentarían las presiones para revisar el sistema. Para ilustrar este punto se puede imaginar al legalismo lógico confrontado con una disposición en la que una persona puede ser arrestada por el hecho probable de que haya cometido un crimen, pero debe ser puesta en libertad invariablemente si se deposita una fianza. La disposición puede ser criticada por incoherente, especialmente en una sociedad que valora la libertad. Por supuesto, el hecho de que una persona probablemente haya cometido un crimen justifica la iniciación de un proceso criminal contra ella, pero no su arresto y detención. Estas medidas drásticas requieren de justificaciones adicionales, tal como el peligro de fuga, la intimidación a testigos, y similares. Si el arresto sirve para una función simbólica de subrayar la asunción de la jurisdicción por el Estado, todos los sospechosos deberían ser arrestados, pero la persona arrestada debería ser liberada, sin fianza, en cuanto haya asumido el mensaje simbólico. La liberación automática bajo fianza también es atacada, ya que el mero arraigo por razones de seguridad no es necesariamente un antídoto para aquellos peligros que puedan justificar una detención previa al juicio. Si se dice que en tales casos el juez puede ajustar el monto de la fianza de modo que el sospechoso no pueda escapar, el legalismo lógico respondería que es una vía indirecta para conseguir lo que puede obtenerse más directamente por reglamentaciones "racionales". No hace falta llevar más lejos el argumento para reconocer en esto la crítica continental de las leyes de arresto estadounidenses y la apolo-

gía usualmente anticipada de las disposiciones tradicionales angloamericanas.¹⁷

Resumen

En retrospectiva, este capítulo ha dado el perfil del proceso legal adaptado al espíritu y la metodología del poder jerárquico. La señal distintiva de tales procedimientos jerárquicos es que se han estructurado como una sucesión de etapas, que se revelan ante funcionarios encerrados en una cadena de subordinación. La decisión inicial no es un punto focal, que ensombrezca la importancia de lo que precediera o lo que pueda seguir. El expediente del caso es el nervio central de todo el proceso, que integra los distintos niveles de tomas de decisión. Si cuando un caso se mueve de un nivel a otro, la información contenida en el registro escrito es negada a los funcionarios, el proceso jerárquico podría perder orientación. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es también típica de los procesos jerárquicos. La delegación de cualquier paso procesal a extraños es inapropiada e incluso repugnante. La empresa procesal privada es, por tanto, un *oxymoron* en el léxico del poder jerárquico.

ii. IMPLICANCIAS PROCESALES DEL IDEAL PARITARIO

La concentración del proceso

Cuando el poder judicial se estructura como un único escalón indiferenciado, no hay tribunales especializados en las

¹⁷ Debo hacer notar que las disposiciones tradicionales se han ido transformando cada vez más a causa de la legislación. Ver, p. ej., la *Federal Bail Reform Act* de 1984, 36 CrL 3017 (1984). Para más detalles acerca de la crítica legalista lógica de las disposiciones procesales norteamericanas, ver *infra*, n. 31.

primeras tareas de recoger, seleccionar, y preservar el material procesal, y tampoco hay funcionarios superiores ante los cuales continuar los procedimientos una vez que ha habido una sentencia inicial. Un único nivel de poder esencialmente homogéneo da lugar a procedimientos centrados en torno al primer juez y presumiblemente el último. En resumen, el juicio es una sinécdoque adecuada para el proceso como un todo.

La afinidad de la administración angloamericana de justicia con este modelo procesal comprimido aún choca a los observadores extranjeros. Percibe simultáneamente no sólo el carácter débil de las apelaciones, sino también la conspicua ausencia de una etapa verdaderamente comparable a las etapas preparatorias del continente. Las raíces históricas de este contraste se encuentran en la estructura tradicional del poder procesal. Como he observado, la judicatura continental ya había desarrollado su propia rama de investigación en la Edad Media tardía: tanto en los casos penales como civiles, hubo funcionarios judiciales especializados en reunir el material para la sentencia, incluidas las pruebas técnicamente competentes. Estas pruebas eran "congeladas", archivándolas y preservándolas para ser usadas posteriormente por los órganos decisorios.¹⁸ Inglaterra siguió un camino distinto. Los jueces de paz, que estaban a cargo de someter a los sospechosos a juicio, sólo inyectaron en los procesos penales moderados elementos de investigación; en conjunto, actuaban más como controladores del tráfico a las puertas del sistema judicial, que como investigadores que buscan asiduamente pruebas. Las funciones policiales y procesales se man-

¹⁸ En la mayoría de los sistemas de justicia penal del continente, últimamente los jueces investigadores parecen haber perdido terreno ante los investigadores policiales y los querellantes. Con todo, persiste la tradición de que los resultados de la labor investigadora constituyen evidencia disponible y pueden ser "introducidos" en el proceso formal. En materias civiles, muchas jurisdicciones continentales continúan encargando a un solo miembro del tribunal que reúna los antecedentes (*judge en charge de la mise en état*), mientras que el fallo es entregado por un panel de jueces.

tienen principalmente en manos individuales privadas hasta la mitad del siglo diecinueve.¹⁹ En el proceso civil, las etapas preparatorias (*pleadings*) concernían a la formación de una causa más que a la búsqueda de material para resolverla. Las actividades de información y reunión de material estaban una vez más en manos privadas.

Dada la ausencia de funcionarios investigadores, las etapas preparatorias de los procesos angloamericanos tanto en asuntos penales como civiles nunca estuvieron tan estrechamente integrados con las etapas siguientes del procedimiento como es el caso de las etapas preliminares en el continente. Incluso hoy, en los sistemas del *common law* es difícil generar pruebas sólidas fuera del tribunal y antes del juicio. Las investigaciones todavía conducen más a la información útil para obtener las pruebas, que a las pruebas mismas, propiamente hablando.²⁰

Ramificaciones de un nivel único de toma de decisiones

Los remedios legales contra los juicios de los órganos decisorios del *common law* resultan un mundo extraño para los

¹⁹ Ver J. Langbein, "The origin of the public prosecution at common law", 17 *Am. J. Leg. Hist.* 313, 326 (1973).

²⁰ Esto es cierto, por supuesto, con apenas unas cuantas excepciones menores, para las declaraciones de testigos en las etapas de *discovery* del proceso civil. Las declaraciones de testigos realizadas en el examen penal preliminar pueden utilizarse con mayor facilidad en los procesos ingleses que en los estadounidenses, pero aún con mucha mayor dificultad que en los sistemas continentales. Es especialmente el caso de las declaraciones grabadas por la policía, que aún tienden a quedar excluidas por considerárselas rumores inadmisibles. Ver 31 *A.L.R.* 913 (1984). Estas diferencias residuales entre los países continentales y la mayoría de los países que se rigen por la *common law* explican las actitudes divergentes hacia los testigos reales y potenciales. Por ejemplo, donde la prueba es tempranamente registrada —como en el continente—, la intimidación de los testigos se ve privada de casi toda su motivación: a menudo la acusación puede ganar el juicio aun si los testigos desaparecen o cambian su relato en el momento en que se ve la causa. Ver M. Damaska, *supra*, n. 10, 519-20.

abogados continentales. Aunque mucho de lo que encuentran es vagamente familiar, todo está bañado de una atmósfera en la que incluso los objetos vagamente reconocibles asumen una cualidad extrañamente surrealista. Puede disiparse gran parte de su carácter enigmático si los *remedies* legales angloamericanos se interpretan como reflejo del ideal de toma de decisiones a un nivel sobre el que han sido injertados trozos y piezas del control de calidad jerárquico. Ahora exploraré las principales ramificaciones de las decisiones a un solo nivel para expresar una visión del paisaje jurídico en el que se han introducido fragmentos de la supervisión jerarquizada.

En un aparato horizontal de justicia el hecho de que las decisiones originales sean presumiblemente las finales, no implica que sean aplicadas de manera inmediata ni como si fuesen una guillotina. Sin nadie para vigilar a sus espaldas, el órgano decisorio puede resolver provisional o condicionalmente: puede cambiar de parecer. Por esto, una posibilidad de alterar las decisiones es inducir al juez a revisar su decisión o permitir una nueva audiencia. Las mociones para reconsiderar, fascinantes para alguien acostumbrado a diferentes estadios de poder, son tan normales y prevalentes en el aparato paritario de poder como las peticiones para una apelación superior en las organizaciones judiciales jerárquicas. Otra posibilidad, incluso más curiosa para los observadores externos, es que las partes afectadas aprovechen las relaciones horizontales entre los funcionarios del ideal paritario, e intenten frustrar la aplicación de las decisiones que son inmunes al ataque "directo". Sin esperar que los procedimientos con una salida anticipada desfavorable lleguen al final de su curso, estas personas pueden instituir otra acción, siguiendo más o menos el mismo asunto ante otro funcionario con la esperanza de que la segunda decisión, esta vez favorable, anule los efectos de la primera. Hay que observar que en una organización dominada por funcionarios legos la noción de cuáles temas son "idénticos" a aquellos que ya están en los tribunales, no es apenas rígida. Otra estrategia para la parte descontenta es solicitar a un funcionario paralelo que bloquee la aplicación de una decisión tomada por un

colega. Para una mente acostumbrada a una ordenación jerarquizada del poder, tales movimientos procesales pueden ser tomados como dolorosas señales de una organización judicial seriamente defectuosa, pero para una mentalidad que abraza el ideal de la amplia distribución de poderes adjudicativos, tales maniobras de bloqueo son un pequeño precio a pagar para establecer relaciones de poder deseables.

Pese a los instrumentos que permiten la modificación de decisiones, es característico de los procesos de un solo nivel de poder que los aparatos procesales diseñados para la rectitud de las decisiones (control de calidad), *precedan* más que *sigan* a la decisión inicial. Sólo en este temprano punto los actores procesales sienten que tienen un control real de las cosas; malamente pueden permitirse esperar a ver si un error procesal puede afectar de manera negativa el veredicto final, o en el caso afirmativo, confiar en persuadir posteriormente al juez para que cambie de opinión. Un traspíe procesal temprano puede requerir que un juicio sea abortado y que el procedimiento vuelva a empezar. La idea resultante de un "juicio anulado" puede confundir a los abogados acostumbrados a una maquinaria de justicia que está menos necesitada de estos aparatos "profilácticos", y para quienes los juicios anulados y tales mecanismos son un despilfarro, meros rituales e irracionalidades.

No hace falta insistir en que tales disposiciones naturales en organizaciones de un solo nivel, aún caracterizan los procedimientos de muchas jurisdicciones del *common law*, especialmente en Estados Unidos. Más allá de la teoría ideal, contemplemos el impacto sobre los remedios procesales de la organización poco jerarquizada, esencialmente de un nivel, que definí en el capítulo anterior. Aquí el proceso legal todavía acaba casi siempre con el pronunciamiento de la decisión por el juez de primera instancia. Lejos de ser una secuela regular del juicio, o una etapa posterior del proceso normalmente anticipada, la revisión de superiores es de naturaleza extraordinaria e independiente. Las disposiciones procesales resultantes llegan incluso más cerca de aquellas que los abogados del *common*

law aceptan de forma irreflexiva, mientras resultan chocantes para los observadores continentales por su forma pobre, o sólo porque les parecen raras.

Dado el carácter extraordinario de una revisión superior, sigue teniendo sentido tratar el juicio original como cosa juzgada y permitir su ejecución. La apelación esporádica es una base que sirve para postergar la ejecución. También parece apropiado dejar que el juicio en el tribunal conduzca de inmediato a una diversidad de efectos colaterales. Como no se ha descartado realmente la noción fundamental de que el juicio en un tribunal acaba con el proceso penal, la revisión de una absolución se percibe como injusta, como una amenaza nueva o doble, antes que como una simple continuación del procedimiento original. Además cuando se anula una sentencia desfavorable, en muchos sentidos el nuevo juicio es considerado independiente, un nuevo proceso, antes que parte de un proceso en curso. Por lo tanto cuando hay una nueva sentencia, el tribunal no necesita dar crédito a los acusados por el tiempo en prisión correspondiente a la sentencia original: la percepción de un único proceso unitario en el cual se impusieron dos sentencias es débil o inexistente.²¹

En este sistema híbrido, pero básicamente paritario, las sentencias sólo podrán impugnarse cuando el presunto juez de última instancia haya fallado de manera tan grave que su decisión sea hasta cierto punto perversa y su jurisdicción, si la tiene, esté perdida. Si fuese posible cambiar las decisiones sobre la sencilla base de que puedan ser erróneas, desde luego la revisión dejaría de ser un remedio excepcional. Un retoño de esta práctica de limitar la decisión es que a los jueces de primera instancia difícilmente se les pedirá que proporcionen justificaciones claras y profundas de sus hallazgos, como todavía ocurre con los jueces de primera instancia en la mayoría de los juicios

²¹ Hasta no hace mucho, ésta era la práctica que prevalecía en Estados Unidos. Pero, ver *North Carolina v. Pearce* 395 U.S. 74 (1969).

de *common law*. Cuando la revisión es esporádica y limitada a los errores más notables, normalmente bastan razones fragmentarias y concluyentes. Otra consecuencia de esta situación es que cuando se da, la revisión asume un carácter *indirecto*: antes que verificar lo adecuado de las decisiones razonadas, la autoridad superior intenta reconstruir lo que se decidió en realidad, y especula sobre la posibilidad de si un juez razonable hubiese llegado al resultado impugnado por el apelante.

De modo significativo, los mecanismos para una revisión superior complementan, pero no reemplazan, los instrumentos diseñados para causar la reconsideración del juez original. Incluso puede ocurrir que se le pida que modifique una decisión después de que haya sido sostenida en la apelación (*sustained on appeal*), una forma deplorable a los ojos de la autoridad jerárquica, preocupada de mantener una clara distinción de rangos. Las nuevas pruebas descubiertas antes de que haya expirado el tiempo límite para la apelación, constituyen una base de reconsideración para el juez original más que una base de apelación: porque las nuevas pruebas no formaron parte de la decisión original, el juez no ha cometido un error, ni tampoco se ha equivocado tan gravemente como para garantizar una revisión superior.

En un sentido muy general, la apelación correcta no se exalta como una pieza central de un debido proceso. Por lo tanto, no debe chocar que la apelación dependa —como ocurre frecuentemente en Inglaterra— de ser autorizada o bien por el tribunal de primera instancia o por un tribunal superior. Pero este sistema híbrido no ha de seguirse en tediosos detalles técnicos: en lo que he sugerido hasta aquí, es claramente visible que se trata de un estilo en que se superimpone al substrato paritario. Este estilo es indistintamente angloamericano. Aunque obscurecido por la ruta retorcida con que se han circunvalado sus implicancias, las jurisdicciones angloamericanas todavía muestran un apego al ideal de la adjudicación de un solo nivel. Los remedios de la apelación llegaron tarde al mundo del *common law*, y si se

quiere hablar de la tradición del *common law*, éste no contiene amplias avenidas para la apelación.²²

Confianza en la calidad y en el testimonio dado directamente a la audiencia

Es fácil comprender las razones para que se prefieran los testigos directos, aparte de la creencia posible en una mayor fidelidad. En el proceso paritario no hay pasos procesales diseminados que hayan de ser integrados en un expediente; no hay que guardar los restos de una acción procesal anterior para establecer una base firme de revisión superior. Además, en una organización de funcionarios legos temporales, no ha de cultivarse una larga memoria institucional: la coherencia se contempla con horizontes temporales relativamente cercanos. También puede ser cierto que la disposición para decidir sobre la base de

²² Como sugerí en el primer capítulo, mientras los mecanismos regulares de apelación eran un rasgo de la maquinaria judicial continental desde sus inicios, en Inglaterra sólo surgieron a raíz de las reformas victorianas tardías. En el siglo dieciséis, Thomas Smith todavía podía proclamar orgulloso que en el reino no existían "apelaciones dilatorias" (*De Republica Anglorum*, libro tercero, cap. 2, p. 111. Londres, 1583). Una corrección muy limitada de los fallos era posible mediante un "mandato judicial de error" (*writ of error*), pero aun ese mandato no fue considerado de pleno derecho hasta el siglo dieciocho. Por supuesto, la resolución de los veredictos tenía mucho que ver con el jurado, pero toda la maquinaria judicial era esencialmente una serie de tribunales de un solo nivel. En Estados Unidos, los tribunales de apelación se establecieron después de la Revolución; son comparativamente antiguos para los estándares del *common law*, sin embargo son bastante distintos de sus contrapartes continentales y se incorporaron en un entorno hostil a la jerarquización, siendo creaturas de legislación más que del *common law*. Para sus debilidades y rasgos peculiares, ver L. B. Orfield, *Criminal appeals in America*, 215 (1939). Hasta hoy, sin importar la gravedad del caso, el derecho de apelar no se considera de estatura constitucional. Ver 27 *Stan. L. Rev.* 945 (1975). Y los diversos mecanismos para facilitar o promover la apelación no son ni remotamente tan fuertes como en el continente. Hasta hace muy poco, en casi todas las jurisdicciones norteamericanas un acusado en un juicio penal podía recibir una sentencia aún más dura después de haber apelado. En el continente, desde la caída del Antiguo Régimen esta práctica se ha blandido como un injusto disuasivo contra el acusado que pretenda llevar su caso a tribunales superiores.

expedientes fríos requiere las habilidades y disposiciones que sólo pueden generar las organizaciones burocráticas. Para un lego, las transcripciones testimoniales escritas parecen un residuo sin vida de la realidad. Tampoco un sistema paritario incorpora una clase de burócratas menores, a quienes se les puede confiar la producción, conservación y recuperación de documentos. Consideremos algunas implicancias del rechazo a apoyarse en los testimonios escritos. Se hace difícil o imposible obtener pruebas útiles cuando han de ser exhumadas tras un largo entierro en un archivo. La desaparición de un testigo puede arruinar un caso preparado cuidadosamente. Por lo tanto, han de desarrollarse diversos mecanismos para asegurar que los testigos estén disponibles en el momento del juicio, y de aquí el concepto de testigos "materiales", poco conocido en Europa; y también las frecuentes concesiones de inmunidad a los testigos a cambio de su testimonio. A diferencia del proceso jerárquico, y en un intento por definir lo que se debe creer, las declaraciones de un testigo durante el juicio no pueden compararse con sus declaraciones anteriores registradas oficialmente. En consecuencia, el proceso paritario debe desarrollar "una maquinaria poderosa" para confrontar a los testigos cuando testifican ante el juez. Más que la autoridad jerárquica, el sistema paritario también ha de apoyarse en la amenaza de un proceso por perjurio u otro tipo similar de precauciones contra los falsos testimonios.

Durante muchos siglos la administración de justicia continental e inglesa han diferido notablemente en este terreno, pues uno se apoya en lo que está registrado en un archivo y el otro, en la comunicación oral.²³ Aunque este contraste ha

²³ Respecto de juicios penales en la Inglaterra del siglo dieciséis, Thomas Smith destaca: "Parecerá extraño a las naciones que se rigen por la ley civil romana que para la vida y la muerte no haya nada escrito, sino sólo la acusación" (Smith, *supra*, n. 22, libro II, cap. 23, p. 101). En el continente, era una máxima aquello de "lo que no consta en el expediente no existe". Para compensar la falta de testimonio vivo, se desarrolló un expediente especial que contenía observaciones acerca de los testigos y las expresiones faciales de las partes mientras testificaban (*Gebärdeprotokoll*). La mayor proximidad de los sistemas angloamericanos al testimonio bajo juramento se discutirá en el cap. 4.

perdido su rigor en tiempos más recientes, es fácil exagerar el grado de aproximación entre ellos. Si bien es cierto que los documentos han adquirido cada vez más importancia en los procedimientos del *common law*, no ha surgido una auténtica contrapartida al archivo oficial como principal depositario de la información que permita a los jueces fundamentar su veredicto. Los archivos que mantienen los funcionarios que participan en los procesos de *common law* (no los jueces) por su naturaleza corresponden más bien al material "extraño", que meramente los ayuda a organizar su actividad procesal.

El *day in court*

Ya he analizado la concentración de procesos en relación a la ausencia de niveles múltiples de adjudicación. Del carácter de los funcionarios que componen el nivel único de autoridad resulta una mayor comprensión de los procesos. Una organización compuesta por legos que trabajan a tiempo parcial, prefiere concluir un tema judicial en una jornada ininterrumpida, o por lo menos sin interrupciones demorasas. Es fácil entender qué motiva esta preferencia: si los procesos fuesen fragmentarios, podría ser inadecuado o imposible volver a convocar a los funcionarios presentes en una etapa anterior para el siguiente episodio. Desde luego los funcionarios recién reclutados no tendrían —por lo menos en parte— el beneficio de los procesos directos. Dividir un juicio en sesiones separadas no es un arreglo ideal en el proceso paritario.

El tipo de juicio llamado *day in court* puede estar envuelto en ansiedad y dramatismo: una cortina de documentación no afecta adversamente la vivacidad de las primeras impresiones. Las sorpresas y los giros inesperados son frecuentes, pero los funcionarios paritarios están acostumbrados a decidir sobre la base de lo que podría llamarse "reflexión estupefacta". El dramatismo de la atmósfera en la sala crece con la posible finalidad del juicio en el juzgado: no se

pueden dar golpes confiando en un próximo round ante una autoridad superior. Aquí hay que anotar otra faceta compleja del juicio. El hecho de que los jueces no estén familiarizados con el caso, y el hecho de que el juicio sea un acontecimiento que se desarrolla ininterrumpidamente, hace que las necesidades cognitivas tanto del juez como del público asistente sean idénticas: informar y persuadir a éste también implica informar y persuadir al otro. Bajo condiciones favorables, los juicios pueden convertirse en eventos donde se articulan las normas sociales, o las que ya están articuladas se afirman solemnemente en el entorno de una representación pública. Se ha señalado con frecuencia el vínculo entre el apego tradicional de la justicia angloamericana a los procedimientos del *day in court*, y el juicio con jurado. Pero puede argumentarse que también los jueces de paz, actuando solos, se sentían atraídos por la concentración del proceso. Alternando entre las finalidades privadas y oficiales, deben de haber favorecido la rápida conclusión de los casos. Los individuos privados, con cuya participación en los juicios contaban, tampoco eran fáciles de reagrupar en varios episodios discretos de un proceso.

En algunos países angloamericanos se ha combinado la profesionalización más reciente del aparato judicial y las complejidades de los litigios contemporáneos para implantar los procesos fragmentarios. No obstante, aquí los procesos por etapas no reflejan una acción gradual y metódica, sino una concesión a la necesidad. Tampoco la tendencia al proceso por etapas está tan difundida y profundamente engranada como en el medio judicial continental.²⁴

Legitimidad de la actividad judicial

Los funcionarios legos no establecen límites rígidos entre el dominio oficial y privado. Del mismo modo los pasos proce-

²⁴ Para contrastar con los diversos procedimientos civiles europeos, ver *supra*, n. 9 y el texto correspondiente.

sales pueden darse informalmente en un entorno privado, y pueden entrelazarse con actividades no oficiales. Un ejemplo temprano de esta agradable mezcla de *otium* y *negotium* —juego y trabajo— fue la forma empleada por los señores rurales ingleses a quienes la cancillería isabelina les encargó el examen de los testigos: realizaban su trabajo en posadas campesinas, con frecuentes interludios de comida y bebida.²⁵ Pero este ejemplo llama la atención hacia otra faceta de los procesos paritarios, la buena disposición del aparato de poder para iniciar acciones procesales. Como se sugería en el capítulo anterior, si los jueces paradigmáticos son asimismo legos, reclutados para impartir justicia ad hoc, la oposición por principio a expandir la “ad-hoc-cracia” es insignificante.

Allí donde existe el ejercicio privado, sus miembros son candidatos ideales a los cuales se les pueden encargar los pasos procesales. De este modo pueden transferirse a abogados muchas funciones ministeriales que son provincia exclusiva de los burócratas menores en los sistemas jerárquicos. Por ejemplo, los abogados norteamericanos pueden hacer citaciones, tomar declaraciones, pedir la asistencia del *sheriff* local, e incluso ser responsables de preparar órdenes y sentencias para que las firme el juez.²⁶

La tarea de poner en vigor políticas estatales en un tribunal puede ser confiada a individuos privados con mayor facilidad que en los sistemas impregnados del espíritu de exclusividad oficial. Las acciones de los relatores en Inglaterra y Australia, o del *private attorney general* en los EE.UU. ilustran esta tendencia.²⁷ Antes que intrusos que interfieren en la rutina oficial los diversos *amici curiae*, son considerados de mucha ayuda.

²⁵ Ver W. J. Jones, *The elizabethan Court of Chancery*, 240, 287 (1967).

²⁶ Para las actividades semioficiales de los abogados estadounidenses, ver *In re Griffith*, 413 U.S. 717 (1973). Los abogados no sólo redactan borradores de juicios y órdenes, sino que a menudo someten los borradores de sus indagaciones y conclusiones legales al juez. Ver *Railtex Corp v. Speed Check Co.*, 457 F.2d 1040, 1041-42 (5th Cir. 1972).

²⁷ Ver M. Cappelletti, “Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation”, 73 *Mich. L. Rev.* 794, 849 (1975).

Casi naturalmente, el aparato paritario se apoya en partes privadas para preparar el material que deberá considerarse en un juicio. En ausencia de investigadores oficiales, aparentemente no hay otra alternativa. Y como los jueces tampoco están preparados, las partes también asumen funciones importantes en el juicio al presentar los materiales que han reunido. Las pruebas conseguidas por una parte pueden ser impugnadas por la otra, que a su vez puede mostrar sus propias pruebas, etc. Desde luego cuando un caso implica un choque muy fuerte de intereses, el juicio puede originar alegatos encendidos y ruidosos, especialmente cuando, más que sus abogados, las partes interesadas se hacen cargo de la presentación de pruebas. Un buen ejemplo de esto fue el proceso penal inglés antes de que se permitiese la participación de los abogados. Thomas Smith describe este tipo de juicios a su auditorio francés del modo más adecuado, pues los llama “altercados”.²⁸ No obstante, cuando los abogados toman el control de la presentación del material reunido, los procedimientos pueden transformarse —como ocurriese en Inglaterra— en un minuetto exquisito de pasos en contraposición.

Ha de subrayarse una consecuencia general de la penetración de la acción oficial y privada en los procedimientos paritarios. A menudo es sumamente difícil determinar sin error cuándo comienzan los procesos, o qué es, estrictamente hablando, parte del proceso. En contraste con el modo jerárquico, no se pueden identificar claramente los procesos con cada paso dado bajo la supervisión directa de los funcionarios estatales autorizados.

Justicia substantiva y realización del proceso

En los sistemas paritarios se encuentran reglas técnicas complejas que regulan la conducta de los protagonistas de un proceso ante el juez lego. El génesis de estos reglamentos se

²⁸ Smith, *supra*, n. 22. libro II, cap. 23, p. 100.

relaciona con la simbiosis de la autoridad paritaria con una casta de abogados profesionales, fenómeno sobre el cual ya he hablado. Surgiendo de cuestiones eminentemente prácticas y reflejando minucias de experiencia profesional acumulada, estos reglamentos desafían una suma fácil y resultan imposibles de acotar, incluso arcanos. No obstante y en contraste con las normas que regulan la conducta de los actores forenses en el medio jerárquico, estas reglas de la práctica y pruebas no son inflexibles. El funcionario que dirige el procedimiento puede negarse a ponerlos en práctica cuando lo juzga apropiado dadas las circunstancias. Su negativa puede estar motivada por sentimientos de propiedad o incluso por factores emocionales como la compasión. Por ejemplo, cuando la regla puede requerir el testimonio de un testigo que ha renunciado a su privilegio contra la autoinculpación de modo válido, el funcionario puede ejercer su discrecionalidad y no ejecutar una norma si simpatiza con los motivos que han llevado al testigo a renunciar a ese privilegio (p. ej., al comenzar a testificar) y luego cambiar de idea.²⁹ La insistencia en adherir a reglamentos claros desde el punto de vista técnico, puede dar un coletazo, especialmente si hay funcionarios paritarios poderosos y autónomos capaces de sospechar que una parte, aunque "técnicamente correcta", ha planteado un punto por razones éticamente obscuras o se ha presentado al tribunal con "las manos sucias". Apartarse de los procedimientos técnicos se facilita por la ausencia de una rutina burocrática en el aparato paritario. Como he sugerido, los legos están muy dispuestos a innovar y experimentar. En suma, la filigrana de reglamentos técnicos no evita el impacto en los procedimientos de las normas de la justicia substantiva.

²⁹ Desde la perspectiva de una organización jerárquica rígida, no tiene sentido contar con una regulación que pueda sortearse tan fácilmente. "Todo está perdido si un juez pretende ser más astuto que la legislación." Ver H. Drost, *Das Ermessen des Strafrichters*, 88 (Berlín, 1930). La frase se atribuye al abate de Mably.

Existen pocas reglas sobre la conducta de los funcionarios responsables que se diferencien de las que rigen la conducta de los abogados y las partes. Que posean un criterio discrecional para negarse a poner en vigor el régimen normativo es sólo un aspecto de su libertad. Estas reglas son vagas y dejan un margen substancial para una autoridad adicional y no expresada en los textos. Tampoco habría de sorprender que los funcionarios paritarios estén autorizados para crear sus propios reglamentos en cuanto a los procedimientos en "su" tribunal.³⁰ Pero a diferencia de la situación en una organización jerárquica judicial en que los reglamentos que regulan la conducta oficial se aplican de un modo más mecánico, dependerá de su discernimiento la elección del momento para ejercer esos poderes. Incluso de modo textual, idénticas normas pueden tener un impacto muy diferente en los entornos paritarios y jerárquicos. Si un juez del aparato paritario tiene poder para llamar testigos, por ejemplo, no sería sorprendente que en realidad sólo lo hiciese en muy escasas ocasiones. Es difícil imaginar que una organización judicial que comprendiese a estos funcionarios apoyara los intentos para hacer de los arreglos procesales una estructura intelectual consistente en unos pocos principios, una estructura en la cual la ausencia de lógica y la incoherencia en la convención procesal puede provocar gran preocupación.³¹

En conclusión, como se podría esperar de un aparato que comprende funcionarios poderosos e independientes,

³⁰ Los jueces estadounidenses, aun cada uno de los jueces en un tribunal múltiple, a menudo disponen del poder para adoptar reglas de decoro en sus tribunales. Estas reglas pueden modelarse para que se adecuen a cada ocasión en particular. Ver *United States v. Barcella*, 432 F.2d 570, 572 (1st Cir. 1971).

³¹ Por ejemplo, los funcionarios paritarios manifiestan una notoria indiferencia hacia el argumento "conceptualista" de que resulta inapropiado dejar que el acusado se declare culpable y borrar la etapa de determinación de la culpa del proceso, porque la culpa es un asunto que el adjudicador debe decidir de modo "creativo", sintonizando la ley con las circunstancias del caso. Ver *infra*, cap. 3, n. 43, y el texto correspondiente.

el funcionamiento del proceso —sin importar lo cuidadosamente reglamentados que estén en la superficie— dependerá en gran medida de la forma en que estos funcionarios elijan ejercer su gran autoridad “inherente”. La discrecionalidad oficial sigue siendo clave. Un observador alemán de comienzos de siglo se preguntaba desde su perspectiva si era más adecuado comparar a los magistrados ingleses con los monarcas constitucionales, o con los déspotas ilustrados.³²

Resumen

Hagamos una breve pausa para recapitular. Los procedimientos adaptados a las necesidades de los funcionarios paritarios se centran en torno a un nivel único de poder: el juicio es el punto focal de todo el proceso y preferentemente se desarrolla sin interrupción. Su preparación no es responsabilidad de una rama especializada de la justicia, ni de otros funcionarios públicos especializados, y queda relegada a las partes implicadas en el caso. Por lo tanto los jueces necesariamente llegan a los casos sin estar preparados y no son capaces de hacerse cargo de recoger pruebas y actividades similares, por lo menos inicialmente. Como resultado, los que preparan un juicio —las partes o sus asistentes forenses— también presentan pruebas a los órganos decisorios. Se prefieren los testimonios directos y la comunicación oral a los registros de pruebas (pruebas documentales) y declaraciones escritas.

Sin mecanismos regulares de revisión, las partes insatisfechas con la sentencia deben intentar persuadir al juez para que reconsidere el caso, o intentar frustrar la ejecución de la sentencia en procesos colaterales. La mezcla sencilla de la acción privada u oficial hace que las fronteras exteriores del

³² Ver A. Mendelssohn-Bartholdy, *Das Imperium des Richters*, 120 (Estrasburgo, 1908).

proceso sean indistintas y contengan elementos de la empresa procesal privada. Además, pese a que aspectos del juicio podrían estar sujetos a extensas reglamentaciones técnicas, estas reglamentaciones pueden ser fácilmente desplazadas por las normas invocadas por los funcionarios paritarios según su discreción.

iii. CONMENSURABILIDAD DE LOS PROCESOS JERARQUICOS Y PARITARIOS

Al analizar las implicaciones procesales de los ideales jerárquicos y paritarios se han obtenido elementos de dos estilos procesales diferentes. Pero al mostrar cómo el carácter de la autoridad choca con los arreglos procesales, también he sugerido implícitamente la dificultad de comparar problemas procesales a través de la división que los separa. De otro modo, en los dos marcos institucionales, formas similares de justicia pueden diferir de modos no fáciles de definir, y las formas de justicia naturales en un marco pueden eludir una descripción en términos de las categorías habituales en el otro. Ciertamente los abogados continentales y angloamericanos encuentran más difícil desarrollar un lenguaje común en temas de procedimiento y pruebas que en otras áreas del derecho. Vale la pena revisar algunos problemas que surgen al relacionar aspectos divergentes.

Niveles de poderes múltiples y singulares

Hemos visto que las apelaciones, naturales en la organización jerárquica del Estado, no son lo mismo cuando se injertan en una organización judicial predominantemente paritaria, y que los juicios de estilo paritario no conservan su identidad cuando se incorporan en un proceso de etapas múltiples. En tanto que en un sistema parece normal ejecutar una sentencia en el tribunal de primera instancia incluso

antes de que se hayan agotado todos los remedios legales, este procedimiento parece "contra natura" y grotesco en el otro.³³ Desde luego, cuando las sentencias se basan en testimonios directos en un sistema y en los registros escritos en el otro, han de comenzar a divergir las percepciones de una variedad de problemas. Todos tenemos suficiente relación con MacLuhan como para sospechar que la forma puede tener un efecto en la manera de ver el contenido. Las diferencias sutiles, pero de largo alcance en actitudes, surgen de la ausencia —en las estructuras paritarias— de una visión análoga a la de funcionarios distantes situados en altas pirámides de poder: donde una visión más concreta e inclusiva encuentra una posibilidad de alcanzar una justicia "individualizada", una visión más abstracta y selectiva, encontrará peligros para decidir de modo uniforme y predecible. Como resultado, buen número de problemas procesales son enfocados desde posiciones diferentes, y muchos instrumentos procesales son evaluados de modo diferente en las dos organizaciones oficiales. Como don Quijote y su escudero sensibilizado con aspectos diferentes de la realidad, los abogados socializados en marcos diferentes de poder pueden observar el mismo objeto y ver cosas distintas.

Diversos grados de burocratización

Un problema particularmente inquietante es el de relacionar un sistema que equipare el proceso judicial con los pasos dados por los funcionarios en un sistema bien dispuesto a delegar las acciones procesales en legos.

Consideremos un ejemplo. Mientras para el poder paritario es perfectamente aceptable permitir a los abogados

³³ Algo que desconcierta sobremanera a los abogados continentales es que los tribunales estadounidenses se ven tentados de hacer cumplir los fallos externos antes de que los recursos de apelación se hayan agotado. Ver *Hearst v. Hearst*, 150 N.Y. 2d 764 (Sup. Ct. 1955). Cometer un "error" semejante sería impensable para los abogados continentales.

privados tomar declaraciones orales en sus despachos, el proceso jerárquico ni siquiera tiene un nicho conceptual para clasificar esta práctica. Al comienzo, cuando se mira a través de las gafas del poder jerárquico, la toma de declaraciones orales aparece como una mera entrevista privada dirigida a desarrollar el juicio. Esto es así porque se toman declaraciones sin una superintendencia judicial directa, y porque los resultados no son pruebas competentes que puedan incorporarse en el archivo oficial del caso. Pero esta categorización falla cuando resulta que los declarantes pueden ser obligados a presentarse, pueden ser impugnados y están obligados a responder a las preguntas con veracidad. Finalmente esta práctica no es ni una cosa ni la otra en el esquema conceptual del proceso jerárquico. Sin embargo como hay más de una entrevista privada, se tiende a ver en las declaraciones que personas privadas se han arrogado acciones que deben reservarse a los funcionarios del Estado. Muy predeciblemente, los intentos por parte de los abogados norteamericanos de tomar declaraciones en el continente son considerados ofensivos para la prerrogativa del Estado de administrar justicia y ahora han sido vedados en varios países europeos.³⁴

No es probable que estas formas de justicia sean integradas de modo similar en un aparato judicial que tiende a la especialización y en otro que fusiona esas actividades. Esto explica el asombro de los abogados continentales al observar las ramas de la administración de justicia en los EE.UU. y su relación mutua. El proceso civil, por ejemplo, les

³⁴ Actualmente Francia prohíbe la obtención de información relevante à l'américaine aun si es parte de un esfuerzo por obtener pruebas para un pleito que ya ha comenzado formalmente, en vez de tener, como a menudo sucede, como único propósito "recabar información". Ver *Law* N° 80-538 del 16 de julio de 1980. Las autoridades inglesas también desaprueban estas tácticas estadounidenses, pero no las consideran una violación de la soberanía, ni aun reprobables si el litigio ya se ha formalizado. Para más ejemplos de actividades de la práctica norteamericana emprendidas de forma "privada" que los continentales consideran ofensivas, ver H. Steiner y D. Vagts, *Transnational legal problems*, 669 (1968).

parece demasiado difuso, con formas más apropiadas para el proceso administrativo, la administración general o incluso el proceso legislativo. Por otra parte, los procesos penales cubren muchas instituciones que parecen "naturales" sólo en el contexto del litigio civil.³⁵

Justicia substantiva y legalismo técnico

No es fácil establecer una comunidad de discurso para los implicados en la justicia substantiva y aquellos inspirados por el legalismo. En tanto que una disposición intenta mantener diferenciados los temas políticos, éticos y legales, la otra encuentra que esta separación es artificial e inapropiada. El problema puede ilustrarse nuevamente con el ejemplo de las culturas legales continentales y angloamericanas. Todavía se espera idealmente que los jueces continentales anelen sus decisiones en una red de reglas que determinen los resultados; sienten reticencia hacia "politizar" o "moralizar" los temas que se les presentan.³⁶ En la medida en que participan en la toma de decisiones, los legos se ven empujados a papeles relativamente inocuos: la defensa vigorosa de puntos de vista independientes se clasifica como un despliegue arrogante de diletantismo. En contraste, formas más potentes de participación lega en la administración angloamericana de justicia (jurados y magistrados legos) siguen incorporando preceptos de justicia substantiva en

³⁵ Ver cap. 6, *passim*. Aun en Inglaterra, los continentales hallan que la línea entre procedimientos civiles y administrativos no está suficientemente delineada. Ver V. Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, 271 (Milán, 1973). Desde el punto de vista continental, los procesos penales ingleses parecen asimismo saturados de formas que "ontológicamente" pertenecen a la justicia civil.

³⁶ La tendencia de la carrera judicial en el continente (y en la cultura jurídica como un todo) de separar las cuestiones legales de las políticas con mayor rigor que en los sistemas angloamericanos se ha destacado mucho. Ver M. Cappelletti, *supra*, n. 27, 865; K. Mannheim, *Ideology and utopia*, 105 (1949); H. Spiro, *Government by Constitution*, 285 (1959).

los tribunales.³⁷ El personal judicial profesional norteamericano está notoriamente politizado y se espera que considere "las equidades" de los casos para dejar la puerta abierta a la consideración de diversos valores extrajurídicos. Incluso en Inglaterra, donde los jueces profesionales están mucho más orientados técnicamente que en los EE.UU., los abogados continentales manifiestan su sorpresa ante la aparente flexibilidad del personal judicial en responder al perfil de los casos individuales en formas acordes al sentido común.³⁸ También aparecen actitudes divergentes en la adjudicación de temas constitucionales, esto es, en el área en que el derecho y la política se funden inevitablemente. Es bien sabido que varios países continentales han adoptado mecanismos de revisión judicial en algunos casos bajo la evidente influencia del derecho constitucional americano. Pero el temor de "politizar" indebidamente la administración de justicia está tan arraigado que parece indeseable dar poder a jueces ordinarios (reales) para que eliminen leyes inconstitucionales. En cambio, se ha dado este poder a un tribunal superior y especializado; considerado no tanto como un auténtico tribunal, sino como un organismo superlegislativo.³⁹

³⁷ Mendelssohn-Bartholdy ha denominado las decisiones de los magistrados de la ley ingleses "salomónicas" (*supra*, n. 32, 161). Aunque el componente técnico del proceso deliberativo ha aumentado de modo considerable en este siglo, los magistrados legos, aun si son asistidos por "técnicos", no deben equipararse a la magistratura civil inferior.

³⁸ Ejemplos de ello son la supervisión judicial flexible en cada etapa de la administración fiduciaria y muchas doctrinas "equitativas". Ver R. Schlesinger, *supra*, n. 6, 736 (n. 3). La fusión institucional de la magistratura y la legislatura en la Cámara de los Lores también resulta sorprendente. Como entre la sensibilidad legal de los jueces profesionales en Inglaterra y en el continente, el contraste más notorio es entre una versión del legalismo más "pragmática" y otra más "lógicamente ordenada". Numerosos principios legales, caros a los continentales, parecen al otro lado del Canal generalizaciones etéreas, vinculadas entre sí y a los casos que deben regir por lazos muy tenues, tal como si fueran globos cautivos.

³⁹ Para tribunales constitucionales continentales como "superlegislativas", ver J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 201 (Frankfurt, 1970). Para el caso especial de Grecia, ver F. Spiliotopoulos, "Judicial review of legislative acts in Greece", 56 *Temple L.Q.*, 463, 496 (1983).

Con el desarrollo de este estudio, persistirá la dificultad de hacer que los procedimientos jerárquicos y paritarios sean auténticamente comparables. Como conceptos de belleza orgánica y geométrica, los dos modelos procesales parecen eludir una medición común vitruviana. Pero como este estudio intenta iluminar las diferencias antes que identificar los terrenos comunes, no preguntaré aquí si aún se puede formular un planteamiento en el cual puedan traducirse fácilmente las convenciones procesales de los dos marcos del poder.

IV. RELACION CON LAS CATEGORIAS CONVENCIONALES

El quid del contraste entre los estilos angloamericano y continental de administración de justicia se expresa convencionalmente en la oposición del proceso "inquisitivo" de Europa continental, y el "adversarial" de los países cuyos sistemas derivan de Inglaterra. He evocado este contraste, no obstante, al yuxtaponer los estilos jerárquicos y paritarios. La clarificación de la relación entre estas categorías requiere volver atrás para abundar acerca de algunos temas mencionados en la introducción.

Debería quedar claro que puede emplearse el estilo jerárquico o paritario tanto para juzgar una disputa bipolar adversarial, como para establecer si existen condiciones previas legales para la puesta en vigor de una política o programa estatal. Una controversia entre dos partes puede ser dirimida tanto por jueces profesionales como por legos; el contraste puede desarrollarse en forma escrita (intercambio de escritos) o bien oralmente; los adversarios pueden enfrentarse en un round único o en varios, argumentando ante uno o varios niveles de autoridad. Por el contrario, una investigación con miras hacia una ejecución del derecho puede ser llevada a cabo por funcionarios profesionales o legos: se puede afirmar en documentos o en testimonios directos; puede implicar uno o múltiples niveles de autoridad judicial. Los estilos jerárquicos y paritarios pueden ser utilizados así

siguiendo las líneas procesales civiles, penales y administrativas, líneas que difieren en las diversas culturas legales.

Queda abierta la posibilidad de que una organización particular del poder esté en mejor posición —o sea más eficaz— para llevar a cabo una investigación, y la otra para llevar a cabo una competición, pero no existe una relación necesaria entre la organización de la autoridad judicial y el objeto del proceso. Ahora bien, si se entiende que el sistema adversarial es un proceso diseñado como una disputa bipolar y el sistema no adversarial es un procedimiento de investigación (como parece ser la opinión predominante), los dos estilos procesales que he descrito en este capítulo son independientes de la dicotomía convencional. El estilo jerárquico se puede combinar tanto con las formas adversariales y no adversariales; y el estilo paritario posee los mismos valores. Para ponerlo en otras palabras, la autoridad jerárquica y paritaria pueden cada una desarrollar sus propios procedimientos adversariales y no adversariales.

Precisamente porque se han adaptado las formas de investigación y competición a las organizaciones nativas del poder paritario en tierras angloamericanas, y jerárquica en el continente, el concepto diverge en los dos marcos con respecto a los elementos que lo constituyen o los ingredientes necesarios de los procesos adversariales o no adversariales. Como resultado, en la actualidad no hay un concepto de los modos adversariales y no adversariales que pueda aplicarse "neutralmente" en la línea que divide a las dos familias de derecho conformadas por tradiciones diferentes de organización del poder judicial: las formas procesales y contenciosas e inquisitorias están terriblemente enredadas, con incrustaciones jerárquicas y paritarias.

¿Pueden desembrollarse? Si se quiere una aproximación a la respuesta a esta pregunta, ha de examinarse el trasfondo del contraste entre competición e investigación. Hasta aquí he analizado las conexiones entre la administración de justicia y la *estructura* del poder. Con el conocimiento de esta variable, en las páginas siguientes examinaré cómo las concepciones diferentes de la *función* del Estado pueden afectar la forma del proceso legal.

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 responsabilidades 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 impulsos gestores y de *laissez faire* llevan a ideas diferentes acerca del diseño del proceso legal, estas ideas son indiferentes al ámbito cambiante 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 intervencionista 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 responsabilidades gestoras y las esferas en que optan por no implicarse, no están herméticamente selladas; más bien se penetran e influyen mutuamente. La concepción dominante 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 Estado se separa de su ideal. Por lo tanto es más posible encontrar híbridos y contaminaciones antes que formas puras. 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 algunas 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 posición, la tarea del Estado es apoyar la práctica social existente. 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 transformar de acuerdo con los objetivos del Estado; según la variante conservadora, los cambios sociales espontáneos pueden y deberían ser resistidos si se apartan de la concepción estatal del bienestar. Entre las doctrinas políticas intervencionistas, 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 utópico: en tanto que un grupo contempla un Estado omnívoro, un Leviatán 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 entendidos que han de anticiparse para eliminarlos en este punto. En muchos ambientes ha ganado popularidad referirse a las diferentes definiciones extremas de gobierno minimalista como Estado reactivo, diciendo que un Estado es activista incluso cuando utiliza moderadamente su potencial de gestión y sigue considerando la ausencia de dirección estatal como ideal general.¹ Esta convención no ha de confundirse 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 respecto. 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 problemas 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

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.

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.

³ En este caso se niega deliberadamente la función externa del Estado en la defensa nacional y durante la guerra. Los teóricos astutos 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. Lichteim, *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 undis*. 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. Rusinow, *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 siquiera 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, continúan 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 “civilidad” 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” (*samoupravni sporazumi*) y “pactos sociales” (*društveni 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 suppletive, 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 Verato, 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 "subjectivos", esto es, algo que es inherente (*subjacet*) 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 postrimerías 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. Vilely, *Seize essais de philosophie du droit*, 140-77, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam" (París, 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 anexan 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 proporciona —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 pleonismo. 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" (*Parteverfahren*) 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 pianissimo*, 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 "estatzada", 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 coope-

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 adaptan 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 reglamentar, 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 semioficiales 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 (Moscú, 1949).

²¹ Es sensato notar que los gobiernos gestores de la China imperial y Japón produjeron culturas en las cuales no existía un equivalente preciso para el término "derecho" (*jus, dikaios, 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 concederse 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. Chkhikvadze, *The state, democracy and legality in the USSR: Lenin's ideas today*, 47 (Moscú, 1976); N. Aleksandrov, ed., *Teoriya gosudarstva i prava*, seg. ed., 652-53 (Moscú, 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 órdenes 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 creer 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 envergadura 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 querellantes 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 querellante 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 neutrīs* (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 tríadas. 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 pasaré 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, *Starfverfabrenrecht*, 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

Las 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

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* (Hamburgo, 1978).

en una actividad adjudicativa. El carácter específico del juicio —su *differentia 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 chinerías exóticas o jurisdicciones comunistas 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-

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

cribir 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 *infra*, 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 "triádica" 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 lancetas 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, "Handlungsbegriff und Rechtsverhältnis im Strafprozess", en J. Baumann y K. Tiedemann, eds., *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, 253, 258, 262 (Tubinga, 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 papal—³³ 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 “burguesas”. 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. Oakshott, *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. Lakier 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* Pieranista. Podrían haber sido más receptivos a la visión de 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 reactiva

Esta digresión 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

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).

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 reformarlo 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

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 prefiere 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 empantanados 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 entretrejerse en el proceso dominante de implementación de políticas, o pueden desarrollarse subsistemas especiales para procesar casos “limitados”, dejando el resto sin tocar. Una vez más los cambios pueden ser más abiertos, o relativamente subterráneos. Aludiré a los pastiches 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 sobrevalorado 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

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).

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-

⁴⁰ 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 atrajo 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

plo, 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).

4 | EL PROCESO COMO RESOLUCION DE CONFLICTOS

Este capítulo intenta hacer una detallada exposición teórica de un modo de procedimiento legal que se ajusta a la ideología de Estado que aplica radicalmente el *laissez faire*. Expresado en términos convencionales, este proyecto supone la búsqueda de un proceso adversarial puro. Es importante repetir aquí lo que ya se ha dicho sobre la relación hipotética de procesos de resolución de conflictos puros con los actuales sistemas procesales: así como el Estado que únicamente se preocupa de la resolución de disputas es un caso teórico límite, el estilo procesal que se ajustaría a la comprensión del proceso legal en tal Estado es igualmente teórico. No existen sistemas de los que se pueda esperar que repitan completamente todas las características del modelo puro. Por lo tanto se puede anticipar una objeción: si el proceso de resolución de conflictos está basado en variantes extremas del Estado reactivo, ¿es tan remota la polaridad resultante como para ser útil en el análisis de procedimientos del mundo real? Antes de seguir adelante, hay que dar respuesta a esta pregunta.

A pesar de que ningún sistema existente reproduce completamente el modelo que se describe en el análisis que sigue, sus bloques constructivos no son meras quimeras legales. Las

características que se deben reunir en el modelo —sus fragmentos constitutivos— están ampliamente dispersos entre los sistemas reales. Estas características interactúan con arreglos que restringen o debilitan su impacto, produciendo una gran variedad de procedimientos de resolución de conflictos atenuados o diluidos. Sin algunas nociones sobre el concentrado esencial mismo, es difícil comparar la gran variedad de estas formas diluidas en relación a la intensidad de elementos de resolución de conflictos que cada una contiene. Tampoco se pueden evaluar las mezclas de la vida real en términos de su relativa proximidad a un patrón indefinido de resolución de conflictos. Sin embargo, muchos abogados debaten los cambios procesales y comparan los sistemas actuales invocando “el sistema adversarial” mientras se mantienen reticentes a definir sus formas puras. Como resultado, tal discusión a menudo se mantiene en la atmósfera brumosa del enfoque parcial, comparable con el apuro en que se vería alguien intentando expresar los finos matices de un *cappuccino* si su conocimiento del café y la leche son vagos. Aquí, la detallada exposición del modelo puro de resolución de conflictos reúne fragmentos dispersos de características de resolución de conflictos en un edificio teórico construido para remediar esta dificultad y para clarificar el análisis comparativo que haremos. El modelo es una construcción para proporcionar orientación y confrontar varias mezclas de formas procesales que son la norma en los sistemas actuales. Que mi planteamiento se polarice demasiado dependerá de cuántos aspectos de los sistemas procesales encuentren apoyo sólo en ideas extremas del *laissez faire*, y no en variantes de ideologías reactivas más moderadas. Si se identifica un número suficiente de tales aspectos, y si sólo los extremos del *laissez faire* pueden vincularlos en un todo significativo, la polaridad resultante estará justificada: el modelo de resolución de conflictos no será entonces una mera criatura ficticia que pertenece a las páginas de un bestiario de formas procesales más que a un volumen interesado en formas vivas de justicia.

Será inútil esperar, no obstante, que busque los bloques constructivos dispersos de los procesos puros de resolución

de conflictos sólo en países pertenecientes a la tradición angloamericana. Que tales bloques constructivos se puedan encontrar en otras partes sólo sorprenderá a aquellos que imaginan el sistema de confrontación como el epítome —no importa cuán ambiguo— de la tradición procesal del *common law*. De hecho, no hay motivos para creer que las formas puras de resolución de conflictos (aspectos “adversariales” en la terminología convencional) deban *siempre* tener un *pedigree* de *common law*, a menos que se crea que la multiplicidad de factores de esta tradición deba inevitablemente tener formas procesales que permitan el desarrollo de la resolución de contenciosos. La posibilidad debe incluso ser contemplada por el hecho de que existen procedimientos continentales que pueden ser más “adversariales” que sus contrapartes angloamericanas, y que algunos aspectos del *common law* deben —*horresco referens*— ser más “inquisitoriales” que sus análogos de derecho civil.

I. EL CARACTER DE LA REGLAMENTACION

Debemos recordar que en el Estado reactivo el proceso legal toma la forma de litigio forense. Este litigio debe ser reglamentado de alguna manera: sin esto sería como una guerra sin reglas de combate, provocaría represalias y, más que contener o absorber los ya existentes, derivaría en nuevos conflictos. El carácter de tal reglamentación se discute a menudo en la teoría del proceso adversarial, y merece ser observado en detalle.¹

¹ No necesariamente debe imaginarse la “regulación” (*regulation*) como un código comprensivo con reglas relativamente libres del contexto en el cual se originan. Como ya he notado en capítulos anteriores, mientras que la autoridad jerárquica se inclina de antemano por una orientación abarcadora, la autoridad paritaria requiere que el debido proceso sea determinado “como lo demande la situación en particular”. Ver *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 481 (1972). Puesto que el carácter de la burocracia en el Estado reactivo ha quedado temporalmente como una cuestión abierta, podemos imaginar aquí la regulación procesal en cualquiera de las formas.

Naturaleza del derecho

Como todo derecho de un Estado reactivo, la regulación del proceso legal es en gran parte un problema de identificación de los términos implícitos de un contrato modelo. El legislador debe imaginar cómo los potenciales litigantes podrían justa y razonablemente acordar comportarse en el evento de un futuro pleito. Si los litigantes desean alterar los términos de este hipotético contrato —el derecho procesal en el Estado reactivo—, no hay base firme para que el Estado insista sobre la naturaleza inquebrantable de su legislación. Esto es especialmente notorio cuando la alteración contemplada es por medio de la estipulación bilateral, y también es cierto para renunciaciones unilaterales. Como he apuntado, la ideología del Estado reactivo favorece la conversión del derecho en derechos personales de los ciudadanos. Y puesto que los ciudadanos tienen soberanía para determinar sus propios intereses, incluidas sus posibilidades de éxito en el pleito, son en principio libres para renunciar a los derechos acordados en el proceso legal. Los derechos pueden entonces ser usados como instrumentos de contratación en las negociaciones entre las partes involucradas en un proceso. Al final, la reglamentación que hace el Estado del proceso judicial no es más que el punto de partida desde el cual los litigantes pueden desviarse cuando y si lo prefieren. El no cumplimiento de la reglamentación procesal no es suficiente para hacer que el Estado ejecute acciones para remediarlo. Sólo cuando un litigante objeta por este no cumplimiento puede intervenir el juez y establecer el conflicto colateral; por lo tanto, la ausencia de objeciones puede ser interpretada como un tácito consentimiento para desviarse de la norma.

Para asegurarse, incluso los defensores más rigurosos del *laissez faire* procesal reconocen algunos límites para el desplazamiento de la reglamentación. Por tanto, de acuerdo con el concepto de que un ciudadano no puede contratarse a sí mismo para la esclavitud, el Estado normalmente rehúsa permitir que se renuncie al derecho de ser acusado de un delito: un individuo no puede elegir ir directamente a una institución

penal (*nulla poena sine processu*). No obstante, se mantiene el hecho de que tal inmunidad de la reglamentación por alteraciones privadas, es la excepción y no la regla. El derecho de renuncia es por lo tanto en gran parte indiferente a la pregunta sustantiva sobre cuáles son aquellos derechos a los que se puede renunciar y cuáles no lo son; más bien, el tenor de esta ley es elaborar procedimientos de segundo orden para las renunciaciones válidas a ejercer un derecho.

Tan fácil desplazamiento de la reglamentación puede parecer fantástico para un abogado continental o de un sistema comunista. Lo tentará verlo como un ejemplo de polarización más allá de lo necesario. Pero, consideremos la escena estadounidense contemporánea. En vez de la tan anunciada disminución de los valores del *laissez faire*, sigue siendo notable el alcance de la libertad de los litigantes para elegir una forma procesal particular. Que una persona pueda renunciar a su derecho a ser notificada de la institución de procesos civiles, o a ser escuchada antes del veredicto² sorprende a los observadores, incluso aquellos cuyos sistemas normalmente tienen pocos escrúpulos para realizar procesos *ex parte*. Igualmente sorprende a los forasteros que en los EE.UU. puedan utilizarse algunas técnicas de investigación —inadmisibles por su dudosa exactitud— cuando los litigantes así lo estipulan.³ En algunos estados norteamericanos la acusación y la defensa pueden acordar someter un caso a juicio basándose sólo en las pruebas contenidas en la transcripción de las vistas preliminares, con el resultado de que el testimonio oral —tan típico del estilo de *common law*— se desplaza a favor de un procedimiento que tiene reminiscencias de los procesos escritos anteriores a la Revolución Francesa (*transmissio actorum*) en los países continentales. Pero lo que más intriga a los forasteros es el

² La referencia es al llamado mecanismo *cognovit*. Ver *D. H. Overmeyer Co. v. Frick Co.* 405 U.S. 174 (1972).

³ Es así, por ejemplo, para la admisibilidad del testimonio de los expertos en "detectores de mentiras" en algunos estados estadounidenses. Ver P. Thomas, "*Compulsory process and polygraph evidence*", 12 *Conn. L. Rev.* 324, 338 (1980).

poder del acusado para influir en la selección de la forma procesal, incluso en casos de delitos graves. Recordemos que la declaración de culpabilidad o *nolo contendere* se toma como una renuncia al derecho a juicio, de este modo no necesita realizarse la parte más importante del proceso penal. El acusado puede también influir en la elección entre juicio con magistrados o jurado, renunciando a su derecho de ser juzgado por sus iguales.⁴ Y, aunque sumergidos y combinados con otros factores, todavía se encuentran conceptos de renuncia en el centro del requisito de que el litigante afectado debe, en primer lugar, objetar la violación del procedimiento antes de que el juez reaccione ante esto.

Según se debilita el espíritu del *laissez faire*, se está menos dispuesto a suponer que se pueden alcanzar los objetivos de la justicia cuando los litigantes tienen libertad para elegir la forma de procedimiento que mejor se ajusta a sus intereses. Esta tendencia es clara no sólo en los casos en donde ambas partes son particulares que buscan su propio beneficio, sino también cuando una parte es un cargo público del que se espera que proteja los intereses comunes (p. ej., el fiscal del Estado). Cada vez más se están ejerciendo amplios poderes judiciales, hasta ahora poco empleados, para supervisar los desplazamientos de la reglamentación procesal. Las renunciaciones a un derecho, tanto genuinamente unilaterales, como inducidas por la negociación entre las partes, están siendo sujetas al escrutinio judicial con mayor regularidad. El requisito de la inmediata objeción a un mal paso procesal también pierde terreno con la difusión de la doctrina de que un tribunal de apelación puede anular un juicio por un "error" judicial por el cual no se hicieron excepciones durante el juicio.⁵ Estos cambios enfatizan la tensión entre la

⁴ Puede hallarse un útil catálogo de derechos renunciables en E. Rubin, "Toward a general theory of waiver", 28 *UCLA Rev.* 478 (1981). Salvo en algunos Estados, la mayoría de los derechos renunciables requiere del consentimiento judicial.

⁵ La llamada doctrina del error manifiesto aún se utiliza raramente, y sólo en circunstancias excepcionales. Ver *F. R. Crim. P.* 52(b).

todavía prevalente retórica de los derechos procesales "personales" y el poder del juez para desestimarlos.

Sin embargo, puede exagerarse el significado de estas tendencias recientes. El escrutinio oficial de la renuncia a un derecho es a menudo superficial o limitado al problema de su voluntariedad, y rechazar la ratificación de los acuerdos negociados por las partes sigue siendo un evento inusual.⁶ Incluso aunque no se puede decir que los propios litigantes determinen la forma procesal, desde una perspectiva comparativa resulta chocante que puedan opinar en la elección de un amplio rango de formas procesales. La yuxtaposición con las jurisdicciones continentales es una vez más ilustrativa. Aun cuando la ideología que exalta la autonomía individual alcanzó su apogeo en Europa.⁷ El derecho penal se mantenía inquebrantable: que el acusado pudiese renunciar al juicio o a una particular composición del tribunal, tanto si tales renunciaciones estuvieran sujetas a aprobación judicial como si no, fueron ideas tan ajenas a los continentales, que nunca recibieron mucha consideración.⁸

⁶ Aunque la declaración de culpabilidad, negociada o no, puede ser objeto de un escrutinio minucioso, la mayoría de los jueces la sigue aceptando de modo prácticamente rutinario. De manera similar, aunque la elección del acusado de renunciar al jurado requiere del consentimiento del tribunal en casi todas las jurisdicciones, ese consentimiento rara vez se niega. Ver "Note, government consent to jury trials under rule 23(a) of the Federal Rules of Criminal Procedure", 65 *Yale L.J.* 1032 (1965). Los jueces son especialmente reacios a embarcarse en un escrutinio detallado cuando la renuncia de un derecho por una de las partes no origina oposición en la otra. Cuando el tribunal interviene, los arreglos procesales normales se ven seriamente tensionados, en tanto, un proceso que se supone alimentado por la contienda entre las partes se ve privado de su energía vital. El litigio de "interés público" presenta problemas *sui generis* que discutiremos en el último capítulo.

⁷ Algunos comentaristas continentales del siglo diecinueve comenzaron a considerar los procedimientos civiles esencialmente como transacciones privadas.

⁸ Aunque el juicio inglés con jurado se trasplantó al continente después de la caída del Antiguo Régimen, y a pesar del entusiasmo por las instituciones legales inglesas que caracterizó al período, tanto la renuncia al jurado como la renuncia al juicio (mediante una declaración de culpa) permanecieron desconocidas en Francia y en todos los demás procedimientos penales del continente.

Las razones para esta mayor rigidez de la reglamentación continental son complejas y no pueden ser desarrolladas aquí. Pero pensando en el poder de las partes para influir en los arreglos procesales, no deben olvidarse los distintos entornos institucionales. En sistemas de *common law*, las partes (por medio de su abogado) desempeñan algunas actividades que son intrínsecas al cargo del juez en el continente. Por tanto, mientras las renunciaciones a derechos y las estipulaciones de los litigantes angloamericanos influyen sobre todo en su propia conducta forense, similares transacciones, en Europa, podrían influir en los arraigados patrones del comportamiento judicial. Además, como he sugerido en capítulos anteriores, los funcionarios judiciales continentales dan mucho menos acogida a la interrupción de sus rutinas que los jueces angloamericanos. *Ceteris paribus*, entonces, es mucho más fácil dejar improvisar a las partes en el contexto de una autoridad paritaria que en el de la autoridad jerarquizada.

Procedimiento como substancia

Los procedimientos concebidos como un litigio entre dos partes adversas ante un juez neutral, generan presiones estructurales favorables a la parte que gana la disputa en el tribunal. El juez de conflictos, por tanto, queda en una posición similar a la del moderador de una sociedad de debates, quien, indiferente al tema que se discute, se concentra desapasionadamente en la exhibición de habilidades forenses. Los juicios tienden a ser justificados procesalmente, esto es, por la victoria en el litigio forense. En este contexto adquiere gran importancia observar las reglas que regulen la argumentación. El derecho procesal, tanto el prefabricado por el Estado como el creado ad hoc por los litigantes, adquiere su propia integridad e independencia frente al derecho sustantivo. Pero sin importar cuán fuerte sea la presión ejercida por el diseño del litigio, el juez no tiene más ataduras fuertes que las creadas por la tensión sobre la legitimación procesal del veredicto. La administración de justicia no puede estar com-

pletamente separada de las nociones sustantivas de rectitud y error, o completamente asociada con un juego, o las actividades de una sociedad de debate. Por lo tanto, surgen serios problemas en cuanto aparece ante el juez que el resultado que refleja la visión que prevalecía en el litigio no coincide con un resultado apropiado por sus méritos; el juez más experto no necesariamente representa la posición más coherente con la mejor lectura del derecho sustantivo. El juez confronta ahora voces discordantes tanto procesales como sustantivas: no puede honrar a Artemisa sin menospreciar a Afrodita. Aunque sea renuente a desatender lo que para él aparece recto de acuerdo con los méritos, no puede abandonar la perspectiva procesal: si el veredicto va contra el aparente ganador del litigio, el proceso estructurado como competición no ha servido a sus propios principios. No sólo queda afectado negativamente el carácter de los incentivos de la competición; más ominoso aún, se ensombrece la imparcialidad del juez: parecería que hubiese tomado partido por el perdedor.

Los procesos de resolución de conflictos se caracterizan, por tanto, por la variedad de mecanismos procesales diseñados tanto para prevenir que surjan tales dilemas o, si es necesario, para resolverlos sin socavar la integridad de los procesos organizados en torno al motivo de litigio. Un ejemplo del primer tipo de mecanismos es el requisito estricto de que toda la información de la disputa debe ser presentada ante el juez en presencia de los litigantes, y este será el tema inmediato de los alegatos, antes de que se cubra de polvo. Cuando no hay fuentes de información independientes de la parte en litigio, se minimizan las oportunidades de que dispone el juez para llegar a una visión distinta de la sostenida por el ganador del alegato. Más adelante en este capítulo, mientras sondeo la posición ideal del juez, veremos qué características del modelo puro pueden ser atribuidas al requerimiento de que toda la información sea "filtrada" a través del litigio de las partes.

Un ejemplo del segundo grupo de mecanismos son las varias formas de juicios nulos (*mistrial*). Esta ayuda preserva el

dominio de la perspectiva procesal sin negar completamente los asuntos sustantivos. Cuando un litigante comete una infracción seria de propiedad procesal, los procedimientos deben ser interrumpidos incluso si la infracción comunica información correcta y decisiva para los méritos del caso. Pero el resultado correcto no se sacrificará totalmente; asumiendo que no hay un juzgado especial que imposibilite la repetición de la competición, debe reiniciarse el proceso. Las apelaciones poseen mecanismos similares: si apelando una decisión se puede rastrear un error procesal como fuente, la decisión será revertida a pesar de la posible exactitud del resultado en términos del derecho sustantivo aplicable. Esta concepción, natural para los abogados estadounidenses, no tiene lugar en procedimientos diseñados para una expedita implantación de programas estatales en muchos países extranjeros.

Es importante reconocer que la filosofía que subyace en los Estados reactivos crea un ambiente que apoya la legitimación procesal de las sentencias. Cuando el objeto de la sentencia es resolver disputas, y cuando se supone que el juez no fomenta políticas o valores independientes, la insistencia en la exactitud sustantiva de veredictos pierde mucho de su razón de ser. Si una decisión es capaz de absorber un conflicto, la desviación de este veredicto del resultado requerido por las leyes sustantivas no provoca mucha preocupación: se ha logrado justamente el objetivo procesal. Mientras más rígidamente se implementa esta visión, más fácil es para el juez permitir desviaciones a partir de los méritos. Y mientras más se acerca un Estado reactivo al ideal reactivo, más fuerte es la disposición al escepticismo que penetra la ideología reactiva y hace que el juez sea más cauto para buscar resultados "correctos". La ideología reactiva refuerza la perspectiva procesal en la administración de justicia: en suma, la forma de llegar a una decisión cuenta tanto como lo que dice.⁹ En el caso límite de

⁹ "Cualquier tratamiento que pueda ser justo de acuerdo con criterios independientes de valoración de lo que es justo es de hecho injusto si no se emplea un proceso judicial apropiado" (D. Resnick, "Due process and procedural justice", en J. R. Pennock y J. W. Chapman, *Nomos*, XVIII, 213 [1977]).

un Estado puramente reactivo, las preguntas procesales casi eclipsan totalmente la sustancia.

Imaginen ahora que un Estado comienza a usar el proceso legal, o una parte del mismo, como un instrumento para fomentar valores o políticas más amplio que la resolución de una disputa particular. En la medida en que estos objetivos trascendentes requieren veredictos para ser sustantivamente exactos, se vuelve más y más difícil sacrificar tales veredictos por el bien de la integridad del proceso. El dilema del que he hablado hace un momento se hace cada vez más intenso. Y donde el juez percibe la correcta solución según los méritos, cada vez se inclina más a cuidar de que esta solución se incorpore en el juicio, a pesar de los caprichos de la suerte procesal de los litigantes. La imagen del juez como árbitro neutral de un debate —indiferente al tema debatido— se vuelve inapropiada, quizás incluso repulsiva. La estructura del proceso tiende a debilitarse, y se aceptan desviaciones del modelo puro de resolución de conflictos.

Equilibrio de las ventajas

Si se debe sostener la legitimación procesal de las decisiones, no sólo deben observarse las reglas de las partes en litigio, sino también ser justas. Cualquier otro requisito de la idea de justicia en un contexto comparativo, seguramente supone arreglos destinados a proporcionar iguales oportunidades de victoria para los litigantes. En el Estado reactivo, un sistema similar al *jeu-parti* o *jeopardy* (N. de T.)*, o a un juego con igualdad de oportunidades, fluye de la asociación del derecho procesal con un contrato modelo: no hay buenas razones para desviarse de la paridad de procedimiento en donde aquellos que contemplan la posibilidad de litigio son igualmente ignorantes de las maneras por las cuales las

* (N. de T.): *jeopardy* = poner en peligro, hacer peligrar.

varias alternativas substantivas pueden afectar su propio interés. En breve, el problema perenne en la regulación del proceso de resolución de conflictos es equilibrar las ventajas de los litigantes para proveerles de armas similares.

El acto de equilibrar plantea problemas especiales cuando una parte del proceso es un funcionario público. Aquí, la fuerza total del motivo de litigio sólo se puede sostener si es tratada como representación de los intereses de un ciudadano o de un grupo, más que como portavoz de los intereses del Estado. En un caso penal, por ejemplo, se puede preservar la imagen del proceso como competición sólo cuando se considera que el fiscal del Estado representa a la víctima. Pero en cuanto el fiscal está equipado con poder para desestimar el interés de la víctima en beneficio de asuntos más amplios, se debilitan las premisas de los arreglos adversariales: los procedimientos ya no implicarán el conflicto de dos intereses de partes, sino más bien el conflicto entre el conjunto de intereses del Estado y el interés particular de un individuo. ¿Por qué se deben colocar y equilibrar en el mismo nivel los intereses parciales con los intereses generales? ¿Por qué se debe organizar el proceso como un combate entre el Estado y los individuos, con igual posibilidad de éxito? Las respuestas para muchas doctrinas están lejos de ser evidentes, pero son fáciles para un Estado reactivo. Aquí, los intereses del Estado son tratados por analogía con los intereses privados, y el proceso judicial no puede usarse legítimamente para promover políticas y valores del Estado.

Pero puesto que los funcionarios normalmente ocupan una posición superior a la de los litigantes ordinarios, ¿cómo se deben equilibrar las ventajas en esta situación especial? Parece justo dar desventaja al litigante superior: a los funcionarios se les deben negar por lo menos algunos derechos procesales que se conceden a los adversarios privados. Esta desventaja innegablemente reduce la simetría de los derechos procesales que caracterizan al modelo de resolución de conflictos puro en disputas entre miembros de la sociedad civil. Pero cuando es parte un funcionario estatal, especialmente en asuntos penales, raras veces es posible una sime-

tría procesal completa: el fiscal público no está trabajando bajo amenaza de detención y castigo, de pasar al papel de testigo (lo que podría arriesgar su control sobre la sala), u otras cargas similares.¹⁰ Parece conveniente, entonces, relajar aún más las exigencias de establecer rígidos paralelismos para conseguir el objetivo más básico de los procesos organizados como una competición, para igualar las oportunidades de triunfar. Determinar el grado de desviación de la simetría puede ser una empresa tan difícil y delicada como la de entretener a una monja. Sin embargo está claro que la estructura del aparato judicial afecta el equilibrio de las ventajas. Si el funcionario en el papel de parte está jerárquicamente ligado al centro del Estado y si el juez pertenece a un servicio civil organizado, la estructura procesal es mucho más difícil de mantener que en una maquinaria de justicia con funcionarios descentralizados y jueces que son ciudadanos reclutados temporalmente. Se esperaría que el emplear las formas de competición sea mucho más fácil en los sistemas angloamericanos que en los continentales, incluso en aquellos segmentos del proceso judicial en donde un funcionario aparece como parte.

ii. LAS PARTES EN CONFLICTO: PREMISAS DE SU ESTATUS

El concepto de autonomía

Como he señalado, el Estado reactivo, poco dispuesto a abrazar cualquier filosofía de las condiciones óptimas de

¹⁰ En la Edad Media el sistema penal privado estaba tan imbuido de la idea de simetría de manera que un querellante privado que fracasase en su cometido era sujeto de la misma pena que habría sufrido el acusado de haber sido condenado. Ver P. Fournier, *Les officialités au Moyen Age*, 255 (París, 1880). Aunque en una forma menos drástica, la idea de que los querellantes privados debían compartir las cargas del acusado continuó influyendo el proceso penal del Antiguo Régimen.

vida, permite que los individuos sean soberanos en el manejo de sus propios asuntos. Transportada a la administración de justicia, esta soberanía precisa que una parte sea reconocida como maestra del litigio (*dominus litis*), y esté autorizada para conducirlo a su gusto, en muchos casos eligiendo incluso la forma del proceso. Para los funcionarios que presiden es difícil determinar si llevan su caso bien o mal. Un Estado que no reconoce *index veri* está mal equipado para proclamar que determinada acción de un litigante es perjudicial para sus intereses. Qué hacer si una persona maneja mal un caso es por tanto una pregunta que no aparece con la frecuencia o intensidad con que debería surgir en un Estado activo. Supongamos, no obstante, que un funcionario de un Estado reactivo está convencido de que un litigante no es competente para llevar a cabo su propio interés. ¿Debe comprometerse el funcionario en alguna acción correctiva que proteja a la parte de su propia necesidad o ineptitud? Incluso en este caso el precio de la acción correctiva puede ser muy elevado: la ideología reactiva es cautelosa al permitir cualquier movimiento que pueda llevar a que la burocracia se incline por un "paternalismo coercitivo".

De hecho, en el Estado reactivo la autonomía se toma con tanta seriedad que está protegida incluso en aquellos casos en que el ejercicio de la autonomía por las partes altera significativamente el funcionamiento óptimo del proceso judicial diseñado como competición. Una ilustración pertinente es el derecho del ciudadano a representarse a sí mismo, un producto claro de la autodeterminación individual. En los casos en que un litigante *pro se* que carezca de conocimientos legales insista en manejar personalmente su caso, la competición en el juzgado se ve seriamente sesgada e incluso los funcionarios de los regímenes más rígidamente pasivos encuentran difícil de tragar algunas de las consecuencias de un litigio tan desequilibrado. Por ejemplo, que un ciudadano inocente pueda elegir libremente ir a la horca es una proposición intolerable, incluso para este tipo de Estado; pero esto podría ser exactamente el resultado de una defensa inepta contra cargos criminales. A pesar de la gravedad de las

consecuencias, es posible que se imponga el derecho de las partes a autorrepresentarse: forzar a un acusado a tener un defensor, sin que lo desee, va contra los cimientos de la ideología reactiva (valores no instrumentales).

Hasta aquí he hablado sobre las partes que desempeñan mal el juego legal. Pero un litigante puede experimentar una incapacidad tan debilitante que su actividad forense —incluso si se opone normalmente a la reclamación del adversario— deja de servir como argumento: más que ser malamente desempeñado, el juego legal no se ha jugado. Dadas tales circunstancias hay que interrumpir los procedimientos hasta que la parte haya recuperado su capacidad, o si no es posible una postergación, ha de designarse un sustituto para que represente los intereses del incompetente. Aquí hay que señalar que la elección de la segunda alternativa plantea dificultades serias para el Estado reactivo, en particular en aquellos procesos en que la parte opositora es un funcionario del Estado. Se teme que el mecanismo de sustitución en sí mismo pueda ofrecer apoyo a las concepciones activistas del proceso judicial. No es fácil afirmar el interés personal del ciudadano declarado incapaz de definirlo por sí mismo, y los funcionarios del sistema judicial pueden sentirse tentados de designar un guardián *ad litem*, que comparta sus propias visiones educacionales, curativas, u otras. Entonces el guardián podría unirse al adversario de la persona aquejada de incapacidad y (bajo el disfraz de forma de resolución de conflictos) dirigir una búsqueda de la mejor respuesta al problema *sub judice*. Bajo tales circunstancias, los arreglos procesales adecuados a la resolución de disputas perderían mucho de su significado, haciéndose vulnerables a ser descartados como formalidad vacía; los tribunales proporcionarían educación o remedios de un modo coercitivamente paternalista. En este desfile de monstruos la posibilidad peor es que los litigantes cuya comprensión de su propio interés difiera de los puntos de vista del Estado, pudiese ser declarado incapaz de autorrepresentarse, siendo reemplazado por sustitutos de ideas más afines con las del poder. Las preocupaciones dirigistas del Estado, podrían disfrazarse así de resolución de conflictos.

Para evitar estos problemas de sustitución, el proceso judicial, imbuido de la ideología reactiva, se caracteriza por las bajas exigencias de capacidad procesal. Ni siquiera se niega la autonomía procesal a aquellas personas que sufren de serios desórdenes; incluso pueden estar autorizadas a decidir libremente si conviene argumentar su propia locura, o no. Donde ni siquiera se pueden cumplir los requisitos mínimos de capacidad, el sistema judicial está preparado para recorrer un largo camino hacia una postergación indefinida del proceso judicial.

Para que no se piense que ningún sistema del mundo real muestra síntomas de conceptos tan fuertes de autonomía procesal, echemos un vistazo al panorama norteamericano. El acusado en el sistema criminal norteamericano tiene el derecho constitucional de defenderse personalmente incluso contra los cargos más graves.¹¹ Aunque se han adoptado varias medidas paliativas para aliviar la tensión resultante en los procedimientos normales de un proceso, el equilibrio de las ventajas puede verse seriamente afectado por la porfiada negativa del acusado para aceptar la ayuda de un abogado defensor. Los forasteros se preguntan invariablemente "¿Cómo un ciudadano puede tener suficiente poder para influir en el resultado de un proceso penal?" Las respuestas raras veces son satisfactorias. Tampoco los extranjeros dejan de sorprenderse con el derecho exclusivo de los acusados en un caso penal en algunas jurisdicciones norteamericanas para presentar y argumentar el tema de la locura.¹² Sin embargo, desde la perspectiva de un Estado reactivo no comprometido, éste y otros arreglos similares son justificados y aceptables.

¹¹ Ver *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1974). En palabras de un disidente, el tribunal confiere un derecho constitucional al acusado "a hacer de sí mismo un tonto" (id., p. 821). En acusaciones por crímenes graves, sin embargo, ese derecho se ha ligado a tantas excepciones y reservas que todo el cuerpo del derecho se ve inmerso en un pantano de un lenguaje que es confuso y a veces contradictorio consigo mismo.

¹² Ver *Model Penal Code*, §4.03 (borrador n° 4, 1955). Para un caso reciente, ver *State v. Jones*, 99 Wash. 2d 735 (1983).

Igualdad

Ya he anotado antes que el proceso de resolución de conflictos está reglamentado para ofrecer igualdad de derechos a las partes. Desde luego y porque las partes son diferentes, ofrecerles las mismas armas procesales no asegura una habilidad igual para defender sus intereses en el litigio. ¿Todavía requiere el modelo puro de ajustes y mecanismos compensatorios donde las desigualdades de los litigantes emanan de fuentes que no son la reglamentación de una contienda forense? Para expresarlo de otro modo, ¿se necesita otro concepto de igualdad de las partes, distinto al "formal" que emana de la reglamentación de una lucha con armas procesales iguales?

Una vez más hay que examinar esta pregunta de acuerdo a la perspectiva de la ideología del *laissez faire*. Un Estado auténticamente reactivo tendrá dificultad para identificar estos aspectos adicionales de desigualdad, sin hablar del diseño de un proyecto que los reduzca o elimine. Esto es así porque alega neutralidad de cara a las visiones de la buena vida que existen y compiten en la sociedad civil. Al negarse a adoptar una posición oficial en temas como la distribución del poder deseable en la sociedad, se priva de criterios seguros para establecer si una desigualdad en particular de los litigantes, en términos de fortuna, posición personal y cosas semejantes, constituye un mal emparejamiento que debería clasificarse como inaceptable. Todos los litigantes deben ser tratados como iguales a la hora de proporcionar armas procesales, al igual que todos los votantes han de considerarse iguales al reglamentar las votaciones (una persona, un voto). En otras palabras las partes son tratadas "abstractamente", separadas de sus diferencias personales (substantivas) y como portadores equivalentes de derechos procesales.¹³ Expresado en estos principios ideológicos, el

¹³ Por supuesto, todo sistema de reglas hace caso omiso (abstrae de) algunos aspectos en que las personas difieren entre sí.

modelo puro de resolución de conflictos comienza a parecerse al modelo de un mercado perfectamente competitivo, esto es, un mercado satisfecho con cualquier asignación de recursos que produzca un equilibrio y que, cuando existe el equilibrio, no requiere redistribución. Como la estatua de la diosa con las balanzas que personifica la justicia, el adjudicador en el modelo puro está ciego. Las desigualdades que emanen de fuentes diferentes a las reglas procesales "abstractas", no entran en el equilibrio.

Desviarse de las posiciones extremas de *laissez faire* ¿puede afectar la pureza del modo de resolución de conflictos? Supongamos que los funcionarios del Estado están listos para identificar las desigualdades substantivas inaceptables de los litigantes y están dispuestos a considerar acciones correctivas. Se puede pensar en dos estrategias. Una es movilizar al juez que preside la competición de las partes: se espera que intervenga cuando las partes no están bien emparejadas (aunque tienen las mismas armas procesales) y ayudar al lado más débil. Pero cuando esto ocurre el juez ya no es la persona perfectamente imparcial que resuelve conflictos; puede haber perdido la capacidad de decidir fácilmente quién gana en un debate en el cual está implicado. Y los oponentes a la parte ayudada, si pierde por méritos, puede sospechar que el veredicto le fue desfavorable no porque su querrela fuese infundada o porque manejó mal su caso, sino porque el juez favoreció al adversario sobre la base de consideraciones ajenas al caso (por ejemplo, su pobreza). Mientras más se implica el juez en los temas procesales, más se debilita el estilo habitual de competición y la estructura de incentivos que la acompaña.

Una estrategia de corrección alternativa está más de acuerdo con el diseño de los procedimientos de competición: en vez de movilizar al juez, el Estado trata de redirigir la desigualdad substantiva de las partes proporcionando asistencia legal al más débil, indispensable para llevar a cabo el caso de modo eficaz. Pero incluso esta estrategia alternativa, en última instancia, empañará la pureza del estilo de resolución de conflictos. Supongamos que el Estado decide ayudar

a aquellas partes que se enfrentan a adversarios más ricos. Como es natural en un proceso cuyo resultado depende primariamente de la actividad de las partes privadas, seguir los intereses partidarios con vigor —especialmente con un abogado poderoso— abre una diversidad de actividades efectivas pero costosas, de modo que en un mundo de recursos limitados, se puede esperar que surjan conflictos entre la amplitud y la calidad de la ayuda estatal puesta a disposición del litigante financieramente más débil. A menos que el Estado sea capaz y esté dispuesto a gastar enormes recursos para subvencionar el litigio, debe imponer límites a los gastos de la parte que decidió ayudar. Pero en muchos casos estos límites dejarán, en cambio, disparidades inaceptables: el litigante más rico, con sus recursos, puede obligar a su oponente a salir del sistema judicial. Por esto un Estado que toma a pecho la trascendencia de la igualdad formal, también está inclinado a imponer limitaciones de gastos a la financiación privada de los juicios. Habría que desestimar las técnicas procesales costosas. Incapaz de garantizar un Cadillac del proceso (por así decir) a todos los ciudadanos que recurren a los tribunales, el Estado debe contemplar prohibir su fabricación, en favor de un vehículo procesal más modesto y al alcance de todos. De este modo se restringe el modo procesal dominado por las partes, y entra en la camisa de fuerza del Estado. En este punto, un desvío de la forma de competición puede parecer atractivo: si la desigualdad de las partes es tan complicada, ¿por qué no reducir su significado transfiriendo la realización de la mayor parte de las acciones procesales de los litigantes a una agencia no partidaria que también pueda decidir sobre el nivel aceptable de los costos? O, para llevar la analogía algo más lejos, ¿no podría el transporte público reemplazar a los automóviles privados? En suma, en tanto que el primer mecanismo correctivo (movilizar al juez) puede hacer que las partes duden de la neutralidad del decisor, la segunda estrategia (subvencionar a la parte más débil) puede acabar empobreciendo el arsenal de técnicas adversariales. En cualquier caso, se ha distorsionado el modo de proceso dominado por las partes.

De más está decir que esta desviación de la forma adversarial pura puede ser, citando una frase de Horacio, *omnes inlacrimabiles* (todos indignos de ser llorados). De hecho las poderosas corrientes ideológicas de nuestro tiempo piden cada vez más una mayor sensibilidad hacia las desigualdades sustantivas de los litigantes, especialmente aquellas debidas a diferencias económicas. Como los economistas del bienestar, se supone que los jueces deben buscar los fallos de la competición forense y corregir las deficiencias cada vez que se presentan. Es posible que alguien muy capaz a la hora de resolver conflictos no sea necesariamente un juez ideal, de modo que las desviaciones de las formas puras de resolución de conflictos pueden ser motivo de júbilo antes que de lamentaciones. Pero ha de reconocerse que la aprobación de estas desviaciones va de la mano con una visión cada vez más edulcorada de la no implicación estatal.

Entonces se podría objetar que el modelo puro de resolución de conflictos plantea una polaridad poco realista. Si los Estados modernos son cada vez más activistas, si se comprometen cada vez más en la ingeniería social, las formas procesales predicadas sobre la base de actitudes de *laissez faire* están obsoletas. Sin embargo la falsedad de esta afirmación puede mostrarse nuevamente volviendo al ejemplo de la administración de justicia en los EE.UU. Allí el proceso judicial asigna una amplia gama de acción procesal a las partes adversarias, especialmente en la preparación del juicio, creando oportunidades para la libre empresa procesal sin paralelo en otros países. En este marco, la desigualdad de las partes tiene un efecto más poderoso y más presencia que en sistemas que se apoyan menos en la iniciativa de los litigantes: una parte asistida por abogados expertos, o capaz de absorber altos costos de *discovery* previos al juicio, tiene una ventaja significativa sobre su oponente más débil. De hecho, un litigante financieramente más débil puede ser apartado totalmente del sistema judicial. Sin embargo, hasta hace unas dos décadas, el impulso primario de la imaginación judicial norteamericana fue expandir y refinar el arsenal de armas procesales, descuidando sin malicia el hecho de que

sus usuarios —los litigantes— poseen capacidades de litigio desiguales. No sorprende entonces que hasta ahora hayan quedado sin corregir muchas desigualdades sustantivas de las partes. Es cierto que los indigentes acusados de un delito penal tienen el derecho constitucional a disponer de un abogado, pero para los litigantes indigentes civiles no existe este derecho.¹⁴ Existen como remedios parciales los juzgados de menor cuantía, los honorarios contingentes, las acciones de clase y mecanismos similares, de modo que todavía hay situaciones en que el sistema queda satisfecho con la igualdad abstracta de los litigantes, o, para decirlo de otro modo, con la garantía formal de que todos los sistemas legítimos disponen de armas procesales iguales.

Una visión del proceso de resolución de conflictos que requeriría algo más que una igualdad formal de las partes, no daría lugar a arreglos existentes en la actualidad en el estilo adversarial. Esto es una indicación clara de que este enfoque, sin importar su atractivo,¹⁵ no es aceptable desde una visión comparativa. Sólo contra el telón de una ideología de *laissez faire* extrema —esto es, que la satisfaga una igualdad meramente formal, se puede concebir una visión polar mejor delineada, en que puedan incluirse las formas adversariales existentes en el término de la polaridad y así encontrar su lugar en el esquema total.

¹⁴ Algunos tribunales poseen el poder discrecional de nombrar un abogado defensor para un litigante indigente civil, pero rara vez lo utilizan. Ver *Dreyer v. Jalet*, 349 F. Supp. 452, 486 (S. D. Texas, 1972). La idea de que el litigante indigente civil debe tener derecho constitucional de contar con un abogado aparece en ocasiones en las opiniones disidentes de la Corte Suprema estadounidense. Para una investigación de este problema, ver "Note". 76 *Yale L. J.* 545 (1967).

¹⁵ Esta visión puede resultar útil, por ejemplo, como expresión del anhelo de cambios en el proceso legal en el marco de un Estado limitadamente activista (liberal). Donde el gobierno históricamente se ha visto limitado y los mercados han generado grandes inequidades económicas, el paso hacia una equidad sustantiva asume un tono que es a la vez ético y urgente.

iii. CONTROL DE LAS PARTES SOBRE LOS PROCESOS

El rasgo dominante del proceso de resolución de conflictos es que tiene control sobre las acciones procesales de las partes. Esta posición no es una gran novedad, y el control de las partes sobre el pleito es aceptado como una característica importante del sistema adversarial. Pero hay desacuerdos importantes acerca del alcance preciso del control de las partes (“¿hasta dónde puede llegar el dominio de los litigantes?”), y sobre la importancia relativa de sus diversos aspectos.

Existencia del pleito

El objetivo de la resolución de conflictos implica necesariamente que las partes decidan el comienzo de un pleito: hasta que una parte inicia una acción judicial, no hay indicaciones de que un conflicto esté maduro para su resolución. Por lo menos se hace esta concesión a reflexión teórica temprana sobre las formas de justicia dedicadas a la resolución de disputas. De modo similar, parecería que el control de las partes sobre la terminación de un pleito está implicado en el objetivo procesal: si, habiendo aceptado una acción civil o una acusación penal, la parte adversaria decide concederlo todo, el proceso diseñado para resolver disputas pierde su razón de ser y el tribunal debe aceptar la declaración de “juicio nulo”. O si en cualquier etapa del juicio los adversarios acuerdan retirar sus cargos ante el juez, el tribunal no tiene base legítima para insistir en que las ruedas de la justicia sigan en movimiento. Incluso entonces, la iniciación y el fin de un juicio “adversarial” a menudo han sido tratados de modo diferente, y se ha pensado que un estilo de competición puro es conciliable con el control judicial del final del proceso. Una vez iniciado el proceso, se ha argumentado, el control de las partes sobre la vida del pleito deja de ser sacrosanto. El prestigio del sistema judicial del Estado está aún en juego, y los litigantes sólo pueden desentenderse del proceso por autorización del tribunal.

Pueden darse varios argumentos convincentes en favor de que un tribunal esté autorizado a negar que se retiren las demandas o cargos, en interés de una buena administración de justicia. Pero sin importar el contenido de estos argumentos, sobrepasan el objetivo de la resolución de conflictos: como uno o ambos adversarios ya no están dispuestos a emprender una disputa, la continuación del proceso sólo puede ser impulsada por el deseo del Estado de cumplir un objetivo más amplio: un deseo sospechoso para la ideología del *laissez faire*. En sus variantes extremas, cerrar la salida del foro motiva la mayor preocupación, incluso el *torschlusspanik*. La ordenación privada deja de aparecer suprema; los ciudadanos pueden dudar de presentar sus pleitos a los tribunales del Estado, anticipando la posibilidad de que finalidades políticas mayores puedan imponerse a su estrecha controversia. De hecho, la existencia de un derecho no calificado de los litigantes a retirarse del foro estatal, incluso con el costo de ceder a las demandas del oponente, es una indicación importante de que el proceso legal en realidad está impulsado por energías que no superan el objetivo de la resolución de disputas. Incluso si, en un sistema mixto, la mayor parte de los arreglos procesales están en alguna medida dentro del estilo de indagación, ésta siempre puede verse frustrada si las partes conservan el mandato sobre el derecho de terminar el proceso. Nunca un pleito puede cambiarse de la resolución de conflictos a la implementación de políticas, contra la voluntad de los litigantes. Por esta razón un proceso que no requiere consentimiento judicial para retirarse del foro, está más cerca del modo “adversarial” puro de resolución de conflictos, que un proceso que apela a la autorización de la corte.

Los sistemas modernos angloamericanos y continentales se inclinan a conceder control sobre la vida de un pleito a las partes que están en situaciones comparables. Desde comienzos del siglo diecinueve, la doctrina continental ha reconocido el derecho indisputable de los litigantes civiles a terminar un proceso, cada vez que un caso admite la posibi-

lidad de un arreglo fuera de los tribunales.¹⁶ En el mismo período se adoptó también el principio de que la iniciación de un caso penal requiere un cargo procesal. En algunos países europeos, el entusiasmo por la forma adversarial fue tan fuerte, que el juez no tuvo más opción que interrumpir el proceso si el fiscal del Estado decidía desistir de la acusación.¹⁷ La situación en Norteamérica es esencialmente similar, aunque tal vez se exprese con menos claridad. En un caso civil típico, el juez no tiene poder para obligar a los litigantes a continuar su competición.¹⁸ De algún modo sorprendente para los europeos —que a menudo esperan encontrar formas adversariales extremas en los procedimientos del *common law*—, la mayor parte de las jurisdicciones norteamericanas dan poder al juez de un caso penal para revisar y rechazar una declaración de culpabilidad negociada entre el fiscal y la defensa.¹⁹ En situaciones excepcionales, cuando este alegato

¹⁶ Este conocimiento está ligado al reconocimiento liberal de la autonomía individual en la esfera de la ley civil. En el Antiguo Régimen la situación era otra. Es cierto que aun las primeras autoridades legales del canon romano hacían pronunciamientos generales con el fin de que el juez nunca actuara por su cuenta en los pleitos privados (*judex ex officio non procedit*), pero, una vez iniciado aquél, el juez era investido de importantes poderes para “velar porque la justicia se establezca”. Así, la relevancia práctica de tales pronunciamientos generales estaba reducida sobre todo al inicio de los pleitos (*nemo judex sine actore*). Para el proceso civil en la Sajonia del siglo diecisiete, ver B. Carpzov, *Jurisprudentia Forensis, Pars I, Constitutio 23, Def. 1, Rub. 15, 16* (Leipzig, 1663).

¹⁷ Aún es así en ciertas jurisdicciones centroeuropeas, como Austria. Con todo, el influyente sistema germano-occidental permite que el juez rechace la decisión del fiscal.

¹⁸ Los arreglos que conducen a la anulación de una causa se consideran como contratos privados, por lo que el juez sólo se negará a reconocerlos si contravienen el “orden público” (*public policy*). Esta visión se extiende a las sentencias de avenimiento. Por supuesto, cuando la sentencia de avenimiento implica al juez en el proceso de hacer cumplir la ley, los acuerdos entre las partes deben contar con el consentimiento judicial. Observemos, en todo caso, que un número cada vez mayor de temas parece verse ahora afectado por el interés público, por lo que el universo de casos susceptibles de arreglo libre se ha vuelto más difuso que antes.

¹⁹ Ver A. Goldstein, *The passive judiciary*, 9-24 (1981). Ya he dicho que esta facultad rara vez se ejerce (*supra*, n. 6).

no es aceptado, el fiscal del Estado y el acusado pueden verse obligados a luchar en el tribunal aun contra sus deseos expresos, o bien puede designarse un fiscal especial dispuesto a enfrentarse al acusado.

Formulación de las cuestiones de hecho

¿Quién habría de tener soberanía para determinar qué hechos deben decidirse en un pleito: las partes o el juez?²⁰ La respuesta está implícita una vez más en el propósito del proceso de resolución de conflictos: dado que el objetivo procesal es la resolución de disputas, los parámetros de la disputa deberían ser establecidos por los contendientes. El demandante o el fiscal eligen qué alegar; y el acusado decide qué debe aceptar y qué rechazar: lo que no es objeto de competición no debe ser objeto de prueba. Aunque el juez pueda tener buenas razones para considerar hechos que no están en disputa entre las partes, al hacerlo se volvería “inquisitivo” por sí mismo y dejaría de limitarse a resolver la controversia. Cuando al juez se le permite ir más allá que los alegatos de las partes, el interés del Estado en implementar sus políticas y programas puede posponer los intereses de las partes en resolver su disputa.

Aunque sea persuasivo a grandes rasgos, este argumento puede ser cuestionado en un análisis más ajustado. Los hechos que constituyen un derecho a disputa (por ej., tomar una suma de dinero como préstamo), pueden distinguirse de las “excepciones”: esto es, los hechos que niegan o restringen tal derecho (por ejemplo, el pago del total de una deuda, o parte de ella). En tanto que el control de las partes sobre la determinación de

²⁰ De lo que me ocupo aquí es de la exposición de los hechos en que se basan directamente demandas sustantivas (esto es, los “hechos esenciales”). Un problema aparte, que veremos más adelante, es la asignación del control sobre los hechos de significación meramente probatoria (por ejemplo, la prueba circunstancial, la coartada). Aquí el problema es el *ámbito* de los hechos que deben establecerse, más que el *modo* como los hechos deben investigarse.

hechos constitutivos no puede confrontarse en un modo de proceso de resolución de conflictos, la situación del control de las partes en casos excepcionales parece menos forzado. Se podría argumentar que mientras se es posible negar poder al juez para definir por sí mismo qué temas han de resolverse, debe conservar el poder necesario para juzgar con exactitud, y con ello el poder para introducir excepciones si llegado el caso, y en el marco establecido por las partes, hay la posibilidad de que existan dichas excepciones. Por tanto, si se ha pagado una deuda, ya no existe una obligación contractual; si hay un homicidio en defensa propia, no se ha cometido delito. Este razonamiento puede apoyarse en otros argumentos técnicos. Se puede argüir que las excepciones se han introducido implícita o tácitamente en el caso por la parte que alega un hecho constitutivo: si el fiscal acusa a una persona de homicidio, implícitamente está alegando todos los hechos necesarios para juzgar adecuadamente este cargo, incluida la ausencia de circunstancias que implicasen defensa propia. Así, al extender el ámbito de la adjudicación a las excepciones en sí mismas, el juez, de hecho, se mantiene dentro de los límites de la controversia delineada por las partes.²¹

Este argumento tiene poca fuerza persuasiva en una política extrema de *laissez faire*. El argumento supone un sistema judicial que busque exhaustividad basada en los hechos como objetivo independiente de la resolución de disputas entre los miembros de la sociedad civil. Pero el Estado reactivo no tiene este interés: si un litigante —por algún motivo que le incumba personalmente— decide no plantear una excepción disponible, el juez no tiene base legítima para plantearla por sí mismo.²² La autonomía de las partes en la

²¹ Para un recuento sofisticado y detallado de este argumento, incisivo respecto de los sistemas judiciales que se han alejado del *laissez faire*, ver M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. 1, 353-75 (Milán, 1962).

²² El estado reactivo adquiere un interés independiente en la precisión de los juicios si una decisión es capaz de emitir falsas señales acerca del sentido de la ley. Pero este peligro no está presente en el área de la exposición de los hechos.

gestión del juicio no debería verse interferida con un segundo supuesto, ni los intereses tácticos de los litigantes tal como los perciben, incluso si esta autonomía resulta en una distorsión substancial de lo que el juez considera una sentencia adecuada, basada en los hechos.

Pese a la tendencia reciente en los EE.UU. hacia una mayor implicación judicial en la marcha de los litigios, las actitudes extremadamente reactivas son difíciles de erradicar, y todavía son muy evidentes los vestigios de los arreglos puros de resolución de conflictos. Sorprende que emerjan incluso en temas penales, cuando uno podría esperar una insistencia relativamente fuerte en la exactitud de los resultados. En cambio, el sistema judicial penal a menudo parece satisfecho con establecer una simple base de castigo —a veces un mero esbozo de la falta real— dejando la delineación más precisa de los parámetros basados en los hechos a la iniciativa de las partes. El vehículo primario para llegar a este resultado es la declaración de culpa negociada. Siguiendo un trato entre el fiscal y la defensa, la base para una sentencia de cárcel puede ser un delito menor —y a veces totalmente diferente— al que se cometió en realidad. Mientras que el juez puede negarse a aceptar el trato, habitualmente queda satisfecho con persuadirse de que existe *alguna* base de hecho para sustentar con pruebas una falta y negociar una declaración de culpabilidad. Pero, incluso si hay un caso para juicio, se pueden encontrar vestigios del control de los individuos privados sobre los parámetros de la determinación de hechos. Aunque ahora los jueces tienen cada vez más poder para introducir recursos exculpatorios (defensas afirmativas) por su propia iniciativa, quedan temas íntimamente relacionados con la culpa y la inocencia, que pueden plantearse sólo si el acusado los plantea. Se cumple su decisión de que no se hagan algunas determinaciones, incluso si con ello se distorsiona el veredicto; se respetan sus elecciones tácticas, incluso si la política pública —tal como la expresa el derecho substantivo— se ve afectada negativamente. Por ejemplo, aunque en la mayoría de los sistemas legales del mundo la responsabilidad penal y la defensa por locura se

relacionan como un hecho constitutivo que se vincula con una excepción, en algunas jurisdicciones de los EE.UU. se prohíbe al tribunal plantear la defensa por locura *sua ponte*.²³ De este modo, incluso cuando las pruebas que apoyan el descubrimiento de enajenación son de un peso abrumador, de modo que parece apropiado un veredicto de inocencia por enajenación mental, el acusado que no plantea esa defensa puede ser encarcelado. Lo mismo ocurre en los casos de coacción, que no sea ajena a la culpabilidad (como cuando el delito es instigado por la policía, por ejemplo).²⁴ En consecuencia, y como lo permite la fuerte filosofía de *laissez faire* incluso las excepciones a un cargo pueden quedar en control de un individuo privado.

Se podría objetar que el derecho penal de los EE.UU., al contrario que la mayoría de los sistemas modernos, reconoce una diferencia genérica entre la responsabilidad penal y las defensas tales como coacción o enajenación mental. Se podría decir que en los EE.UU. un acusado loco, o un acusado que ha actuado bajo coacción sigue siendo culpable, de modo que estas defensas no deberían ser tratadas como auténticas excepciones en una acusación penal. Dejando de lado la réplica pedante de que el uso adecuado de estas defensas lleva a un veredicto de "no culpable", consideren en cambio lo que implica el alegato de una diferencia genérica subyacente entre la responsabilidad penal y estas defensas especiales. La demanda es un reconocimiento tácito de que el sistema de la justicia penal habitualmente se satisface con nociones de responsabilidad burdas, confiando la definición más afinada de responsabilidad a la libre empresa de las partes. En sentido amplio, un acusado loco puede ser "culpable"²⁵ (puede haber perpetrado un acto descrito como

²³ Ver *supra*, n. 12.

²⁴ Ver P. Johnson, *Criminal law*, segunda ed., 738 (1981).

²⁵ La idea se expresa a veces como un hallazgo de "culpa factual", lo que constituye un oxímoron o contradicción retórica, pues la culpa es un concepto evaluativo, no factual.

delito), pero en un sentido más refinado —respecto del cual podría insistir— también puede ser inocente. Que un individuo privado decida que una ley criminal pueda usar una medida de responsabilidad general o refinada es claramente una idea surgida del almacén ideológico del Estado de *laissez faire*: los individuos pueden decidir por sí mismos si ir o no a la cárcel.²⁶ *Volenti not fit iniuria*.

Formulación de las cuestiones de derecho

Puede parecer que el control sobre los parámetros legales del pleito es siempre responsabilidad del tribunal, sin considerar si el proceso judicial está dedicado a la resolución de disputas o a la realización de una política de Estado. El juez siempre debe determinar el alcance de las teorías legales que informarán la disposición del caso; toma "nota judicial" del derecho. Pero, ¿es así? Hay algo poco claro acerca de un sistema procesal que deja a las partes la definición de los parámetros que se basan en los hechos, y la definición de los parámetros legales, a los tribunales. Incluso en culturas jurídicas en que la distinción entre temas de hecho y de derecho se ha afinado cuidadosamente en la teoría, estos dos tipos de asuntos están tan entrelazados en la práctica que uno se pregunta cómo puede ser operativo un proceso que trata el control sobre ellos en forma radicalmente diferente. El problema merece ser observado con atención.

Las partes de un proceso de resolución de conflictos, como conformadoras soberanas de los temas relacionados

²⁶ Con la excepción de fuerza, la situación está claramente delineada: si se prueba, la excepción de fuerza llama a la absolución en caso que sea probada. Puesto que el veredicto de no culpable por razón de insanidad puede automáticamente derivar en un compromiso, puede argüirse que al acusado sólo se le ofrece la opción entre modos de confinamiento punitivos o curativos. Pero aun esta opción rara vez se ofrecerá a un individuo privado en un Estado que se sirva del proceso legal para buscar y aplicar la reacción óptima a un caso de crimen: es una decisión que debe confiarse a un representante del Estado.

con los hechos, deben orientarse a la decisión de la estrategia: qué aceptar y qué rebatir. Como esta orientación es imposible sin la teoría legal del caso, las partes están forzadas a plantear argumentos jurídicos y extender su disputa a temas jurídicos. Por lo menos en las primeras etapas de un pleito, el juez tiene pocas oportunidades de participar en la formulación de cuestiones jurídicas: no está familiarizado con los hechos. Supongamos que después de un tiempo comienza a delinear su propio curso, y se sale de los parámetros jurídicos fijados por los litigantes, buscando la mejor teoría legal del caso. Pero como está limitado a los hechos alegados por las partes, su investigación jurídica independiente a menudo será vana. Su teoría puede requerir que se afirmen hechos que los litigantes se niegan a introducir en el caso. Incluso si se mantiene estrictamente dentro de la disputa, su abortada aventura más allá de las teorías jurídicas planteadas por las partes, puede minar la integridad del proceso de resolución de conflictos. Cada vez que expanda el marco de los temas legales, entrarán en el caso elementos potencialmente dispositivos, independientemente de la competición de las partes, y la parte desfavorecida por la teoría preferida por el juez puede creer que éste ha favorecido al adversario injustamente. Siendo cierto que el daño potencial puede contenerse sometiendo la teoría independiente del juez a la competencia de las partes, la parte favorecida no debe decir nada acerca de la teoría: "el equilibrio de ventajas" ya se ha inclinado en su dirección por la acción independiente del tribunal. En suma, un sistema procesal que confía la definición de las cuestiones de hecho a las partes y la formulación de los temas jurídicos al juez (o a alguna otra parte), invita a que surjan problemas serios. Si todos los actores forenses, cada cual en el dominio que se le ha asignado, ejerce vigorosamente sus prerrogativas, es probable que el proceso jurídico se paralice. Por tanto es más probable que alguien ceda. O bien el juez evitará investigar el derecho por sí mismo, o los litigantes se someterán a la presión judicial para introducir los hechos requeridos por la teoría legal del tribunal. No hay

duda sobre cuál alternativa está más cercana a la ideología del Estado reactivo: someterse a la presión judicial es repugnante para una doctrina que alaba la autonomía de los litigantes; hacer que el juez sea pasivo, no lo es. Tampoco es anómalo el poder de las partes sobre la gama de teorías judiciales, en la perspectiva del Estado reactivo. Bajo esa luz, las partes son soberanas para definir los derechos por reivindicar; si un demandante invoca la recuperación contractual y el juez independientemente encuentra que hay un agravio, se ha adjudicado una disputa sobre derechos de modo diferente al contemplado originalmente por los litigantes.

Por lo tanto, deben corregirse las impresiones iniciales sobre la responsabilidad de enmarcar temas jurídicos en el proceso puro de resolución de conflictos: mientras más se apoye el tribunal en las partes para definir asuntos jurídicos y ofrecer teorías jurídicas aplicables, el pleito se aproximará más al modo puro de resolución de conflictos. Idealmente, el juez decide el caso dentro de los límites jurídicos prescritos por las partes.

Quienes se inclinan a creer que este ideal no está reflejado en los procesos reales, deberían considerar hasta qué punto los jueces del *common law* siguen apoyándose en las partes (esto es, en sus abogados) para ofrecerles autoridad jurídica y desarrollar argumentos jurídicos. Incluso si un juez "se da por informado del derecho local, esta doctrina nunca ha adquirido tanta fuerza como para *requerir* una investigación legal autónoma por parte del juez, especialmente en el juicio. En vez de embarcarse en viajes solitarios de descubrimiento jurídico, los jueces siguen esperando asesoría para que las partes desarrollen el derecho para el caso mediante información adversarial y argumentos. Hasta hace muy poco, en muchas jurisdicciones del *common law*, se ha discutido si el juez podía invocar una autoridad jurídica que las partes no habían citado. Muchos jueces ingleses siguen considerando impropio apoyarse en un precedente o un argumento jurídico que el abogado de las partes no haya sondeado; si al juez le parece que las partes han pasado por alto un poder

importante, dejará que haya más vistas del caso.²⁷ El no plantear un punto de derecho en un juicio de primera instancia, a menudo podrá impedir a una parte hacer valer en la apelación un error jurídico fundado en el punto omitido.²⁸

La continua influencia de los abogados en las instrucciones jurídicas que dan los jueces norteamericanos al jurado penal es comparativamente impactante. Por ejemplo, cuando el abogado está de acuerdo en que no ha de darse una instrucción en particular, es típico que el juez respete ese acuerdo, incluso si los hechos que apoyan esa instrucción son claramente evidentes. La mejor ilustración de esto se da en un juicio por homicidio: si la defensa se opone a una instrucción por homicidio no premeditado —y el fiscal no objeta— raras veces el juez dará esa instrucción por sí mismo. Respetará los intereses tácticos de la defensa jugando a que el jurado, confrontado con la dura alternativa de sentenciar por asesinato o declarar inocente, elegirá esta última, en tanto que en otro caso podrían acordar un veredicto de homicidio no premeditado. Una vez más, si los propios litigantes no insisten en afinar el derecho aplicable al caso, el sistema quedará satisfecho con un resultado muy rudimentario.²⁹ En suma: el grueso de la información jurídica, y los hechos del caso, llegan al juez angloamericano a través del filtro de los argumentos de las partes.³⁰

²⁷ Ver P. S. Atiyah, "Lawyers and rules", 37 *Sw. L.J.* 545, 549 (1983); J. P. Dawson, *The oracles of the law*, 98 (1968).

²⁸ Ver McCormick, *Evidence*, tercera ed., 939 (1984).

²⁹ Si la apuesta, aun siendo razonable, falla, los tribunales de apelación en algunas jurisdicciones estadounidenses se niegan a revertir la condena por asesinato en razón de la doctrina del "error invitado". Ver P. E. Johnson, *Criminal law*, 435, n. 4 (1975).

³⁰ El rol de las partes en proporcionar el derecho aún más vasto en el campo de las leyes extranjeras. Ver, entre otros, J. H. Merryman, "Foreign law as a problem", 19 *Stan. J. Int. L.* 151, 170 (1983). Sin embargo, no quiero sugerir que el juez de la *common law* sea igualmente dependiente de los argumentos de las partes en los aspectos fácticos como en los legales; no puede negarse que existe menos confianza en la discusión de los argumentos legales.

En contraste, en el continente, el acopio judicial independiente de las premisas jurídicas del juicio, aumentaron en proporción al número de profesionales con formación jurídica profesional en la judicatura. *Da mihi factum, dabo tibi ius* (denme los hechos y yo, el juez, les daré el derecho) se ha hecho una máxima de la jurisprudencia continental, que se remonta al siglo dieciséis.³¹ Supongamos que esta máxima hubiese debido aplicarse a un juicio inglés con jurado, donde se debiese imaginar al juez (jurado lego) diciendo: "Denme el derecho, y yo les daré los hechos". Una implicancia de esta máxima jurídica continental fue que el tribunal tenía justificación para sentenciar un caso sobre la base de una teoría que ninguna parte había planteado. Además en muchos sistemas continentales, el juez puede decidir legítimamente un caso sobre una teoría legal no sometida al argumento de los abogados: *jura novit curia*. Es significativo, no obstante, en la estela de las reformas liberales del siglo XIX, que algunos países continentales comenzaran a requerir que los jueces se limitaran a las teorías jurídicas planteadas por los litigantes.³² Sin embargo siguió siendo deber del juez —parte de su *officium*— identificar las fuentes de derecho relevantes a la luz de estas teorías. En este punto, entonces, el personaje de autoridad judicial tradicional en el continente era quien impulsaba una realización más completa de las disposiciones procesales correspondientes al ideal de resolución de conflictos.

³¹ Máxima que en su origen se aplicaba sólo a la ley romana y canónica, en las cuales se entrenaban los jueces, no al derecho consuetudinario ni a las ordenanzas ciudadanas, que los jueces desconocían. El origen de la visión de que los jueces deben realizar su propia indagación en el cuerpo legal, independientemente de los litigantes, se remonta a los juristas del siglo doce, quienes ya distinguían la facultad del juez para "añadir" (*supplere*) a las teorías legales de las partes, así como a los alegatos sobre cuestiones de hecho. Ver K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit*, 18 (München, 1967).

³² Ver R. Schlesinger, *Comparative law*, tercera ed., 304 (1970). En las causas penales, el juez llegó a estar obligado sólo por las premisas de hecho de los cargos, no por la "clasificación legal" de estos hechos por parte del acusador.

El ámbito personal del litigio

El proceso de resolución de conflictos se caracteriza por las barreras contra la extensión del juicio por el tribunal a personas que no sean las partes originales. Una demanda se relaciona estrictamente con la violación de derechos personales; no es suficiente un planteamiento general en el resultado procesal. El litisconsorcio de las partes se limita principalmente a situaciones en que los litigantes originales comparten un derecho substantivo con otras personas, de modo que la extensión del pleito es inevitable. En efecto, una señal indicativa de que un proceso está perdiendo su carácter de resolución de conflictos es que el requisito de una posición rígida se debilita, con poderes adicionales que permiten al tribunal añadir otras partes al pleito.

Esta renuencia a ir más allá de los parámetros personales de la disputa original, una vez más puede relacionarse con la visión de la administración de justicia en el Estado reactivo. Cuando el juez añade partes adicionales al proceso, aquellas que fueron las primeras en poner en marcha el pleito, pueden perder el control de las acciones procesales. Los recién llegados pueden insistir en estrategias jurídicas que chocan con las adoptadas por los iniciadores del caso. Cuando los derechos de las partes originales y las nuevas se entretrejen, las partes originales pueden incluso tener prohibido retirar su pleito del tribunal, puesto que su decisión de abandonar el foro no afecta sólo sus propios intereses. Pero esto no es todo. A menos que se mantenga dentro de límites estrechos, el poder judicial para expandir el litigio puede tener implicancias ominosas para los que creen en el Estado pasivo. Habiendo adoptado una visión de la buena vida, el juez puede identificar problemas sociales más amplios, de los cuales la disputa precipitante parece ser sólo un síntoma, y entonces pueden intentar remediar algunos de esos problemas eligiendo como partes adicionales a los individuos más instrumentales con respecto a la promoción del bien mayor que percibe. En un escenario extremo, el juez sigue la visión de la buena vida adoptada por el Estado: en casi todas las

disputas se detectan sistemáticamente implicancias mayores, y el juez se convierte en un Prometeo desencadenado.³³

Alivio o sanción

Cuando se ha establecido la violación de un derecho, el proceso de resolución de conflictos se extiende típicamente de disputa sobre un derecho a disputa sobre un remedio propuesto.³⁴ Y del mismo modo que el juez no puede ir más allá de los parámetros establecidos por las partes para el primer nivel de su disputa, tampoco puede desatender esos parámetros en la segunda fase de la controversia. Si excediere el ámbito del premio o sanción propuestos, o intentar elegir libremente el remedio apropiado, dejaría de ser un simple encargado de resolver conflictos. Una vez más la ideología del Estado reactivo apoya la pureza del proceso de resolución de conflictos. Con algunas limitaciones estatuta-

³³ La tendencia general en el siglo veinte hacia un gobierno más activo se acompañó de una relajación de los requerimientos para comparecer en juicio; a medida que se hacían visibles implicaciones mayores de los litigios, diversas formas de intervención en los pleitos fueron extendiendo sus tentáculos. Donde la autoridad judicial es de tipo jerárquico-burocrático, es especialmente donde persisten las actitudes legalistas lógicas, y el intento de ampliar los pleitos halló serios obstáculos. Allí donde se lo permitió, la ejecución judicial de intereses más vastos parece de modo más natural monopolio de una burocracia especializada o de una serie de defensores del pueblo (*ombudsmen*). Lo que se teme es que incorporar a muchos individuos a un solo litigio pueda convertir disputas contenidas al ámbito legal en conflictos ampliados y de este modo "politizar" de modo indebido la administración de justicia. Para Alemania, ver N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, seg. ed., 122 (Darmstadt, 1975). En Estados Unidos, donde la jerarquización judicial es comparativamente modesta y el reclutamiento de individuos privados en el sistema judicial retiene mucha de su fuerza tradicional, todo predispone a la ampliación liberal de los pleitos (acciones de clase, etc.) y al fácil alistamiento de formas combativas de justicia al servicio de intereses mayores.

³⁴ Siguiendo a la determinación de un perjuicio, si la demanda por reparación se mantiene incontestada, se vuelve ejecutable en ausencia de procedimientos independientes, pues el motor indispensable de los procedimientos —la disputa— falta.

rias, los ciudadanos que inician un pleito son soberanos para decidir cuál forma de alivio conviene a sus intereses. Cuando a un funcionario se le permite una segunda conjetura de la propiedad de la demanda para reparación, el interés del litigante siempre puede ser apoyado por el deseo del Estado de poner en práctica una visión del bien público. El proceso judicial ya no serviría como instrumento para la resolución de una disputa en la sociedad civil, y se convertiría en una actividad administrativa o en ocasión de llevar a cabo una política estatal.

Pero del ideal del Estado minimalista emana algo más que el control del litigante del proceso de reparación. Este ideal también implica una preferencia por remedios que no requieren una línea continuada de conducta de la parte perdedora. Para imponer esa conducta —*cogere ad actum*— llama a una supervisión permanente y una serie de medidas incidentales, implicando así al Estado en actividades administrativas. Esto, por supuesto, se aparta del ideal de un Estado que se imagina como árbitro, y no administrador. Para esos Estados los remedios en entredicho dirigidos a la transformación de la sociedad son abiertamente repugnantes: los Estados reactivos sostienen el apoyo a las prácticas y expectativas sociales existentes, antes que el compromiso con dar forma a otras nuevas.³⁵

En el continente, el control de los litigantes civiles sobre el proceso de reparación era indisputable mucho antes del surgimiento de la ideología liberal. Ya los académicos medievales pensaban que ese control era "natural" en el contexto de la justicia civil y que era axiomático en procedimientos diseñados para la resolución de disputas. *Ne eat iudex ultra petita* (el juez no debe exceder lo pedido) fue uno de los pocos adagios no controvertidos del derecho civil continental. Sólo después del advenimiento de Estados comunistas en Europa del Este, los jueces recibieron poderes para desaten-

³⁵ Donde parece necesario algún tipo de desagravio por mandato judicial, debe mantenerse al mínimo posible, esto es, en los casos de inminente amenaza o perjuicio de un derecho claramente definido.

der las demandas de los litigantes civiles, poderes relacionados con la negativa motivada ideológicamente de que no existe ninguna controversia jurídica que no afecte los intereses superiores del Estado.

Sorprendentemente, conceder el control del proceso de reparación es más incierto en los países angloamericanos. El alivio equitativo (que ha de ser considerado un componente de la justicia civil) siempre fue muy flexible: el canciller podía diseñar o reescribir su decreto con gran independencia de las partes. Siguiendo la fusión de *equity* y *common law* —que para muchos observadores parece una victoria de la *equity*—³⁶ fue difícil identificar cualquier derecho firme de los litigantes en el proceso de reparación: las rígidas normas legales que podían generar dichos derechos, fueron suavizadas por la discrecionalidad judicial ubicua. En la actualidad, en los procesos civiles los jueces norteamericanos tienen un poder discrecional para conceder la reparación de los daños superiores a las cantidades solicitadas, e incluso otorgar reparaciones no demandadas explícitamente.³⁷ ¿Es posible, se preguntan los continentales, que los procesos civiles norteamericanos —supuestamente los depositarios de la forma adversarial pura— se desvíen en este punto dramáticamente de las disposiciones del modo de competición? Pero la desviación es más aparente que real: uno no debería saltar a la conclusión de que los jueces norteamericanos usan su poder en casos civiles ordinarios, esto es, en aquellos casos en que el activismo judicial les parecería extraño a los abogados continentales tradicionales. No son tomados en cuenta las peticiones de reparación en aquellos pleitos afectados por intereses trascendentes (litigio de interés público), temas que frecuentemente quedan fuera del ámbito de los procedimien-

³⁶ Ver la mordaz observación sobre este punto de A. Pekelis, "Legal techniques and political ideologies: A comparative study", 41 *Mich. L. Rev.* 665, 690 (1943).

³⁷ Ver Fed. R. Civ. P. 54(c), 15(b). Las incertidumbres respecto del control de las partes sobre el proceso de reparación en Estados Unidos se detallan en F. James y G. Hazard, *Civil procedure*, seg. ed., 82-84 (1977).

tos civiles continentales. Sobre este punto, en un proceso en que tanto depende de la forma en que se ejerce el poder judicial y en que hay tan pocas líneas claras, ocasionalmente los jueces norteamericanos podrían sentirse tentados a no tomar en cuenta las demandas de las partes, incluso en casos en que esas acciones independientes fuesen claramente prohibidas a sus contrapartes continentales. Aquí, por tanto, volvemos a tener un ejemplo de un aspecto de la administración de justicia en que el carácter tradicional de la autoridad del *common law*, antes que facilitar la evolución de sus formas adecuadas para la resolución de conflictos, en realidad obstaculiza su desarrollo. La línea fronteriza de la autonomía de las partes no siempre puede discernirse claramente en el claroscuro de la discreción judicial.

Los casos penales son una historia diferente. Se piensa que es completamente inaceptable, incluso absurdo, en los sistemas continentales, dejar que el acusador y la defensa controlen la elección o la dosificación de la sanción penal. Dejar que el acusado negocie con los funcionarios del Estado en este punto, parece comprometer la prerrogativa soberana del Estado de dispensar justicia penal. Aunque es cierto que en varios sistemas continentales se espera que el acusador público recomiende una sentencia en particular, el juez no está vinculado por su recomendación y evalúa la sentencia de modo independiente. En los EE.UU. las sentencias dictadas son instrumentos de negociación que se usan abierta y libremente, tanto por el fiscal como por la defensa, para llegar a lo que podría llamarse sentencia consensuada: el interés del Estado en la realización de una política respecto al crimen, no apoya los intereses del acusado penal, mejorando su suerte, y los dos intereses pueden llegar a una confrontación legítima, como si estuviesen implicados dos intereses privados equivalentes.³⁸

³⁸ Aunque el juez puede rechazar la negociación entre acusador y acusado, en la práctica no suele interferir. En contraste con Estados Unidos, donde la negociación entre querellado y querellante está sobre la mesa, en Inglaterra parece una práctica subrepticia. Ver J. Baldwin y M. McConville, *Negotiated justice: Pressures to plead guilty* (1977).

Búsqueda de pruebas

A menudo se ha dicho que el método competitivo de toma de pruebas es tan central para el proceso adversarial que casi no puede analizarse sin incluir prácticas como el examen de los testigos por las partes adversarias.³⁹ De hecho, el control de las partes sobre la toma de pruebas es mucho menos crucial para el proceso de resolución de conflictos que el control de las partes sobre la definición de temas de hecho. Cuando las partes dejan de decidir cuáles son estos temas, el proceso judicial deja de servir al objetivo de resolución de disputas. Pero el control de las partes sobre la toma de pruebas, de modo similar, no puede relacionarse al propósito que anima los procedimientos: un pleito puede permanecer dedicado a la resolución de disputas, incluso si se quita a los litigantes el control sobre aspectos importantes de la búsqueda de pruebas, transfiriéndolo a un protagonista procesal independiente de las partes y en este sentido, imparcial. Una buena ilustración es la variante clásica del procedimiento civil continental: los litigantes ejercen un control indisputado sobre los parámetros del pleito basados en los hechos, pero el juez decide la secuencia para llamar testigos, y será él quien los interrogue.⁴⁰

Pero si el estilo de competición de la toma de pruebas no es una condición *sine qua non* del proceso de resolución de conflictos vinculado conceptualmente a su objetivo, aún puede ser visto como parte integral de este proceso, correspondiendo a la panoplia total de sus formas, en la medida en que sea mejor para los objetivos del proceso que otras alternativas. ¿Puede decirse lo mismo del control de las partes respecto a

³⁹ Es así entre los comentaristas que ven el proceso adversarial como el receptáculo de rasgos efectivamente adoptados por los sistemas angloamericanos. Ver R. M. Jackson, *The machinery of justice in England*, sexta ed., 18-19 (1972); M. Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, 8 (Padua, 1979).

⁴⁰ Para las limitaciones de las facultades judiciales de acopio de pruebas en el procedimiento civil continental, ver *infra*, n. 49 y 50.

hallar pruebas? El proceso ¿se desarrolla con mayor fluidez cuando las partes, o sus abogados, se hacen cargo de la toma de pruebas y otras actividades relacionadas con esto?

La mejor manera de encontrar respuesta para este tema es el examen de algunas de las dificultades relacionadas con el proceso de resolución de conflictos si la responsabilidad de la búsqueda de pruebas queda en manos de una institución independiente, el encargado de resolver conflictos o un funcionario que lleve a cabo una investigación de hechos e informe al órgano decisorio. Para llevar a cabo una investigación centrada, ha de adoptar una hipótesis o supuesto inicial que —en una disputa con dicotomía— necesariamente favorezca a una parte respecto a la otra. Por lo tanto es posible que la parte menos favorecida por este supuesto considere la investigación de los hechos llevada a cabo por el funcionario como un *parti pris* sutil. No hace diferencia si el funcionario que investiga busca confirmación de su supuesto inicial o (una alternativa menos probable) emprende una búsqueda popperiana para refutarlo. En cualquier caso, una parte puede comenzar a perder la fe en la neutralidad del investigador. Esta posible erosión de la fe se acelera cuando el funcionario intenta verificar la exactitud de la información confrontando vigorosamente a su informante: cuando encuentra un testigo que testifica en favor de una parte, la otra puede pensar que el funcionario está ayudando a su adversario.

Acaso sea más inquietante el problema de definir los criterios para establecer que las pruebas reunidas por el funcionario investigador son suficientes. Si los niveles para determinarlo son muy exigentes, las disputas quedarán sin solucionarse y no se alcanzarán los objetivos procesales, especialmente en un Estado reactivo, donde sólo llega a los tribunales el residuo de los casos difíciles. Las reglas para la carga de pruebas y presunciones debe estar diseñada de modo de resolver las incertidumbres respecto a los hechos. Observemos, no obstante, que un Estado reactivo puede emplear estos instrumentos con gran parsimonia: el riesgo de dar veredictos erróneos basados en los hechos, no puede distribuirse de modo desigual entre los litigantes basándose

en políticas, esto es, basándose en alguna teoría de segundo orden del bien social. Alegando neutralidad en los conflictos sociales, el Estado reactivo no puede adoptar ni siquiera esas teorías de segundo orden; se niega a tratar una parte de la disputa como más valiosa o meritoria que la otra.⁴¹ Lo que queda, entonces, es la carga de las reglas de las pruebas y las presunciones predicadas sobre meras probabilidades: los hechos, algunas veces, se toman como —aunque sin estar enteramente probados— lo más cercano a la verdad.⁴² Pero incluso la utilización de estos instrumentos es algo extraña. Basar una decisión en el peso de la regla para las pruebas, es como decir a un litigante que ha perdido la competición porque no tuvo éxito en el manejo de sus pruebas. Si él mismo está a cargo de probar los alegatos, y fracasa, esta forma de hablar adquiere mucho sentido. Pero en cuanto un funcionario se hace responsable de añadir pruebas, ya no es apropiado —aunque sea común— justificar los hechos comprobados en términos de cargos sin sustento, o requerimientos no cumplidos por los litigantes. Si algún protagonista del proceso no ha conseguido sostener un cargo, debe ser el propio investigador oficial. En esta situación, se justifica que el perdedor del juicio abrigue la creencia de que podría haber ganado si le hubiese permitido ser el único que manejara sus pruebas. Un sistema procesal en que los argumentos quedan legitimados por la victoria en una competición justa, probablemente no tomará estas reacciones a la ligera. La fe

⁴¹ Lo contrario es cierto, por supuesto, cuando un gobierno activista intenta posicionar los intereses de ciertas clases de ciudadanos, si es necesario a expensas de otras. Aun la presunción de culpa puede justificarse bajo ciertas circunstancias. "He discutido de modo sensato y categórico qué es mejor, si enviar a prisión algunas decenas o cientos de instigadores, culpables o inocentes, o perder a miles de trabajadores y soldados. Lo primero es preferible. El interés de los trabajadores (...) debe prevalecer" (Lenin, 23 *Sochineniia*, tercera ed., 241 (Moscú, 1935).

⁴² ¿Qué ocurre si la prueba es equitativa? Puede parecer que en tal situación un gobierno que persigue mantener el equilibrio social se inclinará por el litigante cuya victoria acarree el menor cambio posible en las relaciones establecidas.

de los ciudadanos en la eficacia y la justicia de la administración de justicia, puede verse afectada adversamente.

La plausibilidad de la queja del perdedor ("Yo hubiese proporcionado mejores pruebas") se refuerza grandemente por la dificultad en dar incentivos adecuados para una búsqueda de pruebas oficial enérgica. Recuerden que las partes conservan su derecho de decidir qué hechos habrán de someterse a prueba y que siempre pueden eliminar hechos que están en proceso de ser probados del marco de la controversia. Recuerden también que siempre podrán reemplazar las pruebas oficiales con las estipulaciones contrarias de una prueba. No es fácil para un funcionario ser un investigador dedicado de la verdad si los litigantes pueden interrumpir sus esfuerzos en cualquier momento, o invalidar los frutos de su esfuerzo. ¿Cuántos funcionarios son capaces de combinar la devoción a un proyecto con una indiferencia propia de Montaigne acerca de su futilidad inminente? Es cierto que el sistema puede tratar de compensar la ausencia de satisfacción intrínseca en el trabajo del investigador recompensándolo adecuadamente, incluso si sus esfuerzos se ven frustrados. Pero estas recompensas son una proposición costosa. Sólo tienen sentido si la búsqueda de pruebas por un investigador imparcial se considera claramente superior a la toma de pruebas gestionada por las partes. En esta conexión, llama a la reflexión anotar que los abogados con experiencia en litigios transnacionales han encontrado que la búsqueda de pruebas en los procesos civiles continentales es mucho menos profunda y enérgica que en los países con *common law*.⁴³ En tanto

⁴³ Ver R. Schlesinger, *Comparative law*, cuarta ed., 328 (1980). Los pleitos penales continentales son otra materia: allí, la determinación de los hechos parece implacable a los ojos de los observadores de la *common law*, quizás vigorosamente penetrante: "El espíritu deportivo, la noción del derecho como un juego de destrezas con desventajas que se conceden a cada parte para darles una oportunidad, está del todo ausente" (S. Bedford, *The faces of justice*, 163 [1961]). En materias penales, sin embargo, los investigadores continentales pueden llamar a testigos por cuenta propia, las estipulaciones de las partes están prohibidas y, de modo más general, la eficiencia en la detección del crimen es satisfactoria para el indagador.

que el ánimo menos "inquisitivo" de los continentales en esta esfera puede atribuirse a una diversidad de factores, uno de ellos bien puede ser el poner el control del proceso entre el juez civil y los litigantes. En tanto que el primero monopoliza los interrogatorios de testigos, los últimos deciden qué testigo llamar y son soberanos para determinar los temas de hechos comprobados.

Si a las partes, ya en control de los parámetros de hechos y judiciales, también se les permite hacerse cargo del proceso de las pruebas, no aparece la dificultad que acabo de mencionar. La posición imparcial de la autoridad procesal se mantendrá mejor si los funcionarios no emprenden una investigación activa de las pruebas y se limitan a arbitrar la empresa competitiva de búsqueda de pruebas por parte de los litigantes. Se pueden resolver los temas conflictivos respecto a los estándares adecuados para la suficiencia de las pruebas más fácilmente; cuando hay incertidumbre respecto a los hechos, se puede otorgar un juicio a la parte que ha presentado mejores pruebas. Porque el proceso de las pruebas está impulsado por el propio interés de las partes, no hay una falta de incentivo para acciones de pruebas enérgicas. Existe otra ventaja algo oculta. Cuando las partes manejan sus propias pruebas, pueden violar las reglas de toma de pruebas. Si esta violación afecta el resultado —y en casos estrechos puede exigirse de modo plausible— el juez puede sancionar al litigante ofensor con una decisión adversa: como si por cortesía de una mano invisible, se le proporciona con esto un mecanismo para decidir casos difíciles sin tocar los méritos.

¿Pero qué hay de la exactitud de la determinación de hechos comprobados en el proceso dominado por las partes? En tanto que los litigantes, actuando en su propio interés, no carecen de incentivos para actuar, también pueden sentirse motivados a ocultar la verdad. Una hábil orquestación de las pruebas más bien puede obscurecer antes que clarificar lo que ha ocurrido en realidad. Incluso suponiendo que ambas partes son honestas ¿la precisión de investigación de pruebas competitiva no depende de la capacidad de los contendientes más o menos igual para utilizar las fuentes de pruebas,

de modo que cuando una parte es menos diestra, el juicio puede ser erróneo? La respuesta a estas preguntas lleva inexorablemente a una evaluación de los méritos relativos a la presentación de pruebas partidaria y no partidaria, como instrumentos en la búsqueda de la verdad.⁴⁴ Afortunadamente, no tenemos que analizar aquí este problema casi inabordable, sobre el cual hay una disputa cuyo vigor no ha menguado durante más de dos siglos, porque el problema, en este contexto, es una entelequia. Se relaciona sólo si se asume que el proceso judicial, sin importar sus objetivos o apoyos políticos, inevitablemente favorece el estilo de búsqueda de pruebas que tengan más posibilidades de ofrecer resultados precisos. Pero esto no es así. Una reflexión de un momento sobre la relación entre el deseo de resolver una disputa y el deseo de establecer el verdadero estado de las cosas, bastará para confirmar este punto. Es una antigua percepción que la verdad puede engendrar odio y exacerbar un conflicto, porque decir la verdad con frecuencia ofende. Un proceso judicial orientado a maximizar el objetivo de la resolución de disputas no puede, por tanto, aspirar simultáneamente a maximizar la investigación de pruebas exhaustiva.⁴⁵ De hecho este proceso no busca precisión en los hechos comprobados como objetivo independiente para la resolución de disputas, incluso dentro del estrecho margen definido por las partes. El veredicto en el modo de resolución de

⁴⁴ Ver M. Damaska, "Adversary presentation of evidence and factfinding precision", 123 *U. Pa. L. Rev.* 1083-1106 (1975). La ciencia empírica se ha unido recientemente al combate, pero, como era de esperar, no ha surgido una respuesta clara a este complejo problema; los supuestos ideológicos a menudo se contrabandean en el diseño de proyectos empíricos. Hay un panorama de la investigación reciente en B. Sheppard y N. Vidmar, "Adversary pretrial procedures and testimonial evidence", 39 *Journal of Personality and Social Psychology* 320 (1980). Ver también B. Schunemann, "Experimentelle Untersuchungen zur reform der Hauptverhandlung im Strafsachen", en H. Kernerr, H. Kury y K. Sessar, eds., *Deutsche Forschungen zur Kriminalität-senstehung und Kriminalitätskontrolle* (1983).

⁴⁵ Ver N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, seg. ed., 21 (Darmstadt, 1975).

conflictos no es tanto un pronunciamiento sobre el auténtico estado de las cosas, sino una decisión que resuelve el debate entre las partes, como un tratado de paz que pone fin a un combate. En consecuencia, incluso si se demostrase que la búsqueda de pruebas dominada por las partes descubre la verdad con menos eficacia que la investigación imparcial, esta demostración no excluye por sí misma la posibilidad de que el método de pruebas competitivo pueda seguir siendo la forma preferida en el proceso de resolución de conflictos.

Ha de concederse que muchas teorías influyentes del derecho rechazan este estrecho vínculo de resultados deseables, con la resolución de conflictos. Preparados para conceder que la verdad no es condición suficiente para alcanzar el resultado que se desea, insisten, sin embargo, en que es una condición necesaria. Pero una vez más la ideología del Estado reactivo apoya la perspectiva estrecha de la resolución de conflictos, y por lo tanto, también a un modelo puro de procedimiento de resolución de conflictos. No debe conjeturarse la posibilidad de que formas extremas del *laissez faire* se apoyen en concepciones de la verdad más como producto de un debate que como espejo de la realidad.⁴⁶ Para mis propósitos basta con recordar que el Estado reactivo no es nunca "inquisitorial" acerca del estado de las cosas real independientemente de la interacción de sus ciudadanos, incluso en aquellos segmentos de la realidad que los ciudadanos eligen llevar a los tribunales como tema de disputa. El Estado no tiene intereses ante los cuales debería sacrificarse el autostado privado; la autonomía individual es su prioridad más alta, y como resultado, pone límites significativos a la búsqueda de la verdad. Además, ya que sólo hay litigios de casos difíciles, la "verdad", sin importar cómo sea concebida, tiende a aparecer elusiva y ambigua. Por lo tanto, inspirados por la ideología del Estado reactivo, el proceso de resolución de conflictos es indiferente a las cosas como fueron en realidad: *wie es eigentlich gewesen*. Habiendo ya concedido

⁴⁶ Ver *supra*, cap. 3, n. 7.

el control sobre los parámetros de los hechos del juicio a las partes, también les permite hacerse cargo de proporcionar las pruebas dentro de estos parámetros.

¿Cómo se comparan en las jurisdicciones angloamericanas y continentales la búsqueda de pruebas con la forma pura de resolución de conflictos? Para apreciar enteramente este problema, el campo no debería limitarse al nivel más visible de la toma de pruebas en la audiencia, sino que ha de cubrir una variedad de actividades anteriores, como la selección de pruebas utilizables, la planificación de la secuencia de pruebas, incluso la búsqueda de información que lleve a la prueba. En los litigios angloamericanos, tanto civiles como penales, todas estas actividades preparatorias están en manos de los litigantes, antes que en alguna institución investigadora independiente. Incluso si sucede que el querellante o el acusado es un funcionario (la policía, el fiscal del Estado) que simbólicamente sirve el interés público, las actividades preparatorias invariablemente sufrirán la influencia del juicio que se anticipa, adquiriendo, por ello, tonos partidarios. Por ejemplo, el funcionario puede intentar guardarse alguna información de importancia, para dificultar los preparativos de la otra parte. En la variante norteamericana del *discovery* civil, incluso la búsqueda de información se convierte en un compromiso partidista de interrogatorio directo y repregunta por parte del abogado defensor.

En el juicio, el estilo competitivo de toma de pruebas se considera habitualmente como característico del proceso del *common law*. No obstante, de manera algo irónica, es en este nivel en que puede producirse una desviación considerable de la búsqueda de pruebas controlada por las partes. Los jueces norteamericanos, tanto en casos civiles como penales, tienen poder para llamar testigos bajo su propia iniciativa participando algunas veces en el proceso de interrogatorios; a menudo proclaman su devoción por el descubrimiento de la verdad, y algunos llegan a expresar que esperan objetividad de todos los funcionarios que asumen los papeles de las partes. Pero cuando todo ha sido dicho y hecho, pocos podrían estar dispuestos a negar que

la toma de pruebas en las salas de justicia de los EE.UU., sigue siendo claramente una empresa dominada por las partes. Los poderes jurídicos de interrogatorio y especialmente aquellos de iniciativa en la toma de pruebas sólo se usan como último recurso cuando fracasan las presentaciones dirigidas por las partes; incluso entonces, estos poderes se utilizan con pies de plomo y dentro de límites estrechos. Tampoco un funcionario *qua party* se inclinará a asumir una postura tan fuertemente no partidaria como para centrarse en una línea de investigación que perjudique su caso, aunque sea propicia para el descubrimiento de la verdad. En casos raros, cuando lo hace, habitualmente el tribunal superior lo castiga por salirse del papel adversarial adecuado.

Este rechazo a interferir en la presentación competitiva de pruebas se debe a la dificultad para crear arreglos intermedios estables que mezclen la imparcialidad con las actitudes partidarias. Los procesos diseñados como competición de las partes tienen su propia integridad o lógica interna, de modo que no pueden ser interferidos sin coste. La imagen del modo puro de resolución de conflictos saca esta lógica interna a la superficie, evidenciando la naturaleza problemática de los arreglos mixtos. Imaginemos primero que un juez que intenta descubrir la verdad, acepta la objetividad de un contendiente, pero considera que el otro actúa de modo sesgado o guiado por su interés. Entonces será una reacción natural que el juez descarte las pruebas del litigante "sesgado" que, después de todo, tendrá más posibilidades de empañar la verdad. Sin importar lo natural o razonable que pueda ser esta reacción, contradice la exigencia esencial del proceso de resolución de conflictos; esto es, que las partes deben ser tratadas equitativamente por el juez: su imparcialidad presupone dos "parcialidades". Imaginen ahora que el juez comienza a intervenir libremente en el proceso de toma de pruebas. Si se quiere que el sistema funcione adecuadamente, las partes deben invertir en la estrategia y preparación de sus pruebas; si van a derivar las mayores ventajas tácticas de sus pruebas, deben planificar qué personas llamar como testigos, en qué orden examinarlas, e incluso cuál es la

secuencia de preguntas que se deben plantear. Pero incluso una limitada interferencia *bona fide* por parte del juez en esta modalidad partidaria de utilización de las pruebas, puede inutilizar todos los esfuerzos y trabajos de las partes.⁴⁷ Si en el curso normal de las cosas cabe esperarse una interferencia judicial, el viento comienza a dejar de soplar en las velas del proceso de pruebas competitivo, y los incentivos que lo sostienen comienzan a resquebrajarse. Dicho lo cual, no es coincidencia que en los sistemas del *common law*, los jueces empleen sus poderes de intervención en la presentación partidaria de pruebas muy moderadamente, y que sólo interfirieran en casos excepcionales en el ejercicio de toma de pruebas altamente competitivo.⁴⁸

Los observadores angloamericanos de los tribunales continentales ponen su atención principalmente en los aspectos más visibles de la búsqueda de pruebas —el interrogatorio judicial de los testigos— con el resultado de que tienden a exagerar la dominación de lo jurídico contra el proceso de búsqueda de pruebas. De hecho sólo en temas criminales, que no se conciben como implicando resolución de disputas reales, es indiscutible este predominio. En los casos civiles, no obstante, los poderes investigativos judiciales se reducen considerablemente. En la variante clásica del proceso civil anterior a la llegada de los sistemas socialistas, generalmente se prohibía a los jueces que llamaran testigos por propia iniciativa o contra los deseos de los litigantes, de modo que

⁴⁷ Un ex juez federal ha ilustrado vívidamente el punto: M. Frankel, "The search for truth: An imperial view", 123 *U. Pa. L. Rev.* 1031, 1042 (1975).

⁴⁸ Los jueces ingleses pueden estar aún menos deseosos de interferir en los procesos probatorios que sus colegas norteamericanos. Ver *Ali v. London Spinning Co. Ltd.*, reproducido en el *Times* de Londres, 30 de abril de 1971, p. 9. En Estados Unidos, el cuestionamiento judicial sostenido puede constituir un error reversible (*People v. Rigley*, 359 P. 2d. 23, 98 [Cal. 1961]). Por lo menos en las causas penales, se reconoce claramente en Estados Unidos que las partes tienen el derecho de presentar pruebas en la secuencia que ellos juzguen más persuasiva. Ver T. Amsterdam, "A selective survey of Supreme Court decisions in criminal law and procedure", 9 *Crim. L. Bull.* 389, 404 (1973); P. Westen, "Order of proof", 66 *Cal. L. Rev.* 935, 975 (1978).

en este punto los jueces tienen menos derechos que sus pares en muchas jurisdicciones del *common law*.⁴⁹ Las partes conservan el control, no sólo sobre los hechos que habrían de someterse a prueba, sino también sobre las fuentes de información que se utilizan para probar esos hechos. Algunos sistemas continentales anteriores —especialmente en los países latinos— llegaban al punto de limitar el interrogatorio judicial en los casos civiles sólo a las preguntas sugeridas por las partes,⁵⁰ de modo que en estos sistemas las oportunidades para que el juez fuese "inquisitivo" por sí mismo, eran mínimas. Por lo tanto, aunque indague y sea vigoroso en temas penales, el interrogatorio judicial puede llegar a ser anémico en los procesos civiles. Tampoco se llena el vacío resultante por el examen de testigos impulsado por las partes, puesto que desde el punto ventajoso continental esta práctica se acerca a la usurpación del *officium iudicis*.⁵¹

Las partes como medio de prueba

¿Es la conversión de una parte en fuente de información una desviación del proceso puro de resolución de conflictos? En vano se busca dar respuesta a esta pregunta en los escritos sobre el proceso adversarial angloamericano; un *tour d'horison*

⁴⁹ Para una discusión comparada de los casos excepcionales en que el juez civil puede recabar opinión experta por su cuenta, ver W. J. Habscheid, "Richtermacht oder Parteifreiheit", 81 *Zeitschrift für Zivilprozess*, 176 (1968).

⁵⁰ Para Italia, ver M. Cappelletti y J. Perillo, *Civil procedure in Italy*, 223-24 (1965). La tendencia más reciente hacia mayores facultades judiciales para interrogar en los casos civiles coincide con el auge del activismo estatal.

⁵¹ Por esta razón, los litigantes civiles (sus abogados) se abstienen también de buscar y entrevistar a testigos eventuales. En el continente se realizaron intentos esporádicos de transferir el examen de los testigos a los litigantes, pero tales reformas no fueron en su mayoría más que letra muerta (como en Alemania) o resultaron en interrogatorios muy alejados del interrogatorio cruzado (*cross examination*) practicado en las jurisdicciones de la *common law*. El rigor del recabamiento competitivo de pruebas se relajó al dejar que los testigos presentaran un relato estructurado antes de ser interrogados, y al dejar que las transcripciones de testimonios previos compitieran con el testimonio verbal de los testigos por la confianza del indagador.

de los procesos actuales que se clasifican vagamente como "adversariales", revela la rica y a veces desconcertante variedad de las reglamentaciones posibles del estatus de prueba de las partes. En este punto, no existe ninguna medida que permita comparar los sistemas procesales existentes en términos de su fidelidad al ideal de resolución de conflictos. Siendo una página en blanco en la teoría convencional, el tema merece ser analizado en detalle.

La transformación obligada y voluntaria presenta problemas separados que deberán analizarse uno por uno. En cuanto a lo primero, es fácil ver que esa transformación de litigante en medio de prueba, tanto por instancia de su oponente como por propia iniciativa del tribunal, crea anomalías en los procesos concebidos como competición de las partes. Un litigante que se convierte en objeto del proceso que intenta gestionar, no podrá seguir en control de sus intereses tácticos en el juicio; muchos aspectos del estilo competitivo, incluyendo el estilo rival de toma de pruebas, serán seriamente sesgados. Para asegurarse, se puede pedir al asesor de una parte que tome el papel gestor de ésta, pero esa sustitución entraña serios problemas inherentes y, más importante todavía, la sustitución por un "segundo" no puede hacerse si un litigante que conserva su derecho de auto-representación se opone. Pero más seria aún es la subversión del requisito de que cada contendiente pruebe sus propios alegatos y sostenga su propia carga de pruebas. Desde luego es una carga curiosa, puesto que una parte puede obligar a la otra a llevar el peso. Como gustaban de decir los estudiosos del derecho romano canónico, una parte en una contienda no debería verse obligada a convertirse en *telum adversarii sui*, esto es, en arma ofensiva de su adversario. En suma, entonces, para que los procesos estructurados como competición funcionen normalmente, cada litigante debe ser tan libre para decidir si va a ser transformado en medio de prueba, como soberano para determinar en qué punto de la presentación del caso puede ocurrir la conversión. La conversión obligada de una parte en medio de prueba no es una característica del estilo de competición puro.

¿Cómo se relacionan los sistemas reales con este requisito del modelo puro? En los países del *common law*, la posición de las partes en procesos penales, se aproxima más a la forma ideal que la posición de los litigantes civiles. Evidentemente esto ocurre muy temprano, en el nivel de las fases de los actos introductorios: no se requiere que la declaración de inocencia de un procesado penal sea verídica; tiene derecho a "poner a prueba al Estado". En los procesos penales norteamericanos, a menudo se acepta la culpa del acusado en el curso de las negociaciones, pero si estas negociaciones fracasan, la defensa entonces planteará su inocencia como consecuencia de lo anterior. Se considera que esta práctica es perfectamente legítima. En contraste, las partes de un juicio civil no tienen un derecho análogo a negar los alegatos que saben ciertos; una parte no tiene derecho reconocido a poner a prueba a su oponente.

Esta asimetría continúa en el proceso de pruebas. Permitir que el fiscal llame a declarar al acusado penal se considera perverso: es prerrogativa soberana del acusado decidir si va a testificar y cuándo lo hará, en la presentación de su propio caso.⁵² La justificación suficiente es el privilegio constitucional contra la auto-inculpación, desde luego; pero si se presiona para ofrecer apoyo independiente, pocos abogados del *common law* dejarían de desplegar argumentos relacionados con la estructura de competición del proceso. Si la acusación puede usar al acusado como testigo de su propia causa, se violarían las reglamentaciones de carga de la prueba. Aunque son poderosas en los casos penales, en los procesos civiles estos argumentos parecen haber perdido la fuerza. Aquí un litigante puede hacer que su adversario declare, para establecer su propia causa. Aunque raras veces se ejercerá esta opción en la práctica, existen consideraciones tácticas para contrarrestarla: es arriesgado utilizar un

⁵² En *Brooks v. Tennessee*, 406 U.S. 605 (1972), la Corte Suprema de Estados Unidos invalidó una ley de Tennessee que requería que los acusados criminales subieran al estrado, si decidían hacerlo, antes que cualquier otro testigo de la defensa. Ver también *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337, 338 (1970).

testigo hostil y sin que sea dirigido, para plantear las propias pruebas. Este no es el único caso en que un litigante civil puede verse obligado a convertirse en fuente de información para el adversario. En los EE.UU. una parte puede estar sujeta a interrogatorios previos al juicio por su adversario, y su única protección serán los privilegios testimoniales a disposición de los testigos ordinarios.⁵³ En suma, las jurisdicciones anglonorteamericanas utilizan instrumentos más potentes para llegar a la verdad en los casos civiles que en los penales; sobre este punto, los procedimientos civiles son más "inquisitivos" y los procedimientos penales, más "adversariales".

Los sistemas continentales invierten esta relación entre la justicia civil y penal. En la variante del proceso civil continental, todavía dominante, existe bastante renuencia a utilizar a las partes como fuentes de pruebas, y frecuentemente sólo se llaman a testificar como último recurso cuando no bastan otras pruebas para dictar el veredicto. Pero incluso en este caso, los litigantes tienen derecho a negarse a testificar, incluido el derecho menor de dejar de responder ciertas preguntas específicas.⁵⁴ Sólo los países europeos que se han acercado mucho al activismo gestor (Suecia y los sistemas comunistas) han abandonado este rechazo por el uso del interrogatorio de las partes; no obstante estos sistemas también se han apartado de la concepción clásica de la justicia civil como medio para la resolución de disputas privadas.⁵⁵ En casos penales la situación es muy diferente, especialmente si se pasa por alto lo

⁵³ Comparativamente, esto es más impresionante porque los privilegios testimoniales son menos generosos en Estados Unidos que en la mayoría de las jurisdicciones continentales. En los procesos continentales al testigo a menudo se le permite negarse a responder, no sólo por el riesgo de un pleito penal en su contra o en contra de alguna persona cercana a él, sino también en los casos en que su declaración pueda afectarlo en su reputación o exponerlo a una pérdida económica grave. Es el caso en numerosos cantones suizos, en Austria y en Alemania. Ver *infra*, cap. 6, n. 55.

⁵⁴ Para una ilustración de ello ver el Código de Procedimiento Civil alemán, §§445-48.

⁵⁵ La regulación clásica persiste, curiosamente, en la Yugoslavia comunista. Ver S. Triva, *Gradjansko Procesno Pravo*, 439 (Zagreb, 1965).

que proclama la doctrina formal, concentrándose en lo que ocurre rutinariamente en la práctica.

Tradicionalmente el testimonio del acusado, es algo que se desea con intensidad: su interrogatorio es la parte central de las investigaciones preliminares, y el juicio comienza con un interrogatorio extensivo del acusado por parte del juez. Aunque todos los sistemas de la justicia penal emplean algunos mecanismos para inducir la locuacidad del acusado, estos mecanismos son especialmente eficaces en los países continentales. Al contrario de los acusados en los sistemas del *common law*, el acusado continental no puede elegir si someterse al interrogatorio o no; sólo tiene derecho a negarse a responder en general o a una pregunta en particular, pero en la práctica, incluso este derecho muy limitado, es bastante ilusorio y normalmente se renuncia a él.⁵⁶ En suma, el proceso penal es un instrumento mucho más poderoso para descubrir la verdad, que la justicia civil: es más "inquisitivo" y con ello está más alejado de la forma de competición pura. Esta relación entre las dos ramas de la adjudicación parece perfectamente sensata para los continentales: de acuerdo a su punto de vista, un proceso dedicado a la implementación de una política del Estado hacia el crimen, debe ser más exhaustivo que un proceso diseñado para la resolución de disputas interpersonales.⁵⁷

⁵⁶ Revisamos este problema en el cap. 5, en relación con el rol de las partes en el proceso de implementación de políticas. En los juicios continentales, las etapas de determinación de la culpabilidad y de la sentencia son agrupadas de modo que el acusado que se niegue a responder a las preguntas del juez puede privarse de argumentos para mitigar la sentencia; eso, aparte del desafío que implica negarse a responder a la autoridad judicial. Los acusados continentales que de verdad ejercen su derecho al silencio son muy escasos.

⁵⁷ Examinaré las razones de las impactantes diferencias entre las regulaciones angloamericanas y continentales sobre el estatus probatorio de las partes en las causas civiles y penales en el último capítulo; para ello invocaré la estructura divergente de la autoridad judicial. Las diversas concepciones de las funciones legítimas del gobierno también pueden ayudar a explicar la desigual relación entre la justicia civil y la penal en los países continentales y los angloamericanos.

Hasta aquí he sostenido que la transformación obligatoria de una parte en fuente de información no debería verse como parte integral del estilo puro de resolución de conflictos. ¿Y qué ocurre con las transformaciones voluntarias? Inicialmente parecería que no surgen problemas especiales: un litigante que elige libremente convertirse en fuente de información debería asimilarse al estatus de testigo ordinario. Visto más de cerca, sin embargo, surgen diferencias significativas entre las partes y los testigos regulares, lo que sugiere la necesidad de reglamentación diferenciada. Mientras funciona en su papel testimonial, la parte sigue con los ojos puestos en sus intereses tácticos en el juicio, evaluando la información que se espera que dé en términos del modo en que afectará sus posibilidades de triunfo. Por lo tanto, podrían implementarse algunas modificaciones de las reglas aplicables a los testigos ordinarios, a causa de la necesidad de preservar el control de las partes sobre el juicio, hecho tan crucial en el proceso de resolución de conflictos. Por ejemplo, en tanto que un testigo ordinario puede ser excluido del tribunal cuando otros testifican, difícilmente se puede negar a una parte su presencia continua en la sala, incluso si su presencia crea la posibilidad de que adecue su testimonio al de otros testigos.

Se pueden contemplar otras modificaciones basadas en la fricción entre el propio interés y el deber de decir la verdad: fricción típicamente más severa para una parte que para los testigos ordinarios. Consideremos estos privilegios testimoniales cuya razón, se dice, es la comprensión y la simpatía hacia lo duro de estas fricciones. Al invocar estos privilegios, un testigo ordinario puede evitar con relativa facilidad tanto el daño a sus intereses como el perjurio: no tiene un riesgo inmediato en el juicio. Por otro lado, una parte, a menudo teme las inferencias negativas que se saquen del simple hecho de haber invocado ese privilegio: inferencias que pueden provocar que pierda el juicio. Siendo todo lo demás igual, entonces, la parte estará más tentada de dar mala información, con el fin de cuidar sus intereses, que un testigo ordinario. Las reglas que ordenan los testimonios

de las partes ¿deberían reflejar esta importante diferencia? La simpatía por el dilema de las partes ¿no llevaría a que se relaje la obligación del testigo de decir la verdad? Al pensar acerca de esta desagradable posibilidad, no necesariamente se debería imaginar "el peor caso": ayudar a un litigante deshonesto, o a un culpable de delito, a evitar con mentiras un veredicto que tiene bien merecido. Sin embargo una parte con una demanda meritoria puede temer consecuencias adversas, si responde verídicamente a una pregunta, o a una secuencia de preguntas bien organizadas, pero tendenciosas. Porque raras veces el discurso humano es univaleentemente informativo, sólo los inocentes en las cosas del mundo pasarían por alto los costos posibles de su veracidad, costos que ni siquiera escaparon a la atención de los inquisidores medievales.⁵⁸

¿Cuál sería la posición probable de un Estado de *laissez faire* extremo sobre este punto? Una reglamentación que relaje las reglas aplicables a los testigos ordinarios puede parecer atractiva, especialmente aquellas que impongan castigos serios por perjurio. Cuando el Estado no promueve una política ante la cual debería sacrificarse el interés propio de los individuos, la simpatía por la conducta motivada por el impulso hacia el propio beneficio estaría en su apogeo, y el deseo opuesto de establecer la verdad, en su punto más bajo. Desde luego hay que anticipar una objeción a la "liberalización" del régimen testimonial: ¿no se verían envueltos, los que investigan los hechos, en historias prefabricadas que elaborarían los litigantes con virtual impunidad? Un aparato de justicia en que los investigadores no tienen experiencia y sean predeciblemente crédulos, no puede tomar esta posibilidad a la ligera. La mejor solución para este aparato sería impedir que las partes testifiquen, y dirigir las a realizar su

⁵⁸ Aun cuando la propiedad de las preguntas engañosas puede ser cuestionada por la defensa, ese cuestionamiento, incluso si es sostenido por el tribunal, fácilmente puede dañar la credibilidad general de la parte como fuente de información ("Debe estar ocultándole algo al tribunal", es la reacción frecuente del indagador).

competición de pruebas con medios de pruebas independientes de sus personas.⁵⁹ Pero cuando los investigadores poseen experiencia y son profesionales, tiene sentido liberalizar las reglas aplicables a los testigos ordinarios; incluso si se considera que el testimonio de una parte contiene cierto elemento de engaño potencial —como un acto de magia—, ese testimonio puede seguir siendo útil porque puede emerger la verdad de las inconsistencias detectadas. Y porque la incapacidad testimonial de las partes como regla directriz reduce su libertad para interactuar y elegir armas para su competición forense, esta segunda solución está más de acuerdo con el carácter general de la reglamentación procesal en el Estado reactivo.

Observemos que los procesos continentales de hecho hacen distinción entre testigos y partes como fuentes de pruebas. En la época del *laissez faire* los acusados penales continentales eran absueltos de responsabilidad penal por falso testimonio: se popularizó la expresión de “derecho a mentir”.⁶⁰ Durante el mismo período, también se creía que los litigantes civiles no estaban obligados a hacer alegatos

⁵⁹ Es bien sabido que durante un extenso período de la historia de ambos sistemas las partes fueron consideradas incompetentes para testificar. Algunos estados de Estados Unidos retuvieron esta incapacidad para testificar del acusado criminal hasta bien entrado el siglo veinte. Sin embargo, la lógica de esta medida era la preocupación por la confiabilidad del testimonio de las partes: las declaraciones favorables a uno mismo parecerían espurias debido a la fuerza del interés propio. Además, las autoridades eclesiásticas romano-canónicas temían que, si se le permitía testificar, la parte podría cometer el pecado mortal de perjurio. Ver Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, tomo III, parte II, cuest. 69, art. 1, 403 (Turín y Londres, 1895). Pero sería errado asumir que las declaraciones no juradas de las partes no eran en la práctica una valiosa fuente de información, aunque no fueran técnicamente pruebas. Era especialmente el caso en Inglaterra, donde no se esperaba que los oficiales legos dejaran de lado los pronunciamientos de un litigante en el desarrollo del litigio frente al tribunal. Sólo en la era liberal la justificación principal de la incapacidad para testificar fue la comprensión de que el predicamento de una persona podría dañar gravemente sus intereses si decía la verdad bajo juramento.

⁶⁰ Aun hoy, sólo en casos excepcionales (por ejemplo, la acusación falsa de un inocente) el falso testimonio del acusado constituye una ofensa criminal. Para Alemania, ver K. Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 37-40 (Berlín, 1977).

verídicos; en realidad las partes civiles estaban exentas de responsabilidad por perjurio en gran número de jurisdicciones europeas.⁶¹ Imponerles el deber de decir la verdad y con ello perjudicar sus propios intereses, se proclamó como inhumano, comparable con una forma de tortura moral, incluso a pesar de que las partes civiles también habían adquirido el derecho de negarse a testificar.

Esta actitud caballeresca hacia la mentira en el estrado era ajena a la administración de justicia anglonorteamericana, incluso en los mejores días del *laissez faire*, y sigue siendo así hasta nuestros días. Como doctrina legal, la parte que testifica en el estrado es tratada como testigo ordinario. En la práctica la relajación de esta actitud rígida, con una mayor tolerancia para la mala información de la parte, ocurre principalmente en casos penales.⁶² En esto, una vez más la justicia civil es más exigente de la verdad. Es tentador ver en esta actitud más dura un síntoma de la característica renuencia de la autoridad judicial paritaria para separar las obligaciones legales y éticas. Sin importar cuál pueda ser la razón de esta diferencia entre los sistemas continentales y anglonorteamericanos, el comparativista puede ser llevado a concluir que el estatus probatorio de la parte en las jurisdicciones del *common law* —esto es, su equivalencia con testigos comunes— se desvía de las formas

⁶¹ Ver A. Heffter, *System des römischen und deutschen Civil-prozess-rechts*, 227 (Bonn, 1843). La introducción de la responsabilidad penal por las declaraciones falsas de una parte en un juicio civil es básicamente una innovación del siglo veinte, pero aun hoy el perjurio de una parte es tratado como un grado menor de la ofensa de perjurio en la mayoría de las jurisdicciones europeas. Para una buena discusión comparativa, ver E. Cohn, *Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien*, *Festschrift Hippel* (Tubinga, 1967).

⁶² Todos los días los tribunales angloamericanos sentencian a acusados en causas penales que han testificado clamando su inocencia, pero muy rara vez los acusan de perjurio. Aunque puede decirse que el “castigo” por perjurio se halla tácitamente incorporado en la (más dura) sentencia, rara vez es el propósito expreso del juez. Con todo, ver *United States v. Grayson* 550 F.2d. 103 (3d. circ. 1977). Más aún, incluso los exculpados cuyo testimonio se revele falso más tarde rara vez son sujeto de un proceso por perjurio. Para una investigación sobre este tema, ver *Regina v. Humphrys*, *Weekly Law Reports* (Londres), 4 de junio, 1976, p. 890.

puras de resolución de conflictos, en mayor medida que la reglamentación continental.

Revelación de documentos y otras informaciones no testimoniales

¿Tienen las partes la obligación de mostrar materiales con un contenido potencial probatorio, cuando les es solicitado? Esta pregunta puede examinarse en un marco donde la determinación de los hechos de pruebas es responsabilidad de alguna institución no partidaria (lo cual significa que se muestra a la institución), y en un marco de determinación de los hechos gestionada por las partes (de modo que la revelación lo es para la otra parte). Pero porque se ha visto que este último método de determinación de los hechos armoniza con el proceso de resolución de conflictos puro, me centraré únicamente en la *discovery* entre las partes.

Aunque el intercambio obligatorio de información entre litigantes —cooperación forzada— parecería no tener lugar en un modelo puro de competición, en realidad queda algún espacio para ello, incluso en aquellos procesos que llevan el tema de la competición a sus extremos. No hace falta abundar sobre las dificultades de la preparación de una competición forense en total ignorancia de las armas que la otra parte va a emplear; hasta los caballeros medievales intercambiaban algo de información antes de los torneos. Cuando los juicios corresponden a la variedad de *day-in-court*, alguna *discovery* previa parece ser absolutamente necesaria para reducir la emboscada procesal a niveles compatibles con la noción de competición justa.⁶³ Más interesante para propósitos comparativos, no obstante, es otro motivo que favorece

⁶³ Una reacción efectiva ante algunas tácticas procesales —como la presentación de una coartada— requiere preparación. Donde los procedimientos asumen la variedad de etapas sucesivas, como en los sistemas continentales, la necesidad de intercambio de información adquiere otra dimensión, y es menos importante una temprana revelación.

el intercambio de información, y que puede relacionarse con la ideología del gobierno reactivo. Incluso tras la iniciación de los procedimientos, el Estado preferirá negociar y que sigan las negociaciones entre las partes, las que ahora se llevan a cabo bajo la sombra del proceso judicial en curso; mientras más frecuentemente estas negociaciones lleven a arreglos fuera del tribunal, abortando el proceso oficial, mejor será. Es aquí donde entra la *discovery*: el intercambio de información obligatorio fuerza a los litigantes a interactuar, permitiéndoles evaluar la fuerza relativa de sus casos, y estimulando los arreglos. Desde luego las demandas de revelación pueden elevar los costos del litigio dando más posibilidades a la parte mejor situada financieramente, pero como ya he dicho, un sistema extremo de *laissez faire* no se altera indebidamente por esto.

Demostrar que queda *algún* espacio para la *discovery* en el proceso puro de resolución de conflictos, no niega que el intercambio forzado de información pueda crearle tensiones. Un proceso dedicado a la absorción de disputas no tolera la revelación obligada de material que esté más allá del ámbito de los temas definidos por las partes: dicha información puede abrir nuevas controversias, antes que favorecer la resolución de la controversia existente. Por lo tanto, como requisito previo para la *discovery* involuntaria es imperativo que se definan claramente los puntos de la disputa, y que las demandas mutuas de revelación de información se circunscriban a ello: la *discovery* separada de los temas en disputa deja de corresponder a un juicio concebido como instrumento de la resolución de disputas. Pero incluso cuando la revelación requerida por la parte adversaria se relaciona estrechamente con el tema en disputa, puede crear problemas en los procesos concebidos como empresa competitiva. Por ejemplo, permitir la revelación forzada de la información que un litigante ha obtenido a través de su propia investigación, puede obstruir o incluso destruir los incentivos que sostienen al sistema competitivo; tal como el requisito de que una firma en el mercado competitivo revele los frutos de su investigación a los competidores puede

debilitar el desarrollo de nuevos productos, del mismo modo las partes a las que se da poder para inmiscuirse en el caso de su competidor, podrían acabar obteniendo menos información. El costo del mayor acceso a la información, puede ser la pérdida del incentivo necesario para el desarrollo de la información. En breve: la *discovery* ha de guardarse en un marco estrecho: sólo ha de intercambiarse la información necesaria para una competición justa. El intercambio debe, desde luego, ser mutuo. Cuando a una parte se le permite un tipo de golpes que no se le permite a la otra, se ha violado la premisa de igualdad de las partes. Por lo tanto, si un proceso penal se ha estructurado como compromiso competitivo, y no se ha pedido al acusado que entregue información, el fiscal puede tener bastante poder para guardar la información que ha adquirido para el Estado.⁶⁴

La historia de los procedimientos civiles continentales sugiere una correlación entre el Estado lejano y el marco estrecho de la *discovery*, aunque en el continente no existen estas presiones de *discovery* que emanan de la necesidad de los litigantes de llevar a cabo una competición de pruebas independiente en el juicio concentrado. Pero incluso dentro de las normas continentales, el deber de los litigantes de revelar información se vio singularmente limitado durante el liberal siglo XIX. Por ejemplo, se obligaba a una parte a presentar al tribunal (que implica el derecho a su inspección por la otra parte) sólo aquellos documentos que le fuesen comunes con su adversario, o cuando el deber de entregar

⁶⁴ Los limitados derechos de *discovery* del acusado penal norteamericano a menudo son desfavorables, comparados con el derecho ilimitado del acusado en los sistemas continentales de revisar el expediente preliminar (que contiene todas las pruebas) antes de la vista de la causa. Ver R. Schlesinger, *supra*, n. 43, p. 448. Sin importar lo que uno piense acerca de las reglas estadounidenses de *discovery* criminal, una comparación justa requiere considerar el problema en un contexto más vasto: el acusado continental adquiere su derecho ilimitado al *discovery* sólo después de que los investigadores preliminares han tenido amplios poderes para obtener información del expediente y convertirla en evidencia técnica; puesto que el gato ya está fuera de la bolsa, el proceso puede permitirse que el acusado eche un vistazo.

pruebas materiales estaba explícito en el estatuto.⁶⁵ Esta *discovery* limitada fue defendida con argumentos —protección de la privacidad individual, autonomía y etcétera— que evidentemente emanaban de la filosofía del *laissez faire*. Sólo con la expansión de la preocupación del gobierno por el estado de bienestar, proliferaron leyes especiales que imponían deberes para la revelación de documentos en esferas de la vida social —por ejemplo, la protección del consumidor—, donde el Estado ya no está implicado.⁶⁶ Pero en la medida en que los procedimientos civiles en el continente seguían considerándose un mecanismo para la resolución de disputas interpersonales, la *discovery* se limitaba a probar hechos específicos de la disputa.

El desarrollo en los países angloamericanos también sugiere un paralelo entre las oscilaciones en el marco de la *discovery* y las visiones modificadas sobre la misión del Estado. El proceso del *common law* tradicionalmente pedía mucho más intercambio de información entre los litigantes que el sistema continental de justicia, pero la *discovery* se limitaba estrictamente a la información de hechos alegados por los litigantes. Sólo como parte de las reformas del *New Deal*, en los años treinta, las jurisdicciones norteamericanas relajaron esta limitación: después de que las partes hubiesen delineado a grandes rasgos el tema central del juicio en sus alega-

⁶⁵ Aun vemos reflejos de ello en las codificaciones procesales de diversos países continentales. Por razones que no discutiremos aquí, los eruditos fundadores del proceso civil romano canónico establecieron un *discovery* muy limitado (*editio instrumentum*), especialmente para asistir al demandante en el curso de la causa. En la práctica del Antiguo Régimen, los jueces demandaban más revelaciones que lo que sugerían los textos académicos. Ver F. Bomsdorf, *Prozessmaximem und Rechtswirklichkeit*, 57 (Berlín, 1971). Un *discovery* verdaderamente mezquino es, entonces, el producto de la época posrevolucionaria. Para una buena discusión comparada de los problemas del *discovery*, ver A. Dondi, *Effettività dei Provedimenti Istruttori del Giudice civile* (Padua, 1985).

⁶⁶ Ocasionalmente se insertaban obligaciones de revelar más amplias en las codificaciones en vez de albergarlas en un estatuto especial. Ver, p. ej., art. 10 del Código Civil francés después de la enmienda de 1972. Hay controversia respecto de hasta dónde se utilizan en la práctica las facultades más amplias de *discovery*; en algunos países persiste la actitud previa, que limita gravemente el intercambio de información posible bajo la letra de la ley.

tos, se permitían solicitudes de *discovery* respecto a cualquier tema relevante del caso.⁶⁷ Así la *discovery* se convirtió en instrumento para llevar a cabo una búsqueda de información que pudiese expandir la controversia existente o conducir a otro juicio. No debe pasarse por alto, sin embargo, que los procedimientos civiles son considerados cada vez más como instrumentos para introducir reformas sociales o para confrontar las prácticas institucionales existentes, y de este modo los objetivos del litigio civil se hicieron complejos y múltiples. Así se creó una fuente de confusiones posibles; se desarrollaron instrumentos eficaces de investigación partidaria con un ojo puesto en el litigio como instrumento de "política pública", pero esos medios también podían usarse fuera de ese contexto en disputas "más domésticas". Funcionales en un contexto, las solicitudes amplias de *discovery* pueden ser disfuncionales en otro. En esta situación la relación de la *discovery* reformada con el concepto convencional de los procesos adversariales se convirtió en muro de contención. Puede argumentarse que la *discovery* amplia incluirá arreglos adversariales convirtiéndolos en una fachada frágil de procesos esencialmente de implementación de políticas —proceso en el cual los arreglos no partidarios o inquisitivos podrían parecer más adecuados ("funcionales"). Por otra parte se puede decir que, en realidad, una *discovery* amplia permite que sobrevivan los arreglos adversariales: la *discovery* limitada evitará que surja la verdad, generando con ello

⁶⁷ Ver, p. ej., Código de Procedimiento Civil francés, 26(b) (1). Ciertos límites al *discovery* se establecieron para proteger el producto de la investigación del abogado defensor. Ver *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). Observemos que las negativas a los requerimientos de *discovery* conducen con mayor facilidad a revocar una segunda apelación que lo que lo hacen las concesiones de peticiones cuestionables, con lo que hay un incentivo incorporado para el juez estadounidense que le permite barrer las demandas de una investigación privada. La práctica estadounidense del *discovery* a veces aparece como "exorbitante", como verdaderas "expediciones de pesca" a los abogados de otros países de *common law*. Ver, p. ej., I. H. Jacobs, "Models of court improvement", en *State courts: A blueprint for the future*, 218 (Williamsburg, 1978); *Radio Corp. of America v. Rauland Corp.*, Queens Bench Div. 1 Q.B. 618 (1956).

presiones para que intervenga el juez y se haga cargo de la función de determinación de los hechos.⁶⁸ Pero tomemos en cuenta el supuesto tácito de este segundo argumento: el juez tolerará el control de las partes sobre la acción procesal —incluso la autonomía de las partes— sólo por tolerancia, porque si las acciones de los litigantes no conducen a acciones que apruebe, por eso tiene que intervenir y corregir la debilidad de la competencia forense. A la luz de la mayoría de las ideologías políticas de nuestros días, bien podría ser el curso deseable de las cosas; pero traiciona una orientación más activista que reactiva, orientación en que las formas de competición pura se hacen muy precarias. Ha desaparecido el clima ideológico que ofrece el apoyo más firme y mantiene su pureza: *Rome n'est plus Rome*.

La conducción del proceso

Cuando el tema de un juicio es una disputa sobre derechos y por lo tanto los litigantes están interesados en resultados opuestos, a menudo es muy difícil tomar decisiones respecto a la conducción de los procesos sin parecer que se está tomando partido. Un Estado cuya función principal es ofrecer un foro neutro para la resolución de disputas, probablemente esquivará convertirse en institución del Estado —especialmente el juez— responsable del ritmo y el impulso de los procedimientos. Mecanismos tales como las conferencias previas al juicio, capaces de ofrecer una oportunidad para que el juez dirija los procedimientos, también pueden funcionar como vehículos para la expansión del control judicial. Las partes pueden hallarse presionadas a llegar a acuerdos en bien de intereses más amplios, incluida la preocupación

⁶⁸ Para diversas perspectivas de la relación del *discovery* con el proceso adversarial, ver entre otros W.D. Brazil, "The adversary character of civil discovery", 31 *Vand. L. Rev.* 1295 (1978); F. Kirkham, "Complex civil litigation", 70 *F.R.D.* 199, 209 (1976).

burocrática por una gestión fluida del caso. Una vez más, este tipo de intervención repugna al Estado reactivo.

Pero si no es deseable el control oficial sobre el progreso de un juicio, esto no significa que el Estado reactivo permita a los litigantes parar los procedimientos cada vez que la inacción favorezca sus intereses tácticos. Como el objetivo procesal es la resolución de disputas, las postergaciones —por lo menos de acuerdo a los conceptos imperantes en las culturas occidentales—⁶⁹ han de reducirse al mínimo. Entonces ¿quién debe hacer el seguimiento? La mejor solución parece ser confiar esta actividad a los propios litigantes; cada parte tiene poderes para invocar sanciones contra el adversario cuando se trasgreden los límites de los plazos. Por lo tanto si una competición no ofrece pruebas a tiempo, o hace una notificación de ciertos movimientos contemplados (por ejemplo, presentar como defensa la enajenación mental o una coartada), la otra parte podrá pedir que se impida al trasgresor ofrecer las pruebas o hacer determinados movimientos procesales. Ciertamente, estas limitaciones pueden resultar en pérdida de materias importantes, pero cuando el Estado está más interesado en ofrecer un foro justo que en la exactitud de los resultados procesales, esta perspectiva se contempla con ecuanimidad.

Dado este catálogo de temas sobre los cuales ejercen control las partes en los procesos puramente reactivos o de *laissez faire* y la dominación aparentemente extensiva sobre el juicio, queda por considerar el campo limitado de la autoridad que se deja a los funcionarios, y más en particular al juez. No se sabe lo bastante sobre la dinámica del litigio para apoyar el alegato de que la actividad de los adjudicadores disminuye en proporción equivalente al control por las

⁶⁹ Esta calificación es necesaria porque los antropólogos han estudiado culturas que tienden a resolver sus conflictos mediante el postergar y evitar la toma de decisiones. En el contexto de la cultura de Bali, Clifford Geertz atribuye esta técnica a una percepción del tiempo distinta de la que prevalece en Occidente. Sobre el "presente sin vectores", ver C. Geertz, *The interpretation of cultures*, 403 (1973).

partes, pero si no llega a cero, ciertamente existe una relación inversa entre la actividad de las partes y la de los funcionarios a cargo del proceso legal. Del mismo modo cuando los litigantes adelantan tanto de la acción —desde el trabajo investigativo a la presentación de pruebas a la investigación judicial— al juez le queda relativamente poco por hacer. ¿Cuál sigue siendo su dominio exclusivo? Está restringido a resolver los conflictos incidentales de las partes que preparan el juicio (como mociones para suprimir pruebas o desacuerdos sobre los límites de la *discovery*), vigilando que se observen las reglas básicas de conducta de las partes en el juzgado y, desde luego, dando una decisión basada en los méritos del caso.

IV. LA POSICION IDEAL DEL ADJUDICADOR

Como mi objetivo inmediato aquí es describir el estilo de procedimientos que pueden emplearse en una diversidad de medios oficiales, mantendré el término convencional general de "adjudicador" antes que utilizar el más específico, pero potencialmente traicionero de "juez". Como ya lo he indicado, las concepciones sobre este cargo varían considerablemente en las diversas culturas jurídicas. Incluso en Occidente existen variaciones significativas: algunas de las actividades básicas para el papel del juez continental pueden ser ejercidas por el jurado en las jurisdicciones del *common law* y ello resulta en que los abogados anglonorteamericanos sólo consideran el residuo de actividad que no puede transferirse al jurado por ser quintaesencialmente "judicial". De modo más o menos perceptible, las nociones divergentes de la función judicial oficial, ejercen influencia en nuestras ideas sobre una diversidad de problemas jurídicos, y si uno de esos problemas ha de traspasar el abismo de las culturas jurídicas diferentes, pueden surgir malentendidos difícilmente tratables. Tampoco intentaré caracterizar al adjudicador de modo más específico: por ahora dejaré abierto si es una persona o una institución colegiada, un profesional o un

lego, diferenciado en funciones o indiferenciado; sólo esporádicamente, cuando lo requiera un contexto particular, se introducirá una precisión algo mayor.

En los sistemas procesales reales, los adjudicadores raras veces desempeñan sólo la función de resolución de conflictos. Su actividad recibe demandas adicionales, y algunas de ellas o bien apartan de las actitudes óptimas de resolución de conflictos, o están en conflicto directo. Mi propósito aquí, sin embargo, requiere que se aislen las características del modo puro de resolución de conflictos de la mezcla de actitudes: al transmitir un proceso ideal de resolución de conflictos, se debe imaginar al adjudicador como alguien para quien cualquier preocupación que no sea la resolución de una disputa empalidezca hasta la insignificancia. Claramente el Estado extremo de *laissez faire* proporciona la mejor base sobre la cual pueden florecer estas actitudes; este es un Estado cuya tarea general es proporcionar un foro para el arreglo de los conflictos de la sociedad civil, y cuya propia legitimidad se apoya en su imagen de persona neutra que resuelve conflictos. Los ciudadanos de un Estado así ¿qué esperan cuando llevan ante los tribunales aquellas disputas que no pueden resolver por sí mismos? Se dan cuenta de que el resultado del pleito es incierto y que los resultados correctos pueden resultar huidizos; lo que más esperan del adjudicador es un trato igual: una actitud neutra, objetiva o imparcial. Ahora bien: es importante darse cuenta de que la neutralidad del adjudicador y la exactitud substantiva de sus dictámenes son variables independientes: un adjudicador que anuncia el resultado correcto basándose en los méritos puede haber tratado a las partes de modo desigual, en tanto que uno que las ha tratado igualmente puede dar un fallo equivocado. De cara a las tensiones potenciales de estos dos valores, el Estado reactivo no duda en poner la imparcialidad del proceso por encima de la exactitud de los resultados. Si uno iguala la exactitud de los resultados con la obtención de justicia, y trato igual, con la imparcialidad, se debe concluir que el Estado reactivo —y asimismo el proceso de resolución de conflictos— valoriza más la imparcialidad que la justicia.

Los arreglos procesales que salvaguardan y promueven una actitud de imparcialidad, deberán examinarse de cerca. Es en estos arreglos donde se puede discernir la posición ideal del adjudicador en el proceso de resolución de conflictos. Los mínimos requisitos de imparcialidad —como que el adjudicador no tenga una posición respecto al resultado del caso— se pueden dejar de lado; no se limitan exclusivamente a procedimientos dedicados a la resolución de disputas, y claramente no bastan.

Dependencia en las partes para obtener información

Supongamos que el adjudicador elige obtener la información que necesita para la disposición del caso de fuentes diferentes a las canalizadas por las partes. Después de haber obtenido cierto conocimiento independientemente, para él se hace difícil decidir el caso basándose en el criterio dictado por el proceso de resolución de conflictos, esto es, determinar qué parte ha presentado la mejor argumentación. Empujado en una u otra dirección por información ajena a las partes, puede sentirse inclinado a dictaminar contra un litigante que de otro modo hubiese tenido una victoria clara en un debate en la sala. Es cierto que el adjudicador puede someter estos datos ajenos a la argumentación partidaria en otro momento del juicio, pero incluso si lo hace antes que la información independiente haya tenido tiempo de asentarse en su mente, la balanza de las ventajas entre las partes se ha visto afectada por su acción. Además, la parte desfavorecida por la información lleva ahora la carga de tener que rebatir, o de hacer que el adjudicador lo deje de lado. Incluso si tiene éxito en esta empresa añadida, la parte que lleva esta carga bien puede sentir que no ha sido tratada con equidad respecto a su oponente, y que la otra parte se ha beneficiado de su carga. De este modo el estilo puro de resolución de conflictos no tiene espacio para arreglos procesales que expongan al adjudicador a material que no se ha estructurado previa-

mente por la interacción de las partes, siendo refinada luego por la competición entre éstas. La única información substantiva que puede recibir, es canalizada por los litigantes, y filtrada por su debate.

En cuanto a apoyarse en la información estructurada por las partes, lo que se entiende en el continente por estilo "adversarial" se aparta mucho más de la forma pura de resolución de conflictos que las ideas del *common law*. En el continente no se siente que el estilo de competición haya sido violado si el adjudicador escucha un argumento ex parte —sólo de una de las partes— a condición de que subsecuentemente se permita que la otra parte haga comentarios y ponga a prueba: *audiatur et altera pars* (que la otra parte también sea escuchada) es todo lo que demanda el proceso contradictorio continental. En contraste, el derecho procesal angloamericano es en su conjunto mucho menos tolerante de cualquier acción ante el adjudicador que no ocurra en presencia de ambas partes, especialmente cuando el término "adjudicador" incluye tanto al juez como al jurado.

Compárese también algunas técnicas de la determinación de los hechos. Los fundadores de la ley continental consideraban las visitas al *locus* por el juez de los hechos —práctica que le permite adquirir información independiente—, superior a todos los demás modos de determinación de los hechos y la mejor forma de llegar al conocimiento auténtico (*scientia vera*). La práctica todavía tiene un papel importante en muchos países europeos.⁷⁰ En las jurisdicciones angloamericanas, por otra parte, estas visitas no tienen un estatus privilegiado, y ni siquiera hay una terminología definida para referirse a ellas. También son reveladoras las diversas técnicas para recoger información de los testigos. En el

⁷⁰ Para la importancia de la *inspectio ocularis* en la tradición continental, ver J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age*, 29-30 (París, 1939). *Augenschein, descente sur les lieux* y otras etiquetas similares describen esencialmente la misma práctica en los sistemas contemporáneos.

continente, el tribunal pide, en primer lugar, a los testigos que presenten un relato propio de lo que saben: estos relatos sólo se interrumpen por preguntas para ayudar a los testigos a expresarse, para clarificar un punto, o para sacarlo de un laberinto de cosas irrelevantes. Como resultado, la información que no es relevante o que responda a las preguntas de las partes, o que esté estructurada por la interacción, puede ser libremente impartida al adjudicador. Sin duda el testimonio dado de acuerdo al estilo del *common law* a través del examen directo y cruzado se acerca más al ideal de información filtrada sólo por las partes. Una ilustración final del contraste entre los sistemas continental y angloamericano en este punto, es la práctica continental de pedir a los testigos cuyo testimonio está en conflicto, que se den la cara y se produzca un altercado. En tanto que ésa era una práctica favorita para los jueces de los hechos continentales durante el antiguo régimen, y sigue usándose en bastantes procesos continentales,⁷¹ está virtualmente ausente de muchos tribunales de los países angloamericanos. Una vez más, para llegar al adjudicador continental, es mayor la cantidad de información que ha pasado los filtros de las partes que los sistemas angloamericanos.

La idea de la *tabula rasa*

Si en el proceso de resolución de conflictos tiene que surgir una decisión de la dialéctica del debate de las partes, idealmente el adjudicador ha de llegar al caso sin preparación, inconsciente de todos los temas específicamente relacionados con el litigio. Ha de tener la "mente virgen" para que

⁷¹ La confrontación era especialmente valorada en el proceso penal como un medio de enjuiciar la veracidad del testimonio del acusado. Ver G. A. Kleinschrod, *Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte, Teil I*, 138 (Erlangen, 1797). En los sistemas contemporáneos, este uso particular de la confrontación se bate en retirada; irónicamente, es ahora que interesa a algunos comentaristas estadounidenses. Ver L. Weinreb, *Denial of justice*, 111 (1977).

sólo sea dirigida por el proceso bilateral de presentación de pruebas y argumento. Este deseo de ignorancia, desde luego, no implica el deseo de ineptitud: el adjudicador ha de tener agilidad mental, ser capaz de manipular diestramente y hacer que los datos que le han presentado tengan sentido. En suma, la tabla rasa judicial ha de ser hábil, inteligente y sabia.

En la medida en que este ideal se opone a la adquisición de conocimiento factual extraprocesal, no es exclusivo del modo de proceso que estamos describiendo. Lo comparan procesos dedicados a propósitos que no son la resolución de conflictos. Ha de notarse, sin embargo, que la desaprobación del conocimiento privado es general sólo cuando emana de preocupaciones acerca de la exactitud de la determinación de los hechos: no se puede esperar que el juez pondere objetivamente pruebas que choquen con lo que cree que ya sabe.⁷² Pero en cuanto el conocimiento extraprocesal del adjudicador es considerado exacto, comienzan a surgir las diferencias entre la resolución de conflictos y otras formas de proceso. El proceso de implementación de políticas no tiene problemas con un adjudicador en posesión de tales conocimientos, porque le puede permitir pasar por alto los procesos ordinarios de toma de pruebas y con ello declarar los hechos "notorios" que abarca su información privada. Pero este lujo no está al alcance en el modo puro de resolución de conflictos: porque sitúa la integridad de la competición por encima del logro eficaz de resultados exactos, tiene que pedir que todos los hechos en disputa entre las partes estén sujetos a la toma de pruebas por el rival, sin considerar si algunos de esos hechos son notorios o no. El investigador de hechos ideal, en esta situación, es nuevamente alguien que tenga la mente virgen, que ignore incluso lo que es conocido de todos.

⁷² Aparte de esto, la revisión de apelación se complica cuando los hallazgos resultantes del proceso probatorio se entremezclan con el "conocimiento privado" del órgano decisorio.

Sobre este punto el proceso del *common law* está, una vez más, organizado con más consistencia en torno a la idea de competición de las partes, que la administración de justicia continental. Observemos la descalificación de los jurados del *common law* que se aproxima a la fuerte demanda de ignorancia que es coherente con el estilo puro de resolución de conflictos; los jurados son, más que nada, el ejemplo paradigmático de quien determina los hechos. Incluso si uno se centra únicamente en los jueces del *common law*, esta observación sigue siendo válida, por lo menos en cierta medida. Aunque la doctrina del anuncio judicial se ha expandido recientemente, la gama de hechos de que un juez angloamericano puede darse por enterado, sigue siendo menor que la gama de pruebas que un tribunal continental puede declarar "notorio". Además no se debería pasar por alto que los jueces continentales estudian los archivos de procesos anteriores con regularidad, con anticipación a los juicios que presiden. De hecho una preparación previa es considerada como distintiva de un juez concienzudo.⁷³ En los países angloamericanos, los preparativos anticipados tienen un estatus mucho más incierto, y esto es especialmente así cuando se anticipan a un juicio por competición. Tampoco es difícil ver que las preparaciones necesariamente diluyan la fuerza de la competición de partes en el juicio. La incertidumbre de encontrarse con un juez que es tabla rasa está entre los catalizadores más poderosos de la acción vigorosa de las partes, suponiendo que el caso vaya a juicio y no haya acuerdo previo. Si se reducen las incertidumbres y con ello los incentivos a la acción de las partes disminuyen, estará en peligro el procedimiento que se apoye en los litigantes como fuerzas impulsoras. Los

⁷³ Aun cuando la preparación previa basada en el expediente de las presentaciones de las partes no implica adquisición de conocimiento "privado", sino más bien "institucional", persiste el hecho de que el órgano decisorio no llega al caso con una "mente virgen".

argumentos partidarios pueden perder vitalidad, transformándose en posiciones ceremoniales.⁷⁴

No obstante, en la esfera del conocimiento *jurídico* (opuesto a *factual*) la bendición de la ignorancia del adjudicador debe aparecer matizada, si no patentemente absurda. ¿No es el conocimiento del derecho un equipaje deseable de alguien que ha de decidir en un litigio? Pero este hecho ha de examinarse una vez más contra el fondo del ideal de resolución de conflictos.

Cuando la ley es clara, o las creencias de que se llegará a conclusiones jurídicas mediante algún método inexorable, el conocimiento del derecho del adjudicador no debe desvirtuar su apariencia de imparcialidad. Incluso si de otro modo hubiese favorecido a una parte, podría argumentarse plausiblemente, no podría más que llegar a una conclusión jurídica inevitable. En este marco las partes tienen poco espacio para discutir sobre derecho. La mayor parte de las veces, sin embargo, el derecho no es tan transparente como para que las partes consideren innecesaria la argumentación sobre algunos puntos. En cuanto parece ser necesaria una argumentación jurídica, es razonable que los litigantes prefieran a un adjudicador que llegue al juicio sin posiciones sobre la legislación aplicable al caso, o por lo menos con una posición que todavía esté *al dente*; ambas partes son estimuladas a una actividad vigorosa en la creencia de que sus esfuerzos harán la diferencia, y ninguna parte lleva la carga de desalojar opiniones firmes —“prejuicios”— de la mente del adjudicador. Por tanto, a pesar de las impresiones iniciales al contrario, se mantiene el ideal de una tabla rasa inteligente y sabia,

⁷⁴ Mientras los jueces angloamericanos se preparan para la vista de la causa en el tribunal, así como para la dictación de sentencia, estudiando el informe preliminar, las partes tienen, por lo general, mucho menos que decir que en el juicio. La vigorosa acción de las partes puede sufrir un destripamiento similar en los tribunales de apelación si existe una excesiva confianza en la investigación y el análisis del equipo de trabajo (*staff*) antes de la argumentación oral. Ver, p. ej., P. E. Johnson, “*The Supreme Court of California 1975-76*”, 65 *Cal. L. Rev.* 231, 250 (1977).

incluso en la esfera de la información legal. El proceso de resolución de conflictos es “más puro”, y opera en una tonalidad más alta, si el adjudicador es un receptáculo vacío de argumentos jurídicos de las partes, antes que depositario de conocimientos jurídicos.

La administración de justicia angloamericana está permeada por la idea de que el adjudicador ha de ser guiado sobre la jurisprudencia aplicable al caso. Dejando de lado por evidentes las necesidades de información de los jurados y los magistrados legos, incluso los jueces profesionales —especialmente en las jurisdicciones norteamericanas— se apoyan abiertamente en sus abogados para que les proporcionen el material legal aplicable al caso. Muchos se enorgullecen de ser generalistas más que expertos jurídicos muy especializados, armados con respuestas rápidas. De hecho se duda de que existan normas jurídicas preestablecidas que puedan dejar de lado circunstancias concretas en casos individuales, de modo que es muy celebrado el papel del argumento *ad hoc* en el desarrollo de la ley. Haciendo una pequeña caricatura, el derecho parece una colección de argumentos contradictorios esperando que surjan un caso y una controversia.⁷⁵

En este punto el contraste con Europa es particularmente marcado. La maquinaria de justicia continental, dominada por profesionales educados en el espíritu del legalismo lógico, tiene poco uso para el ideal de un adjudicador que necesite instrucción acerca de la jurisprudencia sobre un caso. Por el contrario, *se espera* que el tribunal conozca el derecho: *jura novit curia*. Desde luego cuando se esperan conocimientos legales por parte del juez, los argumentos vigorosos y extensivos de las partes no sólo pueden parecer superfluos, sino también poco respetuosos. Como anotara un famoso juez alemán del siglo XVII acerca de los abogados

⁷⁵ En los tribunales de apelación, donde el ingrediente “legislativo” de adjudicación es más pronunciado, se valora más el entrenamiento legal, pero aun allí la necesidad del argumento oral de las partes es probablemente tomada más en serio que en sus homólogos del continente. Ver la opinión de J. Rehnquist en *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824, 833 (1972).

que plantean extensos argumentos legales: "son como pacientes prescribiendo una curación de Galeno a su médico".⁷⁶ No ha de sorprender, entonces, que raras veces se discutan los temas legales tan completa y enérgicamente en los tribunales continentales, como en los angloamericanos.

Las virtudes del modelo del túnel

El proceso puro de resolución de conflictos exige más del adjudicador que la neutralidad entre las partes. También debe estar ciego a cualquier consideración que trascienda la resolución de la disputa que tiene ante él. En otras palabras, no se le supone que patrocine algún objetivo o valor más amplio, incluso si el costo de esta actitud recaerá sobre ambos litigantes de modo igual. Si ocurriese tal patrocinio, las partes podrían abandonar el tribunal insatisfechas: podrían creer que el adjudicador les ha negado lo que les correspondía, o no ha dado respuesta adecuada a sus demandas, en bien de intereses añadidos indiferentes —e incluso hostiles— a la querrela que los hizo acudir a la justicia.

En el caso límite de un Estado de *laissez faire* extremo, la estrecha concentración de la disputa sub *judice* alcanza su forma más fuerte. Aquí el adjudicador no persigue políticas estatales que no guardan relación con el objetivo particular de la resolución de una disputa, porque el Estado en cuyo nombre va a los tribunales no tiene ninguna. En este sentido, entonces, está en una posición perfecta de resolución de conflicto.

No hace falta decir que esta actitud parece miope en la perspectiva de la mayoría de las ideologías políticas actuales. Peor aún, para algunos parece ser una simple cortina de humo destinada a proteger a quienes son favorecidos por la conservación del equilibrio social. Pero para un Estado au-

⁷⁶ Ver B. Carpov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, III parte, cuest. 115, n° 96 (Francfort, 1678).

ténticamente reactivo, y acaso incluso para aquellos que viven bajo regímenes opresivos, la visión de túnel del adjudicador parece garantizar que sus derechos se verán reivindicados en el proceso judicial, cueste lo que cueste.

V. EL ESTATUS DEL ABOGADO

Relación con el modelo

He considerado hasta aquí que las partes y el adjudicador son los protagonistas. ¿Debería añadirse la disponibilidad de abogados a la lista de rasgos esenciales que caracterizan los procesos de resolución de conflictos? En la medida en que está implicado el proceso adversarial —un proceso organizado de modo similar en torno a la idea de competición de las partes— la sabiduría convencional considera que la participación del abogado legal es necesaria para el modelo: sólo un proceso inquisitivo, se dice, puede negarse a permitir la representación por un asesor legal.⁷⁷ Pero es obvio que un planteamiento teórico de procedimientos en el estilo de competición, y por lo tanto también de resolución de conflictos, puede hacerse sin referencia al asesoramiento legal de las partes. En otras palabras, la participación del abogado no se implica necesariamente en la idea de procedimientos estructurados como competición, o la idea de un proceso dedicado a la resolución de conflictos. Aunque no sea conceptualmente necesario, se puede mostrar que el abogado apoya el objetivo de la resolución de conflictos, especialmente cuando se contempla el proceso judicial contra el fondo del Estado reactivo. El abogado claramente figura en la base de los arreglos con los cuales podrían haber estado de acuerdo los litigantes potenciales, al considerar el diseño del proceso judicial impregnado de ideología del *laissez faire*.

⁷⁷ Aun bajo el Antiguo Régimen, la mayoría de los procedimientos inspirados por el ideal inquisitivo de hecho admitían abogados de la defensa, tanto en las causas civiles como en las penales. Ver *infra*, cap. 5, n. 58.

Cuando la sociedad civil autorregulada se hace más compleja, sus miembros necesitan la ayuda de especialistas para estructurar las relaciones sociales mediante pactos y acuerdos. Una planificación informada puede anticipar las disputas y evitarlas, y por ello existe una gran necesidad de personas capacitadas para escribir acuerdos y llevar a cabo negociaciones. Si, no obstante, surgen disputas que conduzcan a un litigio, en que la victoria dependerá de la presentación del mejor caso, la necesidad de abogados capaces es particularmente apremiante. Tampoco se debe olvidar la corriente silenciosa del pleito: tácitamente se espera que las partes utilizarán a sus abogados para continuar la interacción, y negociarán para llegar a un acuerdo, obviando la necesidad de un proceso judicial completo. *Pactum vincit legem et amor iudicium*. También es cierto que la participación de los abogados puede preservar y fortificar la gestión del pleito por ciudadanos autónomos. Si cada cual gestiona personalmente su propio caso, inevitablemente las partes se convertirán en fuentes de información respecto a los hechos en cuestión, hasta en funciones no testimoniales. Al retirarse a las bambalinas —incluso no presentándose a juicio— y dejando que los abogados argumenten el caso, pueden conservar sus intereses y posición de *dominus litis*, manteniendo la libertad de iniciar acciones judiciales personalmente.

Ya ha quedado claro cuán íntima es la relación entre el proceso de resolución de conflictos del Estado reactivo y la actividad del abogado; en procedimientos caracterizados por la corriente negociadora, el abogado adelanta la idea de arreglo fuera de los tribunales, y en los procedimientos definidos por el control de las partes, la participación de los abogados es complementaria. Poner cualquier restricción al derecho de las partes a nombrar un abogado, o eliminarlos de algún nivel de los procedimientos, repugna, por tanto, al Estado reactivo. Este último está tan lleno de abogados, como el Estado activista está saturado de administradores, educadores, terapeutas, y otros gestores similares.

Notemos, sin embargo, que el Estado no puede *imponer* abogado a los litigantes porque donde se alaba la autonomía

individual, las partes deben tener libertad para contratar y despedir a sus abogados, sin importar la envergadura del tema del caso, ni el sesgo que adquieren los procedimientos cuando una parte elige gestionar personalmente su caso. Es más posible encontrar abogado obligatorio en procedimientos organizados por un Estado activista para la implementación de sus políticas: en esos casos, desde luego, donde la participación de los abogados parezca útil al Estado.

Papel adecuado

Al enfocar este tema, se debe imaginar un sistema judicial muy centrado en la resolución de disputas jurídicas y que no busca implementar programas trascendentes del Estado. Además, imaginemos un proceso judicial que pone la integridad de una contienda justa sobre la integridad de un resultado substantivo. Finalmente, supongamos una ideología de Estado que salude la bandera de la autodefinición individual. Cuando se cumplen todos estos presupuestos, se crea un entorno en que el papel del abogado como *ayudante de su cliente* debe entenderse en su forma más estricta, sólo limitada a consideraciones compensatorias. La promoción vigorosa de los intereses del cliente no se inhibe por consideraciones de que con ello se obstruirá la política del Estado. (Observe-mos, entre paréntesis, que el impulso de la acción agresiva del abogado en el modo puro de competición está dirigido hacia —o en contra de— la otra parte, antes que hacia o contra el representante de la autoridad del Estado que controla los procedimientos.) Las acciones fuertes en representación de un cliente no están temperadas por la obligación coexistente del letrado de buscar resultados exactos. Tampoco es legítimo para la defensa alterar su papel de asesor interpretando los intereses del cliente de modo diferente a la forma en que éste elige definirlos. La defensa no debe alegar en la audiencia en que se dictará sentencia que su cliente (que valora la libertad) deberá ir a la cárcel antes que ser puesto en libertad condicional porque los intereses del cliente —bien enten-

didos— se cumplirán mejor con un programa extenso de rehabilitación en una institución penal.

Planteado de modo positivo, la defensa debe apoyar con celo el mejor interés de su cliente, y sólo en la forma en que éste lo defina. En la esfera de la determinación de los hechos, el abogado debe ayudar a la parte a plantear su caso de la mejor manera posible por cualquier medio bajo la reglamentación procesal. En la esfera de la argumentación jurídica, debe ofrecer un contrapeso dialéctico a los argumentos de la otra parte: ha de defender todos los argumentos intelectualmente respetables en beneficio de su cliente. Incluso si no está convencido de que estos argumentos constituyan la mejor interpretación del derecho, e incluso si plantearlos complica el pleito y posterga el momento de la decisión.

Esto no quiere decir que la defensa pueda emprender cualquier acción para apoyar la causa de su cliente; los abogados operan en el marco de una competición reglamentada y justa. Pero es importante observar que los límites de lo que tiene permitido la defensa, coinciden en gran medida con los límites de lo que puede hacer una parte que actúe sola. Por ejemplo, como la parte no tiene carta blanca para falsificar documentos o acusar falsamente a otros para mejorar sus posibilidades de ganar su causa, tampoco lo tiene el abogado que la representa. Este no es el lugar adecuado para profundizar en el problema de la separación entre la conducta permisible y la ilegal en un litigio, ni las diferencias marginales entre lo que puede hacer un litigante personalmente y lo que puede hacer el abogado que lo representa. (El abogado es, en todos los sentidos, el alter ego de la parte.) Se debería reconocer, sin embargo, que estos problemas se vuelven cada vez más laberínticos mientras más se apoye el proceso en los abogados en la gestión del proceso. Al crecer su actividad total, se expanden las áreas sobre las cuales pueden surgir temas de conducta adecuada y ética. Muchas de estas dificultades no pueden resolverse —como en sistemas en que los funcionarios comparan más la carga— requiriendo que los abogados permanezcan pasivos, sin promocionar resultados precisos, ni defendiendo

activamente el interés de su cliente. La inactividad selectiva de la defensa puede afectar seriamente las posibilidades del cliente de ganar o incluso comunicar a quien determine hechos que un ítem en particular de las pruebas de su cliente es espúreo.⁷⁸ No es accidental que los observadores europeos raras veces aprecien en su totalidad el campo de las dudas que pueden plagar a un abogado motivado éticamente en el sistema norteamericano de proceso, cuando el asesor cumple las funciones tanto de *solicitor* como de *barrister* para su cliente.⁷⁹

Este hecho ofrece un indicio para resolver una paradoja aparente. En muchas jurisdicciones en que las partes —sus abogados— tienen control amplio, el papel del abogado como “funcionario del tribunal”, se enfatiza con casi tanta frecuencia como su deber de “asesor de la parte”; la primera caracterización habita en un plano ético más exaltado. Los EE.UU. son un ejemplo significativo: el uso conspicuo de abogados en la vida social en general y en el proceso judicial en particular, pareciera poner una prima en la celebración de la “asistencia celosa”, sin embargo el estatus del abogado como funcionario del tribunal está investido con igual, si no superior, dignidad ética. Hay varios factores en esta paradoja aparente,⁸⁰ pero sólo uno tiene interés inmediato: el papel de la defensa consonante con una estructura de procedi-

⁷⁸ Ejemplos de este problema aparecen más adelante en conexión con el proceso legal de implementación de políticas y la comparación del rol de los abogados en ese caso y en el de resolución de conflictos. Ver *infra*, cap. 5, n. 54 y texto correspondiente.

⁷⁹ En aquellas jurisdicciones de *common law*, como en Gran Bretaña, donde el abogado tiene escasos contactos con la parte y no se involucra en una investigación, hay menos oportunidades que en Estados Unidos de que el abogado del juicio esté en posesión de información que dé lugar a los dilemas éticos del abogado estadounidense. En el continente, el margen de actividad del abogado defensor es asimismo más restringido que en los sistemas de *common law*.

⁸⁰ Un factor no deja de mencionarse: la profesión legal norteamericana ejerce diversas facultades que en la mayoría de los países continentales, donde la soberanía está menos fragmentada, son monopolio de los funcionarios civiles.

mientos no debe confundirse con la exhortación ética diseñada para prevenir abusos de ese papel. La invocación del asesor como funcionario del tribunal está diseñada para contener la excesiva amalgama de los intereses del abogado con los de su cliente, y para prevenir que el litigio gestionado privadamente se transforme en un conglomerado de búsqueda personal. Porque en realidad el Estado no es autoritario y sus intereses no se definen claramente, estos excesos de identificación son entendidos como una amenaza mayor que la identificación contraria de los abogados y los intereses del Estado. En contraste, cuando un Estado gestor fuerte utiliza el proceso jurídico para impulsar sus programas, se requieren otros estabilizadores éticos: la ética profesional ahora contrarresta las presiones que reflejan la idea de que siempre deben prevalecer los intereses agregados del Estado sobre los intereses estrechos de su cliente. De igual modo, probablemente se glorificará la dignidad de actuar por un individuo privado atrapado en la maquinaria de la justicia.

Efecto sobre el proceso

A lo largo del tiempo, el uso de abogados que gestionen los pleitos lleva al refinamiento de los arreglos procesales y la sofisticación de la acción procesal: evolucionan los instrumentos que permiten una actuación de virtuosos, pero que no pueden ser usados por personas sin talentos especiales, ni la formación adecuada. Para los sistemas del *common law*, se ha alegado recientemente que los detalles técnicos de la ley de pruebas no son tanto resultado de los juicios ante jurados legos, como producto de los juicios "marcados por los abogados".⁸¹ Muy naturalmente la habilidad de los defensores puede hacer la diferencia crucial en el resultado del litigio. En el proceso judicial del Estado

⁸¹ Ver J. Langbein, "The criminal trial before the lawyers", 45 *U. of Chi. L. Rev.* 263, 306 (1978).

reactivo, desde luego las partes siguen manejando los pleitos, y están autorizadas a desempeñar la acción procesal; incluso cuando el manejo del caso por los abogados se hace básico para el éxito, para cualquier decisión importante ha de obtenerse el consentimiento del cliente. Pero no siendo iniciados en las complejidades de la práctica y la prueba, los litigantes con gusto se entregan al juicio de un profesional con recursos y capacidades: como con Fíguro, o los sirvientes de la comedia del arte, ocurre lo mismo con los asistentes en los litigios nominalmente controlados por las partes, los sirvientes no tienen dificultades para acabar dominando a sus patrones. Cuando la decisión está en manos legas, ni siquiera el cuerpo adjudicativo puede dejar de verse afectado por estas circunstancias. Por lo menos parte del cuerpo ha de familiarizarse con los puntos de buena práctica y prueba para poder resolver las disputas incidentales de los abogados sobre la propiedad del minuto procesal.⁸² Dicho todo esto, la necesidad de los abogados se autoalimenta, como si el proceso en el Estado reactivo estuviese afectado por un tipo de partogénesis judicial.

Porque es probable que las variaciones en las habilidades forenses esté menos marcada entre los abogados que en la población lega, parece ser que la importancia de éstos en los procesos controlados por las partes contribuye a una mayor equidad de las mismas, lo que es esencial en el modo de resolución de conflictos. Pero incluso si uno concede una paridad general de talento entre los miembros de la profesión del derecho, no se puede suponer que los litigantes estén igualmente capacitados y dispuestos para invertir en abogados. La parte mejor preparada para absorber los considerables costos de transacción de la justicia tiene una ventaja clara sobre el oponente, tanto en la negociación fuera del tribunal como en el litigio en sí mismo.

⁸² Desde la perspectiva continental, el juez en un juicio con jurado más parece desempeñar el papel de un abogado resolviendo disputas incidentales entre colegas que el papel adjudicador, tal como ellos lo entienden.

Pero como en la igualdad de las partes, el proceso de resolución de conflictos se satisface con los requerimientos de igualdad formal y por lo tanto esta perspectiva no resulta inquietante. Cuando los Estados comienzan a oír la trompeta de Gedeón y creen que la capacidad de las partes para invertir en disputas forenses debería ser igualada, se inicia un movimiento que finalmente nos llevará lejos del modelo de proceso discutido hasta aquí. Como los medios adecuados de subsidio a los litigantes más débiles económicamente resulta ser demasiado caro para el Estado, éste se ve llevado a restringir los gastos. Cuando los procesos judiciales se simplifican, la habilidad y sofisticación de los abogados es menos importante; las partes han sido desposeídas de los instrumentos procesales cuyo manejo adecuado requiere formación y habilidad especializados.

VI. ESTABILIDAD DE LAS DECISIONES

Cuando las decisiones se pueden perturbar fácilmente, el proceso jurídico no puede absorber el conflicto de modo eficaz: las disputas pueden arrastrarse de manera indefinida o pueden volver a encenderse. Como los resultados que son correctos de manera sustantiva son relativamente menos importantes para un Estado reactivo, es claro que el estilo de resolución de conflictos se opone al cambio de decisiones, incluso si se apoyan en errores jurídicos o factuales. El deseo de estabilidad incluye un amplio efecto de exclusión en litigios futuros, no sólo por alegaciones adjudicadas, sino también ante temas factuales litigados con anterioridad entre las partes (*estoppel* colateral). Que este pronunciado deseo de reposo se sedimente dependerá en gran medida de la estructura de la autoridad procesal. Cuando hay varios niveles de oficialidad, se pueden tratar las decisiones originales como tentativas y sólo se siente la necesidad de estabilidad después de que la autoridad superior se haya pronunciado; sin embargo, cuando el ideal es un solo nivel de decisión, la renuencia al cambio se hace operativa en cuanto el veredicto

es pronunciado.⁸³ Pero, sin importar cuándo se permita la reconsideración de las decisiones, en el modelo puro sólo puede ocurrir por iniciativa de las partes, no como parte de la responsabilidad oficial de los tribunales. Cuando incluso decisiones substantivamente erróneas pueden gozar de un alto nivel de inmunidad de cambios subsecuentes, esta inmunidad no se extiende a decisiones obtenidas mediante prácticas injustas o fraudulentas. Cuando el ganador de la competición forense se ha embarcado en alguna clase de "juego sucio", la *discovery* y revelación subsecuente de su mala conducta puede revivir la disputa apaciguada por la decisión. La res judicata pierde su carácter vinculatorio cuando no emana de una competición justa: *fraus omnia corrumpit* (el fraude lo corrompe todo).⁸⁴

Para un observador no implicado, un sistema judicial puede parecer seriamente defectuoso —acaso incluso perverso— cuando la justicia del proceso puede justificar una decisión substantivamente errónea: parece que el carro va antes que el caballo. Pero en una administración de justicia que valora la integridad de la disputa sobre el logro de resultados exactos de acuerdo a los méritos, este resultado parece perfectamente normal y aceptable. Es interesante que todavía puedan encontrarse vestigios de esta actitud en algunas jurisdicciones norteamericanas. Tomemos el ejemplo de una persona condenada, que en algunos Estados debe establecer que el fiscal suprimió pruebas, recién descubiertas por la defensa de modo injusto, para invocar su derecho a un nuevo juicio.⁸⁵ Cuando los procesos están más claramente en

⁸³ En el aparato de justicia con múltiples niveles, puede haber dilación en el proceso de revisión superior; en un sistema de un solo nivel, el mayor peligro de dilación se da en la preparación para el juicio.

⁸⁴ La frase está sacada de "The duchess of Kingston's case", 20 *Howell's Trials* 355, 537 (1776).

⁸⁵ Ver Carlson, "Why a need for the prosecutorial tie?" 1969 *Duke L. W.* 1171. La parte en un juicio civil no puede ofrecer pruebas que han sido previamente conocidas por ella pero que se han mantenido en secreto de quien debe adjudicar las cuestiones de hecho.

el modo de implementación de políticas, como son, por ejemplo, los procesos penales europeos, esta regla se acerca al travestismo de la justicia.⁸⁶ Por lo tanto, una vez más resulta que todavía quedan en los procesos reales unos vestigios del modelo procesal puro de resolución de conflictos, y que reciben apoyo de la ideología de los Estados auténticamente de *laissez faire*.

⁸⁶ No sorprende que la regla de la prueba mantenida en secreto hallara la oposición de las autoridades europeas durante el reino del histórico proceso "inquisitivo". Ver, p. ej., A. Bauer, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und aus dem Prozesse*, tomo II, 355 (Gotinga, 1852). Comparar con *infra*, cap. 5., n. 66.

5 | EL PROCESO COMO IMPLEMENTACION DE POLITICAS

El proceso judicial en un Estado auténticamente activista se organiza en torno a la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política de Estado. En contraste con las descripciones convencionales del proceso inquisitivo que invariablemente incluye rasgos asociados con un aparato judicial jerárquico, intentaré presentar un tipo de proceso activista despojado de cualquier rasgo relacionado con alguna característica particular de la organización del poder, para incluir sólo aquellas formas que se relacionan con el objetivo jurídico de implementación de políticas. Desde el comienzo hay que puntualizar una dificultad especial derivada de este enfoque.

En el análisis anterior, la negativa a considerar formas de justicia asociadas con un tipo de autoridad en particular, no evitó el desarrollo de un ideal bastante específico del estilo de resolución de conflictos. Dado que los protagonistas privados desarrollaron tantas actividades, la deliberada falta de definición del carácter preciso de la autoridad procesal no resultó un gran problema. Pero cuando los *funcionarios* están a cargo tanto del proceso como de la decisión —como lo están en el modo de implementación de políticas— la forma óptima del proceso dependerá del carácter específi-

co de la autoridad procesal. Los legos ad hoc y los funcionarios tienen modos muy diferenciados de realizar su trabajo; una investigación dirigida por un cuerpo único de funcionarios, difiere claramente de otra organizada por investigadores encerrados en cadenas jerárquicas de sub y supraordenación. Como resultado, a menos que se especifiquen las características del aparato judicial, hay una variedad de formas que pueden ser compatibles con la naturaleza fundamental del proceso judicial como investigación oficial, pues raras veces se puede identificar un método único que sea el favorito de todo tipo de autoridades. Como en este capítulo no voy a especificar el perfil político o social de la organización del poder, habrá que recurrir a modos poco elegantes de argumentación negativa y exclusión, en vez de una descripción directa de formas ideales de los procesos de implementación de políticas.

La dificultad resultante, sin embargo, no es tan severa como para hacer que el modelo aparezca completamente indeterminado. Pese al hecho de que muchos procesos judiciales alternativos pueden armonizar con objetivos activistas en la administración de justicia, evidentemente algunos arreglos muy expandidos e importantes no lo hacen; por lo tanto aparecen formas como residuos que comparten los procesos dedicados a la implementación de políticas en diferentes sistemas de poder. También habría de notarse que la indeterminación relativa del proceso de implementación de políticas es el vicio de la virtud de mi enfoque comparativo, que se centra separadamente en las formas procesales relativas al carácter de la organización del poder y en las formas relacionadas con la misión del Estado en la sociedad. Cierta indeterminación resultante no es más que el precio del desarrollo de un tipo de justicia activista que —a diferencia del modelo inquisitivo convencional— cubre la división que separa las culturas jurídicas influidas por tradiciones divergentes de poder. Sólo un modelo de proceso activista independiente de cualquier variación en la estructura de la organización del poder promete ayuda para estudiar la justicia activista de una cultura a otra; y sólo después de haber esbozado dicho

modelo, podré comenzar a enfocar el tema de sus modalidades internas, debidas a grados diferentes de burocratización, un sentido diferente de la jerarquización adecuada, y otros factores similares.

El tema de las variaciones internas en la justicia activista se verá en el capítulo siguiente, en que irá desapareciendo buena parte de la indeterminación necesaria para construir el modelo. Como en la imagen de Proust de las flores japonesas de papel en el agua, esta construcción algo informe se desplegará gradualmente para revelar su capacidad de adquirir una forma definida y contornos precisos.

I. EL PROBLEMA DE LA REGLAMENTACION

La naturaleza instrumental del derecho procesal

En el proceso judicial del Estado reactivo, las decisiones se justifican más en términos de la justicia de los procedimientos empleados que en lo acertado de los resultados obtenidos. En contraste, las reglas y reglamentaciones procesales en el Estado activista ocupan una posición mucho menos importante e independiente: el proceso es básicamente la doncella del derecho sustantivo. Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad —o maximiza la posibilidad— de alcanzar un resultado sustantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor sustantivo colateral. En este sentido, entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho sustantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho sustantivo siga fielmente una política de Estado, el derecho procesal es doblemente instrumental, o doblemente derivativo: como el arte en la visión de Plotino, puede compararse con la sombra de una sombra.

No se debe entender, no obstante, que queremos decir que la exactitud de los resultados justifica *cualquier* procedimiento empleado para alcanzar ese resultado. Incluso en Estados enteramente activistas, algunas reglas procesales son de naturaleza dual, en el sentido de que no respetarlas no sólo altera un orden procesal interno, sino sugiere asimismo que se ha violado una política substantiva. Por ejemplo, coaccionar a un testigo para que testifique cuando no se ha respetado una disposición procesal, puede clasificarse como delito penal: puede haberse violado el derecho penal al forzar a un testigo a hablar, y esa violación no está justificada automáticamente, incluso si el testimonio coaccionado lleva a una prueba decisiva y finalmente a una deposición exacta del caso entre manos. Pero sería errado suponer que un Estado activista reconoce tantas reglas de naturaleza dual como un Estado reactivo. Un Estado activista está menos dispuesto a reconocer que las vidas individuales tienen sus propias lealtades, o que los individuos pueden reafirmar su propio interés contra el del Estado, tanto como muchas otras consideraciones que subrayan las reglas procesales que dificultan la consecución de resultados exactos basados en los méritos (p. ej., los privilegios testimoniales y las restricciones en las búsquedas e incautaciones). Tampoco es probable que un Estado activista —especialmente en sus variantes más pronunciadas— cultive salvaguardas procesales que reflejen desconfianza en sus funcionarios. El Estado no puede lanzar y mantener sus programas ambiciosos de cambio social si lo persigue el espectro de la mala conducta oficial y lo amenaza el temor de *qui custodiet custodes*. La elección de la forma procesal está inspirada en general en elegir aquellas que tienden a producir resultados exactos, y con ello promocionar la fluida realización de la política de Estado en las circunstancias de un caso. Valores colaterales ocasionales que inspiren impedimentos para alcanzar los resultados substantivamente correctos son como remolinos en un río torrencioso: no pueden desviar el flujo de procedimientos en dirección a los resultados basados en los méritos.

Con la reglamentación procesal adaptada a la realización fluida de los objetivos del Estado, los funcionarios ad-

quieran amplias facultades para actuar.¹ No debe exagerarse la tentación de circunvalar o violar los reglamentos procesales, porque habitualmente tales reglamentaciones les permiten alcanzar los resultados deseables basándose en los méritos del proceso. Cuando, sin embargo, se produce un incumplimiento de las disposiciones procesales, la decisión que emana de ese incumplimiento —si es substantivamente exacta— no se invalida con tanta libertad como en el proceso de resolución de conflictos. Esto es cierto incluso en aquellos casos en que el incumplimiento implica más que una disrupción del orden procesal interno: Si, por ejemplo, el acusado culpable ha sido condenado, con la sentencia adecuada, el juicio no se revocará automáticamente, incluso si es evidente que la sentencia se basó en una confesión obtenida ilegalmente. En la perspectiva de un Estado activista, esa revocación sería un formalismo sin sentido. Deshacer una decisión substantivamente exacta requeriría una buena demostración de que las sanciones alternativas para la impropiedad procesal (tal como el castigo del culpable) requieren una buena demostración de que las sanciones a la impropiedad procesal (como un castigo al culpable en proceso colateral) son insuficientes para evitar las consecuencias dañinas a los intereses del Estado, tales como la pérdida de confianza en sus funcionarios. Desde luego una reclamación de esta naturaleza necesita una sustentación seria para producir efecto, pues una ganancia cierta y directa —un juicio exacto— no debería ser fácilmente sacrificada por una preocupación sobre pérdidas remotas y especulativas. El alegato más fuerte del acusado es sugerir que en el largo plazo el no revocar una decisión viciada podría perjudicar la capacidad del sistema judicial para llegar a resultados exactos. Por ello, el argumento más

¹ Esta manga ancha puede ejemplificarse mediante las disposiciones que regulan las investigaciones criminales e imponen formalidades al uso de medidas susceptibles de interferir con la libertad individual (como el requerimiento de una orden judicial autorizando la búsqueda y captura), pero que también proveen de "cláusulas de escape" en caso de necesidad urgente y falta de tiempo para observar tales formalidades.

fuerte para revocar una condena basada en una confesión obligada aunque verídica, claramente no es de compasión, o humanidad; más bien se alega que el no revocarla expondría al aparato judicial, en el futuro, a autoinculpaciones poco fiables. En otras palabras, las salvaguardas procesales en el Estado activista se establecen con más seguridad si están vinculadas a la preocupación por mantener un proceso que maximice la probabilidad de alcanzar resultados exactos basados en los méritos del proceso.

El apego a instrucciones flexibles

Los arquitectos del proceso de implementación de políticas luchan por diseñar reglas y reglamentos procesales que faciliten el logro de resultados certeros. Pero por más que lo intentan, es imposible diseñar procedimientos perfectos que, seguidos al pie de la letra, den inexorablemente resultados correctos basados en los méritos del proceso. Suponiendo, por ejemplo, que la prohibición de hacer preguntas sugestivas en el examen directo de testigos es por lo general una regla adecuada, podrían surgir circunstancias —que nunca se pueden anticipar del todo— en las cuales una interrogación sugestiva antes que ponerla en peligro, más bien favorecerá la investigación.² Para un sistema en que el derecho procesal es el instrumento para la realización de una política substantiva, lo que surge de esta visión es muy claro: cualquier reglamentación de las acciones procesales ha de ser flexible; se permitirá apartarse de las reglas si su cumplimiento rígido pone en peligro el logro de los resultados deseables en

² Esto puede expresarse en términos más generales: donde existe un criterio sustantivo independiente acerca de lo que debe ser un resultado adecuado (p. ej., la implementación correcta de un programa gubernamental), no puede haber una "justicia procesal perfecta", es decir, un procedimiento que garantice, si se sigue minuciosamente, la obtención del desenlace anhelado. Para el tema de la "justicia procesal perfecta", ver J. Rawls, *A theory of justice*, 85 (1972). El mismo Rawls duda si una justicia así es posible en casos de gran interés práctico.

casos concretos. Por lo tanto, las reglamentaciones procesales del modelo que ahora discutimos gravitan casi siempre hacia instrucciones cautelares o reglas basadas en la experiencia que deben seguirse en situaciones típicas, antes que hacia reglas rígidas.³

¿Cuándo puede permitirse a los funcionarios estatales que se aparten de las instrucciones procesales? En teoría, por lo menos, hay una respuesta adecuada: no considerar las formas procesales es permisible cada vez que en las circunstancias del caso las desventajas de apartarse de la regla (por ejemplo: incoherencia en la aplicación de normas válidas) tienen menos peso que otras consideraciones de políticas. Pero la aplicación de este cálculo consecuencialista expande el campo de la investigación de modo exponencial y puede presentar dificultades insuperables. Las reglas procesales de naturaleza "dual" son una buena ilustración. El hecho de que la forma de obtener una confesión viole las reglamentaciones procesales y también caiga en la definición de un delito, no significa necesariamente que haberse apartado tanto de las normas procesales y substantivas no haya estado justificado en la constelación concreta de los hechos. Tal vez el interés del Estado en la deposición acertada de un caso en particular debería estar en un nivel tan alto que la necesidad de información constituya

³ Los gobiernos revolucionarios siempre se sienten atraídos por las instrucciones antes que por las reglas procesales rígidas, por lo menos en sus fases de *Sturm und Drang*. Así, las autoridades soviéticas tempranas veían en la informalidad de las instrucciones un ideal. Ver P. I. Stuchka, *Narodnyi sud v voproskakh i otvetkakh* (Moscú, 1918); J. H. Hazard, *Settling disputes in soviet society*, 25-33, 433 (1960). La cruzada contra las reglas en la China comunista alcanzó su apogeo durante la Revolución Cultural maoísta, donde "la destrucción de todas las reglas permanentes", sustantivas o procesales, se convirtió en un objetivo del Partido. Ver D. F. Forte, "Western law and communist dictatorship", 32 *Emory L. J.* 135, 201 (1983).

Doblegar las reglas procesales también atraía a los absolutistas ilustrados: esta predilección por la flexibilidad se ilustra en la legislación de la Prusia de tiempos de Federico, un Estado con vastos programas de tipo "activista". El Preámbulo del *Corpus Juris Fridericianum* establece que las normas procesales sólo son válidas si "tienen sentido a la luz de las circunstancias". Ver K. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, 29, n. 92 (Tubinga, 1976).

una justificación utilitaria aceptable para el incumplimiento de las normas.⁴ Evidentemente las soluciones para este problema consecuencialista pueden ser de una complejidad asombrosa para cualquiera cuya visión no cubra —como la visión del guardián de Platón— “totalidades concretas”. Permitir que los simples mortales operen libremente a partir de principios utilitarios tan extensos abre un amplio espacio para los juicios errados, la arbitrariedad, la discriminación odiosa. En tanto que es improbable que estos peligros no sean notados, incluso en aquellas organizaciones legales que no están comprometidas con nociones fuertes de orden y predictibilidad, el riesgo puede ser auténticamente alarmante para una burocracia judicial constituida jerárquicamente.

Como ejemplo, consideremos un tema cuya complejidad ha sido la plaga de las autoridades en los procesos penales en el antiguo régimen de los países continentales. Todos apoyaban la idea de que la mayor parte de las reglas procesales podían pasarse por alto en circunstancias excepcionales, en caso de una “necesidad” superior. ¿Pero se podía permitir a los funcionarios una cláusula de escape respecto a *todas* las disposiciones procesales? ¿Podía permitírseles prescindir de la *figura iudicii* adecuada, incluso cuando lo que está en juego es tan importante como atenerse a las reglas que regulan los medios legítimos de testimonio obligado? De modo significativo, incluso quienes apoyan irrestrictamente el control del delito entre las autoridades jurídicas del período dudan antes de dar una respuesta positiva.⁵

⁴ Existen sistemas de justicia penal en que se contempla que un acto, de otro modo criminal, puede justificarse si se comete para contrarrestar un peligro para los intereses del Estado. Para la ley soviética, ver N. A. Belyayev y N. D. Shargorodsky, eds., *Kurs ugolovnogo prava*, tomo I, 536 (Moscú, 1968). Más comunes son las justificaciones basadas primeramente en la protección de intereses más tangibles, sean grupales o individuales.

⁵ Un ejemplo famoso de este problema, debatido por siglos, era la cuestión de si las reglas acerca de la tortura judicial legítima podían ser dejadas de lado en el caso de la mayoría de las ofensas peligrosas y atroces. Muy pocas autoridades estaban preparadas para dar una respuesta afirmati-

El engañosamente sencillo cálculo utilitario es, por lo tanto, de poca ayuda. Por esta razón, incluso los Estados activistas extremos no consiguen convertir todas las reglamentaciones procesales en instrucciones o meras estrategias para dirigir el pensamiento oficial. Un número limitado de disposiciones asume algún grado de rigidez y, por tanto, también, una medida de independencia de la sumisión a los objetivos del Estado para alcanzar deposiciones correctas basadas en los méritos del proceso. Como consecuencia añadida, por lo menos algunas faltas de cumplimiento del proceso merecen revocación automática. Tal como el modelo de resolución de conflictos gravita hacia la legitimación procesal pero no alcanza una justicia puramente procesal, del mismo modo el proceso de implementación de políticas, aunque prefiere una legitimación substantiva, no alcanza a justificar sus decisiones únicamente en términos de resultados acertados. Pero sacrificar la exactitud substantiva en bien de una regularidad “procesal” sigue siendo una anomalía algo inquietante. Tiene sabor a “formalismo”, tan extraño a la ideología del Estado activista, y en la mayoría de los casos, la reglamentación procesal permanece flexible.

Es importante distinguir esta flexibilidad de la naturaleza sumisa de las reglas y reglamentaciones del modelo de resolución de conflictos: en tanto que este último refleja la autonomía de las partes privadas, el primero refleja la primacía de los intereses del Estado. La diferencia adquiere un relieve notable al reconocerse que los que reciben las reglamentaciones no son idénticos en los procesos de resolución de conflictos o de implementación de políticas. En el primero,

va, aplicando a este problema procesal una doctrina desarrollada en un contexto diferente por los primeros abogados civiles y canónicos. Ver B. Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, III parte, cuest. 102, N° 68, 16 (Francfort, 1677): “*Notissimum est quod in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi liceat*”. Para el tópico más general y antiguo de los alejamientos permisibles de las reglas (*transgressio legis*), ver E. Lefebvre, “*Morale et droit positif. Une institution disparue, la ‘transgressio legis’*”, en *Miscellanea Moralia in Honorem Eximii Domini Arthuri Jansen*, 381 (Lovaina, 1949).

la reglamentación se dirige básicamente a las partes privadas que controlan el litigio, quienes adquieren derechos procesales a los que pueden renunciar. Si eligen afirmar estos derechos, ello no puede negarse en consideración a algún interés superior del Estado. En contraste, en el proceso de implementación de políticas del Estado activista, los objetos primarios de la reglamentación son los funcionarios a cargo de los procedimientos, los cuales tienen que realizar tareas y cumplir deberes. Es cierto que se puede interpretar que muchas disposiciones dirigidas a ellos conceden "derechos" *indirectos* a las personas implicadas en el proceso. Supongamos, por ejemplo, que un funcionario no ha cumplido un plazo prescrito para hacer un movimiento procesal en detrimento de un individuo privado. Podría decirse que ese individuo tiene "derecho" a oponerse a una extensión del plazo para permitir que se cumpla la etapa omitida. Pero esta interpretación no entendería la realidad de la situación: el individuo puede alegar sólo que la extensión del plazo es por alguna razón opuesta al interés del Estado, y con ello intentar utilizar el peso de este interés para proteger el suyo propio. Como ya se ha dicho, convertir la reglamentación procesal en un paquete de derechos es transponer el idioma legal del Estado reactivo a un medio extraño, donde (hablando sin ambages) no existen los derechos procesales personales.

ii. PARTICIPANTES SIN PODER

Las partes

Si se utiliza la palabra *parte* en su sentido más estricto aplicable al contexto de resolución de conflictos —esto es, para designar a un individuo o grupo privado que tenga un poder autónomo para dar forma al procedimiento— no hay partes como tales en el modelo de implementación de políticas. Para asegurarse, un caso puede representar alguna ventaja o beneficio que el Estado activista confiere a un ciudadano, ventaja a la cual se refiere convencionalmente como derecho

personal. No obstante, incluso en un caso así, el ciudadano de un Estado activista no es soberano para afirmar o renunciar al derecho que constituye el contenido de la causa de acción. Si no está dispuesto a defender su causa, la política estatal puede exigir que un funcionario lo haga por él. Por estas razones tal vez sería más apropiado no hablar de "partes", sino de "principales participantes en un proceso": aquellos que, aunque se les niegue el control de las acciones procesales, están más afectados directamente por la decisión en que culminará el proceso. Habiendo notado esta calificación, no obstante, me quedaré con un uso convencional y por tanto más conveniente.

Al analizar el proceso de resolución de conflictos, he indicado la prominencia del tema de la capacidad legal de las partes para emprender acciones procesales. En contraste, en el modelo que ahora consideramos, este tema es casi insignificante: de acuerdo con la ideología activista, los ciudadanos no son necesariamente los mejores representantes de sus propios intereses, bien entendidos: esto es, sus intereses cuando aparecen a la luz de los valores del Estado. La actitud resultante hacia la parte puede indicar, cuando se observa a través de otra óptica ideológica, que la gente no es tratada como adulto, casi *in statu pupillari*. Sin embargo aquí hay algo de exageración: el Estado trata a los menores y a los adultos de modos diferentes.⁶

- La negación de una posición de *dominus litis* a una parte no implica que no se le dé una oportunidad para presentar sus puntos de vista u ofrezca pruebas: el requisito de que los ciudadanos afectados deben ser escuchados es perfectamente compatible con un modelo puro de implementación de políticas. No obstante, el propósito de ofrecer

⁶ Un perspicaz comentarista norteamericano caracterizó a la administración de justicia del Estado "activista" soviético de "parental". Ver H. Berman, *Justice in the USSR, An interpretation of soviet law*, 363-68 (1963). Los académicos soviéticos protestaron vigorosamente: la ley soviética, arguyeron, regula de un modo muy diferente los procedimientos que involucran a adultos y a menores.

una audiencia es más informativo que protector de los intereses individuales. La parte es una fuente preciosa de la información que los funcionarios necesitan para alcanzar la decisión correcta; esto es, la presentación de los puntos de vista de las partes que pueden ayudar a formular e implementar la mejor política de respuesta al problema que presenta el caso.

Otros participantes

Como he señalado, el Estado auténticamente activista intenta atraer a los ciudadanos, apartándolos de las preocupaciones privadas para movilizarlos hacia los objetivos estatales.⁷ Por lo tanto es muy comprensible que el Estado estimule una diversidad de formas de implicación de los ciudadanos en la administración de justicia: formas que difieren de los papeles testimoniales clásicos o de las modalidades clásicas de una estrecha intervención técnica en el proceso pendiente.⁸ Se permite a los participantes que se presenten como *amici curiae* para plantear las opiniones sobre temas ante el tribunal, y crear nuevos canales de intervención en el proceso, más allá de los límites que les asignan un papel de meros testigos. Se puede confiar a grupos de ciudadanos una amplia gama de auxiliares, tareas no autoritarias, tales como el control de la conducta de las partes implicadas en los procesos. También se puede hacer que los ciudadanos sean audiencias cautivas para los procesos que prometan tener un impacto didáctico.

Uno se puede preguntar por qué se encuentran pocas pruebas de esa implicación ciudadana en la administración

⁷ Para el deber de los tribunales soviéticos de educar a los ciudadanos en el espíritu de lealtad a la causa del comunismo y otros valores estatales, ver *RSFSR, Law on court organization*, art. 3; ver también H. Berman, *Soviet criminal law and procedure* (1966).

⁸ No considero aquí el alistamiento temporal de ciudadanos como funcionarios *ad hoc*.

de justicia durante el período de los regímenes absolutistas continentales, de los que a menudo se piensa son los progenitores de los sistemas inquisitivos "puros". El misterio se despeja si uno se da cuenta de que, con excepciones menores, esos regímenes estaban mucho más preocupados de las amenazas a su autoridad que de gestionar las vidas de sus súbditos.⁹ Además el aparato judicial —dominado por burócratas profesionales— se inclinaba a considerar la administración de justicia como un objetivo técnico, inadecuado para la intromisión de aficionados, incluso si a estos no se les daba participación en la autoridad de tomar decisiones.

iii. CONTROL OFICIAL DEL PROCESO

Comienzo y final

Es de sentido común que cuando la administración de justicia es un vehículo para la implementación de políticas, el Estado debe conservar la posibilidad de elegir si conviene activar el proceso. Si los individuos privados pudiesen coaccionar las acciones del Estado a voluntad, podrían provocar procesos innecesarios o frustrar la intervención garantizada del Estado. Se podría argumentar con la misma fuerza que la terminación del proceso también estaría controlada oficial-

⁹ Es cierto que los teóricos del siglo dieciocho absolutista desarrollaron la idea de que el Estado debe ser responsable de incrementar el bienestar de sus ciudadanos; ellos alababan el estilo de gobierno chino, el que, pensaban, estaba interesado en esos afanes administrativos. Ver J. H. G. von Justi, *Vergleichung der Europäischen mit den asiatischen und anderen vermeintlich barbarischen Regierungen* (Berlín, Stattin y Leipzig, 1762). Con todo, la práctica absolutista dieciochesca estaba bastante lejos de una ingeniería social abarcadora. La Ginebra de Calvino era una polis con controles globalizadores sobre la población y programas de vasto alcance para el mejoramiento de los ciudadanos; puede entenderse como una de las excepciones a las que se refiere el texto: una precursora occidental de un verdadero gobierno activista. En su *Civitas solis poetica*, Campanella ofrece un precoz ejemplo de procedimientos educativos y parentales, que el autor soñó mientras languidecía en las mazmorras de la Inquisición española.

mente: si los individuos privados tuviesen la posibilidad de retirar un tema del examen oficial, en efecto podrían anular la acción del Estado, o excluir una comunicación que el Estado consideraba importante. O, si estuviesen en posición de insistir para que continuara el proceso pese a que los funcionarios hubiesen decidido que era indeseable, los individuos privados podrían prolongar una investigación que había dejado de servir los intereses del Estado y con ello dilapidar los recursos fiscales. El control privado sobre el comienzo y final del proceso sólo podría ser aceptable en caso de una congruencia substancial de la motivación privada y oficial para la implementación de políticas: en el idilio resultante, como los puntos privados y estatales convergían, en lugar de los funcionarios podrían ser los ciudadanos quienes tomaran decisiones procesales. Sin embargo, en la medida en que la gente no hubiese internalizado suficientemente las normas oficiales, el Estado necesita conservar poder para elegir los vehículos de implementación de políticas de modo concluyente.

El control monopolístico por funcionarios no significa, sin embargo, que los individuos privados no tendrían derecho a voz en la serenata del proceso de implementación de políticas. Muy por el contrario, podría haber mucho espacio para una participación útil de los individuos privados en ambos puntos. Los ciudadanos (por ejemplo, las víctimas de un delito) pueden proporcionar importante información, señalando la necesidad de intervención estatal. Su irritación puede servir para convertir los procesos jurídicos en un drama moral en vivo; el cambio en sus actitudes puede sugerir que los procesos ya no están garantizados, etc. Pero su valor para el sistema judicial es en cuanto a su capacidad de aportar la información requerida por los funcionarios para decidir la instrucción y la terminación de un proceso. Ha de reconocerse que los meros informantes pueden *aparecer* superficialmente como reclamantes privados o fiscales con poder de coaccionar la instrucción del proceso de implementación de políticas. Los principales motivos para esta expectativa son que los antecedentes ofrecidos por los informantes privados requieren algunas verifica-

ciones preliminares y revisión para determinar si las ruedas de la justicia han de ponerse en movimiento, y estas verificaciones preliminares pueden ser confundidas con el proceso judicial propiamente dicho. Especialmente en el entorno poco metódico e informal de la maquinaria de justicia paritaria, puede ser muy difícil fijar una línea divisoria entre las verificaciones preliminares y el comienzo "formal" de un proceso. La claridad de esa línea se ve adversamente afectada por la propensidad de los funcionarios legos a confiar diversas tareas a individuos privados, de modo que puede requerirse que simples informantes se presenten junto a testigos, dando entonces la impresión de que son fiscales privados. Desde luego en las acciones más metódicas de las burocracias jerárquicas, la línea entre los meros informantes y los acusadores privados reales es mucho menos tenue. Aquí el tema de si existe base para iniciar un proceso puede volverse la tarea preliminar especial de un Cancarbero oficial en el umbral del sistema judicial,¹⁰ y mientras que los informantes privados pueden desempeñar un papel en esta revisión preliminar, ellos no tienen derecho a pedir que se instituyan procesos en sentido estricto, y cruzar dicho umbral.

¹⁰ En el proceso penal del Antiguo Régimen, no se esperaba que el magistrado investigador iniciara los procedimientos antes de que se hubieran establecido fundamentos específicos para una querrela criminal. Esos fundamentos debían precisarse en una pesquisa secreta, relativamente informal, de modo que un informante malicioso no dañase la reputación de un inocente. Los visitantes contemporáneos de Inglaterra, aun cuando se enamoran de las instituciones británicas, desapruaban el poder de los individuos privados para someter a otros a procesos criminales mediante el "enjuiciamiento privado": las personas de poco carácter podían destruir reputaciones y exponer a la "ignominia" aun a aquellos que después salieran exculpados de estos "cargos privados". Las mentiras, aun si se prueba su falsedad, dejan un residuo dañino. Ver D. Hay, *The meanings of the criminal law in Quebec*, en L. A. Knafla, ed., *Crime and justice in Europe and Canada* (1980). Débiles trazos de la antigua distinción entre inquisición informal (general) y procedimientos propiamente tales (inquisición especial) subsisten hasta hoy en algunas jurisdicciones continentales, las que distinguen dos tipos de pesquisas preliminares y explican en detalle los "fundamentos legales" para echar a andar los enjuiciamientos criminales. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 5, 108.

Esta diferencia en la claridad con que pueden distinguirse los informantes de las partes que controlan la existencia del proceso, puede ser fuente de confusión en los estudios entre culturas. En el punto en que un funcionario en un aparato autoritario metódico no encuentra base para *comenzar* un proceso propiamente dicho, su colega de un medio menos metódico determina la *interrupción* de procedimientos ya iniciados: un individuo privado, igualmente sin poder para coaccionar la acción oficial, puede percibirse como mero informador en un medio, y como acusador privado en otro. El informante continental del antiguo régimen puede no haber sido tan distinto del "acusador privado" inglés, como los conocimientos convencionales quieren hacernos creer.¹¹

¿Cómo se reparte el control sobre la vida del proceso de implementación de políticas entre los funcionarios? Pueden contemplarse varias alternativas. Una es dotar de control al funcionario que también está a cargo de impartir la decisión basada en los méritos del proceso; otro es dar control sobre la iniciación y terminación a un funcionario especializado que actúa como "promotor": un abogado del Estado o acusador público. En este último caso, se convierte en experto, un especialista en la entrada y la salida, que identifica los problemas que impulsan adecuadamente la maquinaria de justicia y que tal vez también determina la tasa óptima para que el sistema absorba los casos. Cuando ocurre esta diferenciación interna oficial, la participación de un "promotor" de los intereses del Estado puede ser tan altamente considerada que los procesos de implementación de políticas llevados a cabo en ausencia suya son tratados como una forma inferior, sólo aceptable en casos sencillos. No hay nada en la naturaleza del proceso de implementación de políticas que evite que el fiscal del Estado especia-

¹¹ Es una extendida exageración el que el acusador "popular" inglés era un *dominus litis* privado. Sólo pensemos en que los magistrados podían abortar tales enjuiciamientos privados al negarse a exigir a los sospechosos que acudieran al tribunal para someterse a juicio.

lizado comparta su poder para iniciar y terminar procesos con otros funcionarios, incluido el juez.¹² Incluso si el abogado del Estado tiene la última palabra en este tema, no se produce una desviación de la implementación de políticas propiamente dicha. Imaginemos por ejemplo que se ha lanzado una investigación por iniciativa del abogado del Estado y que demuestra que el problema es de un orden diferente al supuesto en un principio, y que el último tipo de problema no garantiza la intervención del Estado. Si de hecho el fiscal es un especialista en estos temas, es también el candidato natural para determinar en última instancia que habrá que dar por concluida la investigación oficial.

Ha de enfatizarse que esta visión del proceso de implementación de políticas diverge considerablemente de los retratos convencionales del proceso inquisitivo "ideal". De acuerdo con lo que convencionalmente se entiende, el proceso sólo es puramente inquisitivo cuando todos los aspectos del control procesal están concentrados en una persona (o personas) que decide en base a los méritos del proceso; la participación de los abogados del Estado (o acusador público) señala la introducción de arreglos adversariales en la administración de justicia. Se considera que el fiscal del Estado es una parte comprometida en una disputa con la persona implicada en el proceso (por ejemplo, un acusado penal). No estoy de acuerdo con este análisis porque introduce supuestos reactivos en el entorno del Estado activista: aunque no se puede negar que el desarrollo de una función especial de promoción puede dar espacio a formas de reso-

¹² En la Francia del Antiguo Régimen, los jueces estaban facultados para instituir por su cuenta un procesamiento penal, independientemente del fiscal real. Ver R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, vol. 1, 53 (París, 1907). En algunas instancias esto también es posible en el proceso penal soviético. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 255, 266. Existen asimismo algunos precedentes en Estados Unidos de facultades judiciales "inherentes" para designar un fiscal especial si el asignado se niega a "ejercer su deber", tanto de iniciar como de (más plausiblemente) continuar procedimientos ya iniciados. Ver "Note, The special prosecutor in the federal system", 11 *Am. Crim. L. Rev.* 577, 579 (1973).

lución de conflictos en la administración de justicia,¹³ no es probable que esto ocurra en un Estado puramente activista. En un Estado así no existe igualdad ni mutualidad de derechos entre el individuo implicado en el proceso y el abogado del Estado: los individuos y los intereses del Estado no están en el mismo plano. El funcionario del Estado mantiene una posición superior, incluso exaltada; o bien está a la par con el juez y puede ejercer poderes coercitivos sobre el individuo (la otra "parte").¹⁴ Además el proceso es independiente de una controversia real; ni siquiera una disputa simulada encuentra un buen punto de apoyo. En suma, más que enfrentar una parte adversaria más o menos igual ante el tribunal, el individuo privado se ve confrontado con un poderoso Cancerbero de las políticas del Estado, sólo discernible del juez por su función especial. Que los promotores oficiales participasen en este proceso histórico *per inquisitionem* puede plantear problemas a la teoría convencional, pero no a los puntos de vista expuestos aquí.¹⁵

Se puede imaginar otra forma de la implementación de políticas en que se permite el control privado del proceso, pero sólo de modo provisional, de modo que siempre es posible la "corrección" oficial de la acción privada. Un ciudadano que se queja de que una ventaja que le ha sido conce-

¹³ En el último capítulo mostraré que las reformas decimonónicas de los procedimientos penales continentales en realidad introdujeron diversas formas adversariales al separar las responsabilidades enjuiciadoras de las adjudicadoras.

¹⁴ El proceso penal soviético proporciona un ejemplo decidor. El fiscal del Estado (llamado "guardián de la legalidad") es la autoridad final en la importantísima investigación preliminar, que incluye materias tan sensibles como la detención preventiva. El acusado no puede dirigir sus quejas contra la policía u otros investigadores al tribunal; el fiscal posee la autoridad exclusiva de revisión. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, §2, cap. 18, art. 211-17. Designados por el Soviet Supremo, los fiscales son vistos a menudo como la cuarta rama del gobierno. En algunos sistemas occidentales (en su variante continental), los fiscales pertenecen a la rama judicial (la *magistrature*) y, como en Italia, pueden ser incluso inamovibles: su paridad con los jueces se expresa frecuentemente de modo simbólico en que se sientan en el tribunal a la misma altura que ellos.

¹⁵ Ver *supra*, cap. 1, n. 25.

da por el Estado ha sido afectada negativamente, puede estar autorizado a iniciar acciones judiciales e incluso a retirar su caso del foro, pero más adelante el mismo asunto puede ser objeto de un proceso iniciado y controlado oficialmente. Observemos que estos arreglos reconocen "derechos" y control privado sólo para hacerlos ilusorios: existe la libertad para abandonar el foro por una puerta, pero el individuo privado puede verse forzado a volver a él por la otra. Estas formas tan intrincadas son materia de la experiencia histórica; se encuentran en algunas esferas de la administración judicial en períodos de transición desde posiciones reactivas a activistas. Un ejemplo es la transición en los siglos doce y trece, partiendo del punto de vista de que el delito es un tema entre la víctima y el trasgresor, al punto de vista de que el delito pide la intervención de una política penal estatal. En la Inglaterra del siglo trece, después de que la víctima desistiera de ir a juicio, el juez quedaba autorizado para "impartir el juicio del rey",¹⁶ y en el Continente, los procesos penales instituidos por el acusador privado podían convertirse en procesos inquisitivos controlados oficialmente.¹⁷ Como analizaremos en el capítulo 6, esta dualidad de aplicación del derecho caracteriza los litigios civiles en interés público en los EE.UU.¹⁸ Pero este arreglo contiene mezclas de formas de resolución de conflictos y no está en el estilo puro de implementación de políticas.

¹⁶ Ver W. Holdsworth, *A history of english law*, quinta ed., vol. 3, 609 (Londres, 1945).

¹⁷ Ver A. L. Homberk zu Vack, "De diversa indole processus inquisitorii et accusatorii," en J. F. Plitt, ed., *Analecta juris criminalis*, 369-72 (Frankfort-Leipzig, 1791).

¹⁸ Las leyes antimonopolios y de valores, así como las leyes contra la discriminación laboral, pueden ser ejecutadas tanto privada como oficialmente. Tales "redundancias" pueden agrandar a quienes valoran la dispersión de la autoridad. Ver R. N. Cover, "The uses of jurisdictional redundancy; Interest, ideology and innovation", 22 *William and Mary L. Rev.* 639 (1981).

Contenido de la causa

Como se ha señalado repetidamente, el proceso de implementación de políticas puede iniciarse independientemente, sin que exista ninguna controversia o disputa interpersonal. De hecho el proceso no necesita estar orientado contra ninguna persona en particular: las investigaciones pueden estar dirigidas a un problema general, como la posibilidad de corrupción en una institución. Tampoco la desaparición de una disputa que puede haber iniciado el proceso señala necesariamente el final de éste: la política del Estado puede requerir que se provoque o prolongue un conflicto. La materia del proceso es, por lo tanto, un problema de Estado reconocido que requiere atención y respuesta oficial. Está claro que este problema estatal debería ser definido por funcionarios antes que por ciudadanos privados, pero con ello no se quiere negar a los individuos privados su papel en dar forma a la materia del proceso. Cuando, como a menudo es el caso, una ofensa individual da motivo a que se inicie un proceso, como regla se requiere que la persona ofendida plantee la naturaleza de su queja. Pero el propósito de este requerimiento es sólo para proporcionar un punto de partida o foco preliminar para la acción oficial; en el fondo, una disputa interpersonal es sólo síntoma de un tema mayor, cuyos límites bien pueden exceder aquellos de la controversia que los precipitaron. Una solicitud individual que alega daños por un vertido químico puede ser indicativo de un problema mayor de contaminación que abarque a mucha gente; una queja de robo en un colegio puede llevar a una investigación sobre problemas de seguridad relajada o poca disciplina en la institución educacional. Mientras mayor sea el deseo del Estado de llevar a cabo transformaciones sociales, más tenue y meramente provisional será la forma inicial del caso, según el diseño de las partes privadas. En el caso limitante de un Estado extremadamente activista, la definición de una agenda óptima para la investigación oficial está completamente divorciada de la definición del problema tal como lo sugiere la queja original de la parte privada. En un

marco tecnocrático, la consideración de control serán los conceptos para formar unidades de procesamiento óptimas.¹⁹

Si la determinación de los parámetros procesales debiera estar en manos oficiales, ¿quién, precisamente, va a ejercer el control? Las variaciones de la estructura de la autoridad se explorarán en el Capítulo 6, pero hay un punto que merece atención inmediata: el proceso puro de implementación de políticas ¿requiere que el control definitivo sobre la materia del caso sea otorgado al juez, en oposición a algún otro funcionario?

Parte de la pregunta se responde a sí misma si consideramos el efecto de vincular al adjudicador sólo con aquellos aspectos del problema subyacente que otro funcionario le ha planteado. Cuando el problema lo define otra persona, el juez puede verse forzado a tomar una decisión contra su mejor juicio. Por ejemplo, si no puede extender la investigación al tema de si un delincuente es reincidente. El juez puede ser incapaz de determinar la respuesta óptima al delito tomando en cuenta la política correctiva del Estado. Por lo tanto, el juez queda autorizado para examinar todos los aspectos del caso o la transacción que se le plantea. Tanto como lo formulara la legislación "activista" de Frederick, el juez debe considerar *das ganze Factum* (el hecho en su totalidad) antes que aspectos seleccionados por otra persona.²⁰

¿Puede reconciliarse el control del adjudicador sobre el contenido de la causa con la participación de un "promotor" especializado, encargado de seleccionar los temas adecuados para ser llevados a juicio? La respuesta inmediata es que, en tanto que el juez puede *examinar* todos los aspectos de un problema que se le plantea, no necesariamente estará autorizado para extender su examen a un tema diferente o adicional. Cuando existe un promotor especial, no es tarea del

¹⁹ En el último capítulo veremos los sistemas reales que se aproximan a este caso extremo.

²⁰ *Corpus Juris Fredericianum, Preamble, Point VI. Erstes Buch von Prozessordnung* (Berlín, 1791).

adjudicador determinar o bien el tipo de casos adecuados para ser sometidos a deposición, o el grado en que los casos que caen en estas clases deben ser procesados. La determinación de un promotor de que una investigación dada no deberá extenderse de un evento a otro, no obliga al adjudicador a tomar una decisión errada basada en los méritos del proceso; más bien evita que tome *cualquier* decisión respecto a lo que se ve como un *nuevo tema*. Finalmente, otorgar el control del contenido de la causa entre el juez y un promotor oficial pone en marcha la elusiva distinción entre modificación de un tema viejo y la introducción de uno nuevo, distinción con la cual el sistema legal tiene que operar en una diversidad de contextos.²¹

La discusión en curso sobre las prerrogativas del juez supone que es más que una figura que anuncia, con la ceremonia apropiada, una decisión hecha en secreto por algún otro funcionario. Un Estado activista, por propósitos educativos u otros, puede desear basar sus decisiones en un evento solemne, en el cual se anuncia —por un individuo, o un colectivo— la decisión que en realidad se ha tomado en otra parte. Claramente estos adjudicadores ceremoniales no tienen autoridad para desviarse de lo que ya está decidido.

Grados de intervención

Supongamos que surja un tema para ser resuelto por un funcionario oficial en forma de disputa entre dos ciudadanos, un acusador y un acusado. El pedido de reparación, como las alegaciones sobre los hechos, es más sugestiva que perentoria o controladora; la medida apropiada que se tomará se origina en la perspectiva oficial, no en el punto de vista estrecho o "parcial" de los individuos implicados. Por lo tanto, y como ejemplo, ya que los ciudadanos no conocen

²¹ Son ejemplos de estos contextos el problema de determinar si una ocurrencia constituye una sola ofensa o varios delitos, o el problema de limitar el efecto preclusivo de un caso ya fallado.

necesariamente lo que es mejor para ellos, el tribunal puede ir más allá cuando así lo demanda el querellante, o un proceso originariamente planteado en forma no punitiva puede transformarse a una modalidad punitiva.²² Es cierto que estas modificaciones en el modo penal no son muy frecuentes, pero la limitación primaria, es la preocupación de los funcionarios del Estado de que los querellantes puedan sentirse descorazonados para plantear sus quejas en tribunales del Estado por temor a acabar como acusados, con el resultado indeseable de que pueden agotarse fuentes importantes de información. La posibilidad abierta de convertir procesos civiles en penales no ha de entenderse como que la forma de justicia de implementación de políticas contiene una preferencia por castigar como modo de intervención: el deseo de un Estado radicalmente activista de educar y moldear a sus ciudadanos puede llevar a abrazar la rehabilitación como objetivo preferido de intervención en una diversidad de áreas. Como en la China de Mao, los ciudadanos tendrían que ser transformados mediante el trabajo agrícola. La necesidad de castigar es más característica de los Estados absolutistas, preocupados más que nada en mantener el orden externo y combatir el desafío a su autoridad.

Como nunca se puede predecir por anticipado cuánto durará la intervención antes de triunfar, el proceso correctivo a menudo consiste en una sucesión de medidas para conseguir un cambio a largo plazo. Inevitablemente la línea entre plantear y poner en vigor la decisión se hace tenue, ilustrando la convergencia de la adjudicación (en un sentido limitado) y la administración general en el Estado activista.

²² En los países centroeuropeos bajo la égida soviética, los jueces son libres de descartar o sobrepasar la petición de desagravio de la parte en los casos civiles; el venerable adagio *ne eat iudex ultra et extra petita partium*, respetado aun en el proceso civil "activista" de la era de Federico, ha sido descartado. En la China imperial ya era posible la conversión desde el modo de procedimiento civil al penal. Ver M. Shapiro, *Courts*, 181-82 (1981).

La determinación de los hechos

La discusión del proceso judicial en el Estado reactivo ha demostrado cómo su objetivo reduce la importancia de afirmar el Estado real de las cosas. A través de los ojos de los ideólogos del *laissez faire*, la verdad es elusiva y la realidad, como las musas, parece tener siempre un velo más. En contraste, que las pruebas sean correctas es normalmente una de las precondiciones para realizar el objetivo del proceso judicial en el Estado activista. La adecuada puesta en vigor del derecho requiere una determinación exacta de los sucesos pasados y una predicción fiable de desarrollos futuros. Aquí buscar los hechos ciertos no parece poco realista, o una tarea de Sísifo: las ideologías activistas se albergan en una epistemología optimista, y la administración de justicia activista trata las rutinas y los temas fáciles, como también difíciles; no se concentra —como la justicia reactiva— en los residuos de los casos difíciles que no pueden solucionarse fuera de los tribunales.

No obstante, sería exagerado alegar —como se hace a menudo respecto a procesos dentro del marco de la investigación— que el proceso de implementación de políticas lucha por alcanzar la verdad en todos y cada uno de los casos, o que es una búsqueda ilimitada de información exacta.²³ Incluso si un Estado activista no abrazara valores que limitaran

²³ Por ejemplo, los comentaristas soviéticos claman que el objetivo de su proceso es determinar la "verdad objetiva"; la tolerancia de cualquier estándar más bajo para la determinación de los hechos se considera burguesa. Ver T. N. Dobrovol'skaia, *Printsipi sovetskogo ugolovnogo protsesssa*, 121-25 (Moscú, 1971). De hecho, ni siquiera los procedimientos penales continentales, en el período en que la tortura judicial era legal, permitían la búsqueda ilimitada de información que demandaban las autoridades; sin importar lo brutal y tosco que nos parezcan estos procedimientos hoy, la sensibilidad ante el sufrimiento humano, y aun nociones de dignidad humana, no estaban del todo ausentes. Ver M. Damaska, "The death of legal torture", 87 *Yale L.J.* 860, 879 (1978).

la búsqueda de la verdad,²⁴ el intento por alcanzar el estándar más alto posible de prueba impondría costos inaceptables en términos de demoras y muchos otros problemas. No sólo a menudo las decisiones deben ser planteadas sobre la base de unos conocimientos bastante inciertos, sino que la política del Estado puede dictar que una hipótesis factual sea aceptada, pese a que otra es en cierta medida más probablemente válida. Cuando el potencial de error político bajo las hipótesis en competencia, no es igualmente grave, apoyarse en las hipótesis menos probables, pero también menos peligrosas, es una respuesta racional a la necesidad de acción bajo condiciones de incertidumbre. Por lo tanto, más que decir que el proceso de implementación de políticas intenta maximizar las posibilidades de descubrir la verdad, uno preferiría decir que intenta niveles óptimos de exactitud respecto a las pruebas sobre los hechos, dadas las diversas limitaciones impuestas a su operación.²⁵

En vista de esta orientación, parece claro que el control privado sobre la determinación de los hechos no es un elemento del modelo puro que consideramos. Lo que pueda exigirse en favor del control privado se apoya en el supuesto de que las partes privadas están interesadas en alcanzar la verdad, siendo capaces de diseñar estrategias de investigación satisfactorias; pero tal supuesto está desprovisto de plau-

²⁴ Suponer que un gobierno extremadamente activista descarta la compasión u otros costos humanos que acarrea el acopio de información no tiene justificación analítica ni precisión histórica. Sería igualmente errado asociar el gobierno reactivo con el cultivo de la compasión: como ejemplo, recordemos que un juez en un proceso reactivo debe resistir la tentación de asistir al débil, en función de un trato parejo para todos los litigantes.

²⁵ A medida que el paradigmático caso civil en los Estados Unidos contemporáneos se transforma en uno de "interés público", el valor del descubrimiento de la verdad se enfatiza cada vez más. Ver A. Chayes, "The role of the judge in public law litigation", 89 *Harv. L. Rev.* 1281, 1296-98 (1976). De modo similar, a medida que el modo coercitivo de la ley inquisitorial comenzó a hacer incursiones en las más antiguas formas procesales adversariales del continente, se hizo acostumbrado subrayar la mayor capacidad del estilo inquisitorial para "la ventilación de la verdad". Ver B. Carpozov, *supra*, n. 5.

sibilidad en el marco de un Estado auténticamente activista. Los hechos que se necesitan para determinar la propiedad de la intervención del Estado pueden ser nocivos para el interés de los individuos privados, dándoles amplias razones para perturbar, antes que facilitar, el descubrimiento de dichas pruebas. Además, las estrategias investigativas óptimas requieren de un punto de vista independiente de las perspectivas partidarias estrechas: darles a los individuos privados libertad para determinar las pruebas en el contexto activista, se parece a dejar que dos grupos de presión diseñen un esquema regulatorio en aras del interés público. El rechazo del control privado sobre la búsqueda de datos no implica que los individuos privados queden excluidos de participar en la recolección de información y el examen de pruebas. Cuando están ausentes los funcionarios de nivel bajo que realizan actividades investigativas preparatorias, el papel de las partes privadas en la búsqueda de hechos puede ser incluso grande y prominente. Sin embargo, los funcionarios a cargo de los procedimientos se negarán a apoyarse exclusivamente, o incluso principalmente, en canales de información creados por personas cuyos intereses están afectados por la decisión prospectiva. En última instancia, el control sobre el proceso de búsqueda de pruebas ha de quedar en manos de funcionarios del Estado.

Este control del Estado puede organizarse de varias maneras. Un arreglo del que habitualmente se piensa que está mandado por la forma investigativa pura, es que la búsqueda de hechos esté estructurada y dominada por la persona o personas a cargo de dar a conocer la decisión basada en los méritos del proceso. Es el que adjudica sobre los hechos y no algún otro funcionario, quién es el primer responsable de obtener testimonios. El mismo genera el grueso de las preguntas hechas a los testigos, decide la secuencia en que serán interrogados, etcétera. Este primer arreglo se adecua al ideal del estilo de implementación de políticas sólo bajo un conjunto limitado de condiciones. Es objetable cuando se puede mostrar que la implicación directa del que adjudica sobre los hechos en la producción de pruebas, reducirá sus posibilida-

des de alcanzar un resultado acertado. La visión psicológica sugiere que, de hecho, este podría ser un caso típico: para ser un interrogador eficaz, ocasionalmente el que adjudica sobre los hechos ha de enfrentar testigos, y cuando lo hace, la ponderación tranquila y desapasionada de las pruebas puede verse adversamente afectada. Además, para llevar a cabo un interrogatorio centrado, el examinador ha de formar una hipótesis tentativa acerca de los hechos que ha de establecer y al hacerlo, surge el peligro de que sea más receptivo a la información coherente con sus teorías tentativas que con la que no lo es. En suma, existen buenos motivos para reducir la participación del adjudicador en la recolección y producción de pruebas. Su mayor compromiso parece apropiado sólo en casos sencillos, cuando las consecuencias adversas de la "sobrecarga" psicológica, es relativamente inocua.²⁶

Otro método, preferible en la mayoría de los casos, es confiar la recolección de información y el examen de las pruebas ante el juez a un funcionario especializado. Alternativamente se puede nombrar un "gestor del proceso" oficial, que no ha llevado a cabo una investigación preliminar, y cuya única función es interrogar a los testigos y presentar otras pruebas al que adjudica con los hechos.²⁷ Bajo ambos arreglos, el juez, inicialmente desinformado, sólo de manera gradual se involucra en la producción de pruebas y entonces

²⁶ En varios países continentales, argumentos de este cariz se usaron en realidad para abogar por la separación de las funciones investigativa, acusadora y adjudicativa, antes reunidas en la persona de ciertos oficiales judiciales del Antiguo Régimen. Estos argumentos se reforzaron con las demandas por la separación de los poderes. Ver A. Esmain, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 502 (París, 1882). En la teoría soviética, donde la separación de poderes es considerada un mito, la división de las facultades adjudicativas de las investigativas y acusadoras sólo se sostiene en argumentos que alaban las virtudes de la especialización de funciones. Ver, p. ej., T. N. Dobrovolskaia, *supra*, n. 23, 164. Para una argumentación más general, ver Y. A. Tikhomirov, *Razdelenie vlastei ili razdelenie truda*, *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, N° 1 (1971): 14.

²⁷ Este método de recabar pruebas fue recomendado para los juicios criminales en Alemania Occidental. Ver H. Lütger, *Probleme der Strafprozessreform*, 59 (Berlín y Nueva York, 1975).

sólo en la medida que requieren sus necesidades cognitivas. El arte del juicio suspendido puede practicarse durante más tiempo, y las pruebas pueden ponderarse de modo más desapasionado.

Otra posibilidad aún es tener dos funcionarios, cada cual predicando su actividad sobre una hipótesis factual diferente, recoger información independientemente y luego desarrollar las pruebas ante el que adjudica los hechos mediante el uso rival de fuentes de pruebas. Pero ¿es este estilo adversarial reconciliable con un proceso puro de implementación de políticas? Este tema es de interés especial para los abogados angloamericanos y merece ser analizado con cierto detalle. Es claro que este estilo de examinar las pruebas puede considerarse una opción sólo cuando el tema del proceso puede ser reducible a dos escenarios factuales contradictorios, como es el caso, por ejemplo, del tema de la responsabilidad criminal. La hipótesis de la culpa se puede explorar por un fiscal del Estado, y la hipótesis de la inocencia por un defensor público. Pero cuando la búsqueda de la mejor respuesta a un problema requiere la investigación de un amplio diapasón de posibilidades o, tomando prestada una frase de Polanyi, cuando los temas del caso son "policéntricos"²⁸ parece inapropiado estructurar la búsqueda de la verdad como un encuentro entre dos posiciones contradictorias. En un proceso penal, consideremos una investigación sobre la sanción óptima después de haber descubierto responsabilidad penal: antes que continuar con un enfrentamiento adversarial de funcionarios, tiene más sentido que los dos junten

²⁸ Ver M. Polanyi, *The logic of liberty*, 171 (1951). Lon Fuller ha utilizado la distinción entre asuntos "monocéntricos" y "policéntricos" para establecer una línea entre las materias que deberían presentarse a los tribunales y las que no; sólo los asuntos "monocéntricos" le parecen enjuiciables. Ver L. Fuller, "Adjudication and the rule of law", *Proceedings of the American Society of International Law* 54, Nº 1 (1960): 1-8. Hay que destacar que los comentaristas que tienen una convicción más activista realizan distinciones similares y aun así consideran los asuntos "policéntricos" como eminentemente enjuiciables. Ver M. Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana* 154, 251 (Padua, 1979).

sus cabezas en un esfuerzo para colaborar con el juez, o insistir en alguna forma de investigación unilateral de los hechos requeridos para la dictación de una sentencia óptima.

Pero incluso cuando los problemas de un proceso se pueden reducir a dos posiciones contradictorias, se debe reducir o debilitar el tono del estilo de confrontación en el examen de las pruebas. Se considera más apropiado que los funcionarios de un Estado auténticamente activista son más promotores de los objetivos del Estado, que representantes de dos intereses parciales en conflicto. Pueden haber sido nombrados por el mismo superior común, e incluso pueden estar de acuerdo acerca del resultado esperado. Pero igual que en los procesos de canonización de la Iglesia católica, un funcionario puede desempeñar el papel de abogado del diablo, oponiéndose al promotor de la fe como asunto meramente formal. Otra razón adicional para moderar la confrontación se relaciona con la posición del que adjudica los hechos en los procesos activistas: no se puede esperar que permanezca apartado del examen de las pruebas y debe permitírsele interceder cada vez que encuentre necesaria la información. Cuando participa activamente en la búsqueda de soluciones óptimas, la competición entre dos funcionarios pasa a segundo plano, y de hecho no es inconcebible que ahora los dos oponentes oficiales formen una coalición contra él. No sólo se debilitan las relaciones de confrontación; también son inestables: la determinación de los hechos adversarial no incorpora fácilmente los conceptos activistas de las bases factuales deseables para la adjudicación. En un proceso dedicado a la implementación de la política de Estado —como en la ciencia convencional— un enfrentamiento sostenido de puntos de vista se percibe como indicación de que el tema en cuestión elude una resolución concluyente. Mientras más progresa una investigación, más deseable se hace que se estreche el terreno controvertido por los investigadores oficiales; lejos de ser una forma ideal, un enfrentamiento persistente sobre las pruebas se hace irritante. Una decisión tomada eligiendo el punto de vista que impera en la competición oficial sobre las versiones alternativas de los

hechos, es aceptable sólo a falta de una alternativa mejor. Parece preferible decidir después de que ambos funcionarios hayan llegado a acordar que debe imponerse una de las dos versiones de su investigación. Por lo tanto en los procesos activistas surge un punto en que los funcionarios dejan de desempeñar sus papeles y se quitan sus máscaras adversariales: insistir en el escenario de la competición en sí, no tiene sentido para el Estado activista.

Ahora es posible llegar a una conclusión: como la controversia no es el abrasivo del molino judicial, el proceso de determinación de los hechos sólo ocasionalmente puede organizarse en forma de competencia entre dos funcionarios. Esta forma se diluye y se matiza en un esfuerzo colaborativo de la organización del poder del Estado que busca la solución óptima para el problema legal en cuestión. En tanto que en un Estado reactivo toda la investigación judicial se puede convertir sin dificultades en una competición,²⁹ en el marco de un Estado que cumple su potencial activista en última instancia la competición es una forma de investigación colaborativa y paralela. Claramente, el caso limitado de un modelo puramente activista no ha de confundirse con procesos activistas más moderados en que puede haber mucho más espacio para la competición por pruebas entre los funcionarios. Existen Estados activistas en que no se ha desarrollado una visión amplia de la vida social, sin una política de Estado a lo Briarius, con cien manos para acercar a los

²⁹ En Estados Unidos también se han alzado algunas voces defendiendo la aplicación de formas competitivas para la resolución de problemas científicos. Ver Levine, "Scientific method and the adversary model", 29 *Am. Psych.*, 661 (1974). No puede sorprender en un país caracterizado por la ausencia de ortodoxia y la carencia de sistemas intelectuales fijos en numerosos campos: donde el problema no es tanto hallar una solución a un problema dentro del paradigma científico establecido sino resolver el choque entre paradigmas contradictorios, la visión estereoscópica y el método adversarial de debate parecen naturalmente atractivos. Para la distinción entre resolver problemas dentro de un marco aceptado de lo que es ciencia normal y la opción de matrices disciplinarias en competencia, ver T. S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, seg. ed., 120 (1970).

funcionarios. Poseído por impulsos activistas y no obstante dividido en su visión del interés estatal, los funcionarios son como esos cactus cuyo fruto sólo dura un día y cuyas espinas son eternas. Las controversias presentes sobre las cuales se incorpora la versión del interés común en la decisión, dejan al adjudicador sin otra elección que seleccionar una de las hipótesis en conflicto como base para su juicio.

Las partes como fuente de información

Como el Estado activista espera que todos participen en tareas comunes, también requiere que los ciudadanos cooperen con las autoridades en la administración de justicia. Este deber se extiende a las partes procesales; cuando la supremacía de los intereses del Estado es tan reconocida como celebrada, que las partes se nieguen a cooperar con las autoridades a causa de sus propios intereses o lealtades en competencia hacia la familia, los amigos y etcétera, no encuentra ni mucha simpatía, ni una justificación fuerte.³⁰

El deber de cooperar incluye, desde luego, el deber de revelar documentos y otras pruebas materiales a los funcionarios a cargo del proceso.³¹ Atenazados por el deseo del Estado de controlar la vida social, en la determinación de los hechos los responsables de ello pueden penetrar el mundo privado con relativa facilidad. Pero en este sentido es más importante el deber de la parte de someterse al proceso de

³⁰ Esta actitud se refleja en la ley acerca de los testigos ordinarios. Tanto el negarse a testificar, como la evasión de un testigo, se consideran ofensas graves contra la justicia. Ver, p. ej., el Código Penal soviético, art. 182. Más aún, muchos privilegios testimoniales dictados por propósitos independientes del anhelo de descubrir los hechos reales del caso (p. ej., doctor-paciente, sacerdote-penitente, periodista-fuente reservada) pueden ser rechazados o delineados de un modo muy estrecho.

³¹ En los sistemas paritarios de implementación de políticas que toleran las "investigaciones civiles" (y la litigación privada con el propósito de aplicar la ley), el deber de revelar puede favorecer a un investigador "semiprivado" más que al tribunal.

interrogatorio y presentar pruebas testimoniales. Ausentes del proceso de implementación de políticas no sólo están los escrúpulos ideológicos contra transformar a la parte en testigo (es decir, fuertes concepciones de autonomía personal), sino también los diversos impedimentos estructurales a esa conversión generada por un proceso dedicado a la resolución de disputas. Sin tener nunca el control completo de las acciones procesales, ni ser nunca sujeto *soberano* a cargo de sus intereses procesales, la parte puede ser fácilmente convertida en *objeto* de la acción procesal, es decir, en fuente informativa. De este modo, un proceso puro de implementación de políticas incorpora como una de sus características definitorias el deber de las partes procesales de responder verídicamente a las preguntas que les dirijan los funcionarios pertinentes. Este deber no está protegido por una serie de privilegios, ni siquiera por el privilegio contra la autoinculpación.

Si quisiéramos construir un modelo del proceso de implementación de políticas sin estos rasgos, los sistemas procesales históricos, muchos de ellos conocidos, organizados en el modelo de investigación oficial parecerían demasiado "inquisitivos" y quedarían desprovistos de su nicho categórico. Por ejemplo, avanzado el siglo veinte, algunos países de Europa occidental manifestaron expresamente que el acusado penal tenía el deber de responder, y no está de ningún modo claro que muchos sistemas actualmente en vigor no sigan asumiendo tácitamente ese deber.³² A menos que se crea que el Estado es maléfico, la existencia de dicho deber per se no necesariamente simboliza un plano moralmente inferior.³³

³² Ver, p. ej., los comentarios al Proyecto de 1957 para el Código de Procedimiento Penal del cantón suizo de Ginebra: *Projet de Code de Procédure Pénale, Chancellerie de l'Etat*, 133 (Ginebra, 1975). Más generalmente, ver F. Walder, "Das Verhör", en *Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift Pfenniger*, 184 (Zürich, 1956).

³³ Sobre este problema, ver G. del Vecchio, *Studi sul diritto*, vol. 2, 211 (Milán, 1958); J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 127 (Berlín, 1925); Tomás de Aquino, *supra*, cap. 4, n. 59, íd.

En tanto que el deber de testificar y decir la verdad puede fácilmente justificarse en un Estado activista, su implementación práctica puede provocar dificultades. Es difícil diseñar un método eficaz y aceptable para sancionar el fracaso de una parte en proporcionar información exacta a las autoridades procesales. Cuando una parte tiene un interés fuerte en no revelar un hecho (por ejemplo, por temor a un castigo severo), sólo la perspectiva de sanciones draconianas sugiere un problema añadido con el mecanismo de sanción, es decir, su costo humano. Algunas medidas eficaces para inducir a una parte a responder a preguntas, pueden ser ofensivas para la compasión humana y las ideas imperantes sobre el tratamiento adecuado de los ciudadanos por el Estado. Incluso las autoridades del antiguo régimen, de triste memoria, que legalizaron la coerción física para extraer respuestas a los acusados de un delito, no eran totalmente insensibles a este problema e impusieron algunas limitaciones al uso de medidas coercitivas.³⁴

No obstante, el problema de las respuestas es sólo parte de la dificultad. Incluso si existen medidas eficaces de sanción para inducir a una parte a responder las preguntas, se sentirá tentado a mentir; al testificar en falso, puede intentar evitar tanto el daño a sus intereses en peligro si da respuestas verídicas, como el mal de la sanción si rehúsa hablar. Y como la falsedad de su testimonio raras veces se puede establecer

³⁴ Como era esperable, estos límites dependían en alto grado del rango social del acusado. Ver las fuentes de primera mano recopiladas en M. Damaska, *supra*, n. 23, 878-79. Las medidas coercitivas no sólo estaban permitidas en una fase avanzada del proceso con el fin de obtener la confesión (después de haberse reunido suficiente evidencia), sino también desde el comienzo de la acción judicial, para hacer hablar a los acusados recalcitrantes. Ver I. Clarus, *Opera omnia*, libro 5, cuést. 45, N° 6.550 (Londres, 1672). Pero estas medidas eran relativamente benignas comparadas con los tormentos que se aplicaban para sonsacar confesiones; Beccaria, el famoso opositor a la tortura judicial, los recomendaba como un antídoto útil contra el obstinado silencio de algunos acusados. Ver C. Beccaria, *An essay on crimes and punishments*, 150 (Londres, 1801). Llamadas *poenae inobedientiae* (penas por desobediencia), estas medidas subsistieron a la abolición de la tortura judicial en Francia por más de un siglo.

con certeza en el proceso en curso, el sistema judicial está en peligro de quedar atrapado en informaciones inexactas.³⁵ Por fin, entonces, los sistemas de implementación de políticas deben ceder ante el hecho de que el deber de la parte de cooperar con las autoridades, a menudo carecerá de sanciones eficaces, transformando la amenaza en una espada sin filo.

La mayor parte de los procesos contemporáneos dedicados a la implementación de políticas, parecen haber partido de este arreglo extremo. Tomemos, por ejemplo, los procesos penales en Europa continental. La legislación en muchos sistemas occidentales —y algunos comunistas— dice que los acusados penales —a los que todavía se requiere que se sometan a interrogatorios— tienen derecho a negarse a responder: el derecho al silencio. Además, si prefieren testificar, sus mentiras detectadas no son castigables como perjurio: es el derecho a mentir. Desde luego la coerción física para obtener testimonios está actualmente y en general proscrita. A nivel de retórica jurídica, estas son desviaciones importantes de la forma pura de implementación de políticas, con su énfasis en el deber que tiene la parte de cooperar con las autoridades. Sin embargo, estos logros retóricos han afectado la administración actual de justicia sólo hasta cierto punto, de modo que el derecho vivo en este área merece una mirada fresca.

³⁵ Pero ello no supone el fin del esquema de cumplimiento de la ley. En los procesos penales, la determinación fiable de que el acusado ha mentado presupone (en la mayoría de los casos) que su culpabilidad ya ha sido establecida, de modo que no hay lugar para medidas que castiguen el falso testimonio (p. ej., forzar el deber de decir la verdad) antes del veredicto final, es decir, suponiendo que tales medidas puedan ser efectivas para promover el hallazgo de la verdad. La tortura judicial para sonsacar confesiones sólo tenía sentido cuando las pruebas requeridas para su uso legítimo se pensaban suficientes para convencer al juez de la culpabilidad del acusado. ¿Por qué torturar entonces? Uno de los fundamentos más importantes en defensa de esta acción se relacionaba con la fe religiosa: se creía que una confesión repetida después de la tortura indicaba arrepentimiento, y de ese modo podría salvar el alma del acusado del tormento eterno que merecía su pecado mortal. Así, parecía racional sumergirlo en el mar de sufrimiento que lo absolvería antes de anunciar y ejecutar la sentencia.

En primer lugar ha de reconocerse que, incluso como tema de doctrina jurídica, el derecho a negarse a cooperar raras veces vincula en las primeras etapas de la investigación, cuando la información decisiva a menudo se obtiene mediante un interrogatorio intensivo de los sospechosos. Concedidos sólo en una etapa posterior, estos derechos podrían compararse con una peineta que se regala a una persona que ya ha perdido el pelo. Cuando es aplicable, el derecho al silencio es *sui generis* porque los funcionarios conservan su derecho a interrogar: el propio hecho de que se pueda forzar a un acusado a presentarse y ser sometido a interrogatorio por un funcionario poderoso, es en sí mismo suficiente para crear una atmósfera que impone presión para responder. Esta presión crece en aquellos sistemas que no requieren de advertencia acerca del derecho al silencio. La presión aumenta aún más porque es típico que los funcionarios que interrogan ejercen un poder considerable sobre el acusado. Por lo tanto los investigadores pueden interpretar la negación del acusado a colaborar y aclarar los casos, como indicativo de que puede interferir con los esfuerzos de la investigación; pueden ordenarle que permanezca detenido sin posibilidades de salir bajo fianza hasta el momento del juicio.³⁶ Los jueces, que llevan el peso principal del interrogatorio, son también quienes dictan sentencia, de modo que el temor del acusado de antagonizarlos al no responder adecuadamente, actúa como un incentivo poderoso para hablar, muy aparte del hecho de que, como el juez del proceso

³⁶ El peligro de que el acusado pueda impedir los esfuerzos investigativos (*Verdunklungsgefahr*) es un argumento invocado de rutina para ordenar la detención preventiva en casi todos los sistemas continentales de procedimiento penal. Pero existen asimismo argumentos apócrifos, uno de ellos el deseo del investigador de facilitar los interrogatorios. Para esos argumentos apócrifos en Alemania Occidental, ver W. Hassemmer, "Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft", *Anwaltsblatt*, n° 2 (1984): 65. Hasta hace muy poco, la renuencia a cooperar con los investigadores por parte del acusado podía constituir un motivo para negar que se contara el tiempo de detención preventiva en el cumplimiento de la condena. Ver P. Thorman y A. Overbeck, *Das schweizerische Strafgeseztbuch*, vol. 1, 226 (Zürich, 1940).

decide la culpabilidad y la pena al mismo tiempo, el acusado que opta por el silencio se priva de la oportunidad de decir algo que pueda mitigar su castigo. Legítimamente los jueces pueden sacar conclusiones desfavorables de la negativa de un acusado a responder una pregunta, y es fácil ver las razones por las cuales los acusados continentales que eligen usar su derecho al silencio son muy escasos.³⁷ Tampoco su derecho a mentir es menos digno de Pickwick: las incoherencias detectadas en sus declaraciones disminuirán o incluso destruirán su credibilidad general; en la práctica es fácil que las negativas empecinadas a confesar puedan tratarse como circunstancias agravantes si, a la inversa, una confesión se considera mitigante en cuanto a la sentencia.³⁸

De cara a esta riqueza de recursos utilizados para inducir a los acusados a hablar y decir la verdad, un observador externo puede llegar a la conclusión de que en realidad estos recursos son sanciones suaves y aleatorias al deber de un acusado penal a cooperar con las autoridades procesales. Poco familiarizado con los amplios esquemas legislativos que ofrecen argumentos a los comentaristas para construir el derecho al silencio y el derecho a mentir, el observador estará más inclinado a interpretar la situación como que el silencio y las mentiras del acusado son tolerados por el sistema —para ellos no hay sanciones directas de castigo— antes que erigir el silencio y las mentiras privilegiadas del

³⁷ Comparar *supra*, cap. 4, n. 58. Recordemos la facilidad con que las declaraciones del acusado anteriores al juicio pueden ser integradas al tribunal si él opta por ser taciturno.

³⁸ A menudo los académicos y los tribunales superiores se oponen al uso "automático" de la confesión para mitigar la pena y del silencio como agravante: se requiere que ambas indiquen de algún modo que el acusado es menos o más culpable y peligroso. En la práctica de los tribunales, sin embargo, lo menos que puede decirse es que las confesiones tienden a mitigar el castigo, en ausencia de cualquier determinación adicional. Para la práctica germano-occidental, ver H. Bruns, *Strafzummesungsrecht*, 526 (1967). Para una argumentación más general, ver G. Foschini, *Confessione dell'imputato e misura della pena*, *Archivio Penale* (1945), 1, p. 29. Las mentiras detectadas del acusado en ciertas circunstancias pueden ser punibles como ofensas criminales contra la administración de justicia. Ver *supra*, cap. 4, n. 60.

acusado como derechos procesales privados.³⁹ El ideal del acusado que coopera con las autoridades queda cerca de la superficie del derecho, si entendemos que éste es una empresa viva.

iv. POSICION DEL JUEZ

Lo central de la imagen de un adjudicador imparcial en el estilo reactivo de resolución de conflictos ha sido demostrado y he analizado cómo esta imagen requiere que sea de alguien desinteresado y esencialmente pasivo. El objetivo de implementación de políticas requiere una imagen clave diferente: lo que se espera primariamente del juez es que llegue al resultado preciso o que encuentre la solución más apropiada a un problema, tal como se cristaliza en el proceso. La posibilidad de que tenga que saltar a la acción es tácita. Es igualmente claro que el tema de su neutralidad entre dos partes ni siquiera ha de mencionarse, pues no siempre ha de haber dos partes en el proceso judicial. Pero incluso cuando los procesos no están libres de tensiones bipolares, el juez activista no está obligado a tratar a las dos partes de modo igual; bajo ciertas circunstancias puede esperarse que se alinee con la parte que exige lo que parece ser la visión correcta y lo ayude si no consigue fallar el "caso" correcta y eficazmente. Por lo tanto al considerar la mejor posición y los atributos más deseables del juez activista, el tema general es identificar aquellas posiciones y atributos que probable-

³⁹ Hay que destacar los roles discrepantes de los comentaristas continentales y los observadores foráneos: mientras los primeros buscan participar en el sistema judicial, para moldearlo según sus preferencias, un observador externo está interesado en entender cómo funciona realmente el sistema, en comprenderlo. No puede decirse que los comentaristas continentales nunca asuman un rol interpretativo y establezcan la posición real del acusado criminal como fuente de información. No puede sorprender que ello ocurra habitualmente cuando son conducidos a adoptar una perspectiva comparativa. Ver V. Bayer, "La signification de l'aveu de l'inculpé dans le droit de procédure pénale de certains états occidentaux européens", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.s. 2 (1959): 724.

mente apoyarán una disposición substantivamente correcta del caso. En suma, la imagen de un juez "honrado" antes que imparcial expresa el ideal adjudicativo en el proceso dedicado a la implementación de una política de Estado.

Participación en el proceso

Al considerar los diversos aspectos del proceso activista, he anotado repetidamente que el juez está obligado a ampliar la argumentación y sobrepasar el material presentado por los participantes en el proceso, cuando sea aparente que tales acciones son necesarias para alcanzar los resultados correctos. El juez no puede mantenerse apartado y sin participar. Sin embargo es evidentemente difícil dar una respuesta general al tema del grado preciso de su implicación: ésta dependerá en gran medida de la participación de los demás funcionarios del Estado en el proceso. Desde luego, cuando es el único participante con autoridad, su implicación alcanza el máximo: como adjudicador, asume el control personal sobre el proceso. Pero cuando otros funcionarios realizan otras acciones, puede llegar un momento en que el adjudicador parezca convertirse en observador pasivo, limitado a tomar una decisión sobre la base del material reunido por otros funcionarios. En aquellos casos en que dos funcionarios presionan por llegar a desenlaces opuestos del caso, incluso podría parecer que el adjudicador se transforma en un árbitro que resuelve los conflictos, limitado a sentenciar a favor de la alternativa oficial que se ha argumentado más persuasivamente.

Pero esta es una visión superficial: no sólo la abdicación total del control procesal es ajena al estilo activista puro, sino también el modelo de decisión como elección entre puntos de vista en competencia, o una mediación entre estos puntos de vista. Recordemos que el modo procesal que ahora se sondea corresponde a un Estado en que hay sólo una visión global de la vida social, adoptada por el Estado para reemplazar el Babel de concepciones diferentes o contrarias del bien. En este último contexto, cuando el Estado no ha desarrollado una

sola teoría social propia, la investigación de la mejor respuesta política a un problema, bien puede requerir la elección de uno de los puntos de vista enfrentados sobre las políticas deseables que mandan; el resultado deseado del caso podría ser la aplicación de la visión que imperaba en un debate de funcionarios que advocan esquemas políticos en competencia. Pero en el caso limitante de un Estado que cumple su potencial activista, ésta no es la situación más probable: en el contexto unitario, la investigación de la mejor respuesta política a un problema parece ser una empresa que requiere un análisis exhaustivo dentro del marco de un esquema de política única; la solución correcta dentro de este esquema es el resultado deseable del caso. Igualmente inapropiada en este entorno unitario sería una decisión que implicase un consenso, o soluciones intermedias entre posiciones en conflicto. En un proceso puramente activista, decidir mediante consenso es como resolver la disputa entre teorías heliocéntricas y geocéntricas sosteniendo que tanto el Sol como la Tierra giran en torno a un eje equidistante. Análisis, no elección, es la esencia de la decisión activista.

Ya he señalado que cuando se acerca el momento de la decisión, el adjudicador activista se inquieta cuando persiste una controversia oficial sobre hipótesis factuales. Lo mismo ocurre cuando hay controversias sobre las políticas y los estándares aplicables. Los desacuerdos mantenidos sugieren que el problema en cuestión no está maduro para la disposición o por lo menos no lo está para una definitiva. Pero ¿qué debe hacer un adjudicador en esta situación? Suponiendo que en este punto no lance su propia investigación, una posibilidad es que pida otra investigación por funcionarios, para que los productos de una investigación oficial paralela sean más armoniosos. Muchos procesos activistas existentes incorporan este arreglo.⁴⁰ Alternativamente, el juez puede

⁴⁰ Por ejemplo, el tribunal de primera instancia soviético puede ordenar que un caso vuelva a la fase investigativa para recabar más información. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 226, 308. Esta posibilidad existe asimismo en algunos sistemas continentales clásicos de procedimiento penal.

posponer una decisión definitiva hasta el momento en que esté "más ampliamente informado", ordenando sólo las medidas provisionales necesarias. La tan criticada "tercera vía" entre culpabilidad y declaración de inocencia en el proceso penal del antiguo régimen (*absolutio ab instantia, plus amplement informé, etc.*) ilustra la segunda posibilidad.⁴¹ Desde luego surgirán circunstancias en que no se puede postergar una decisión irrevocable aunque continúen las controversias oficiales. De cara a una necesidad tan imperiosa de decidir, el adjudicador activista no sigue el camino sugerido por la lógica procesal de la competición de las partes: no tiene que reglamentar en favor del punto de vista mejor alegado. Más bien, le será preferible guiarse por una política de segundo orden del Estado, para buscar la mejor solución bajo condiciones de incertidumbre; las ideas sobre la mejor asignación de los costos del error pueden llevarlo a decidir *contra* la alternativa mejor alegada, siempre que la decisión reduzca las consecuencias negativas del error. Por lo tanto las dudas factuales en el proceso penal pueden resolverse —dependiendo de las circunstancias— ya sea a favor o contra el acusado. La elección de la alternativa mejor alegada puede ser una estrategia aceptable para el adjudicador sólo en ausencia de una política de segundo orden aplicable, esto es, en situaciones que están lejos de ser ideales, y que de hecho son deplorables *faute de mieux*.

En suma, el adjudicador activista puede unirse a las acciones procesales cada vez que sea necesario para alcanzar la solución correcta.⁴² Incluso cuando superficialmente

⁴¹ Esta decisión "intermedia" atrajo incluso a algunos espíritus revolucionarios a fines del siglo dieciocho. Marat sostuvo que, si la culpabilidad criminal no está demostrada pero persiste la sospecha, el acusado debe permanecer detenido, hasta el momento en que algo o alguien "ilumine los hechos". J. P. Marat, *Plan de la législation criminelle*, 172 (París, 1794). Para similares ideas en territorio alemán, ver A. Bauer, *supra*, cap. 4, n. 86, 299. La legislación de la Rusia zarista mantuvo esta posibilidad hasta bien entrada la segunda mitad del siglo diecinueve.

⁴² La demanda por investigación adicional es una forma de este compromiso activista, con un control procesal de última instancia en el órgano decisorio.

parezca desempeñar el papel de árbitro de una competición sobre el mejor curso de la acción, permanece obligado a buscar el resultado correcto enteramente aparte del argumento que impera en la competición forense o los deseos de los protagonistas procesales.

El problema del conocimiento extraño

Es evidente que el modo reactivo de proceso crea un campo de energía bipolar en el cual toda la información adquirida por el juez fuera del juzgado, provocará sospechas de prejuicio o sesgo, sea porque sus conocimientos fueron adquiridos privadamente o porque emanen de una familiaridad con la documentación oficial. En cualquier caso parece justo descalificar al adjudicador reactivo que está en posesión de información extraña. En contraste, como la imparcialidad no es el atributo central del adjudicador activista, sus conocimientos externos no son asumidos fácilmente como defecto descalificador; dicho conocimiento se hace objetable sólo si puede ensombrecer la visión substantiva y poner en peligro la deposición correcta del caso. Imaginemos que millones de personas han visto en televisión un homicidio en directo, y que el asesino es tan conocido como el de Lee Harvey Oswald: en el juicio subsecuente, si el asesino decide negar el acto de matar, no tiene derecho a insistir en que los jueces sean sólo ciudadanos que no hayan visto la televisión. La familiaridad de los adjudicadores con hechos ampliamente aceptados como ciertos, no los descalifica automáticamente y puede ser deseable. El juicio no es una competición o un juego en que el acusado tiene derecho a "poner a prueba al Estado", incluso respecto a hechos notorios. La situación es diferente cuando se piensa que el conocimiento extraprocesal obtenido no es fiable. Por lo tanto se puede temer que el adjudicador en posesión de dichos conocimientos acepte acríticamente sus propias percepciones sensoriales —o su propia elaboración cognitiva subsecuente a esas percepciones— incluso si chocan con los de los testigos o con otros medios de prueba.

La rectitud para tomar decisiones puede verse afectada adversamente si se le permitiera ser juzgado. Por lo tanto, como la regla es que los adjudicadores son fungibles, en tanto que los testigos no lo son, el adjudicador potencial ha de convertirse en testigo, y se debe encargar a otra persona que busque las pruebas.

Marcos divergentes de autoridad dan origen a distintos escrúpulos acerca del conocimiento "privado" del juez. Esto se puede ver claramente en el ejemplo de esos sistemas activistas que no perciben el riesgo de mezclar las funciones adjudicativas y testimoniales, como fue el caso del jurado penal inglés bien entrado el siglo dieciséis. No sólo no se descalificaban los conocimientos privados del jurado, sino que se valoraban y alababan. Otros marcos generan otras actitudes. He anotado la importancia para el espíritu burocrático de la separación de la esfera oficial de la privada. En consecuencia, lo que los adjudicadores burocráticos observan "oficialmente" en el curso del proceso, se mantiene rígidamente separado de lo que observan, por ejemplo, al ir de regreso a casa por la noche. La determinación de los hechos debería ser una actividad oficial y no privada, de modo que la información obtenida privadamente es descalificante. Estos recelos acerca del conocimiento externo están inspirados por los peligros percibidos para la integridad del resultado en base a los méritos del proceso, y no por el deseo de asegurar la "imparcialidad" del adjudicador o satisfacer conceptos de justicia procesal.

Lo que se ha dicho hasta aquí acerca del conocimiento de hechos también se impone al conocimiento extraprocesal aplicado a las normas de decisión. Por lo menos en el entorno burocrático jerárquico, parecería preferible que antes de abordar un caso, el adjudicador tuviera una visión clara de la jurisprudencia aplicable; si hay que guiarlo respecto a las normas judiciales cuando el caso avanza, al comienzo es incapaz de determinar con precisión la información que necesitará para decidir el caso. La utilidad de una pregunta o línea de investigación particular puede aparecer sólo más adelante, de modo que se hace necesario volver atrás, des-

aprovechando recursos. Otro contraste de cara al modo del proceso de resolución de conflictos puede observarse cuando un juez activista, antes de entrar en el caso, da a conocer sus opiniones sobre un punto en particular del derecho pertinente en ese juicio. Si su opinión legal es acertada, en el proceso de implementación de políticas tiene poco sentido dudar de su idoneidad como adjudicador, incluso si hay un marcado desacuerdo entre los participantes procesales en relación al derecho aplicable.

Vinculación con el Estado

Se ha demostrado que los ciudadanos de un Estado auténticamente activista, como notas de una fuga gigante, han de contribuir al desarrollo del tema común y han de compartir la visión del Estado sobre la vida social. En consecuencia los adjudicadores del Estado también tienen que estar comprometidos con él: la indiferencia de un árbitro hacia las políticas estatales está fuera de lugar y es incluso reprehensible. La identificación del juez con el Estado se vuelve indeseable sólo cuando es tan intensa que, como cualquier pasión abrasadora, oscurece la visión respecto a las demandas correctas de la política del Estado. Es mayormente para evitar que los objetivos del Estado sean promocionados con excesivo celo, que el juez activista debe mantenerse adecuadamente "objetivo".⁴³

¿Dejan estas demandas espacio para la independencia del adjudicador? Cuando cumple completamente con las demandas que se le hacen, ¿no está más enrolado que comprometido? Si queremos decir que la independencia implica neutralidad e independencia de las políticas del Estado, la

⁴³ Por supuesto, la objetividad del adjudicador también puede peligrar por un astigmatismo de otra clase: un interés personal en el resultado del caso puede llegar a tentarlo para que sacrifique el resultado correcto. Obviamente, *nemo iudex in causa sua* es un atavio grotesco del implementador de políticas ideal.

respuesta ha de ser enteramente negativa. Bajo algunas circunstancias incluso puede parecer deseable que los adjudicadores busquen instrucciones de las autoridades estatales apropiadas en cuanto a la deposición del caso. Si una organización es responsable de definir la línea política, ¿no es natural que los adjudicadores consulten con esta organización la respuesta adecuada al problema judicial que tienen entre manos? Que los adjudicadores sean seleccionados entre una organización política de elite no es impropio y hasta podría ser preferible, incluso si el cuerpo de elite exige una disciplina estricta de sus miembros para seguir políticas, y posee una estructura de mando eficaz.⁴⁴

Cuando esto ocurre, uno se pregunta si una autoridad estatal externa puede aislar a los adjudicadores de interferencias indebidas o del trajín del día a día de la política. La mejor garantía de dicho aislamiento aparece cuando los adjudicadores son tratados como especialistas o expertos en relacionar los objetivos políticos con eventos contingentes. Cuando las normas adjudicatorias se hacen más complejas, los resultados acertados comienzan a apartarse de las soluciones atractivas en términos de instituciones políticas ordinarias, de modo que la intervención desde el exterior puede ser vista como una intromisión en un campo especializado. En esta situación, como en el relato talmúdico del horno de Achnai,⁴⁵ los adjudicadores pueden ser capaces de afirmar cierto grado de autonomía o independencia incluso de la autoridad estatal suprema. Los impulsos políticos poderosos que inter-

⁴⁴ No se considera descalificador en los países comunistas que los jueces sean miembros del Partido, aun si la línea partidaria sugiere un resultado particular de un caso con toda claridad. Para referencias a problemas similares en los sistemas occidentales, ver M. Damaska, en W. J. Habscheid, ed., *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, 461, n. 66 (Bielefeld, 1983).

⁴⁵ En esta historia, un rabino disidente convocó a la voz divina para que se pusiera de su lado en una disputa rabínica. Sin embargo, aun la voz de los cielos fue incapaz de persuadir a sus colegas para que cambiaran sus puntos de vista, porque todos eran expertos en la Torá. El relato es parte del Talmud de Jerusalén, *Moed Katan*, III, 1. Ver la traducción al francés de Marcel Schwab, 322 (París, 1960).

fieran en la deposición de estos casos en particular pueden debilitarse como un río caudaloso que se encausa en la red de un sistema de irrigación.

Esta dinámica ha estado funcionando en los Estados activistas de ideología comunista. Cuando tanto la revolución soviética como la china eran todavía jóvenes, las autoridades no dudaban en afirmar que el partido en el poder estaba autorizado para intervenir con vigor en la administración de justicia: no sólo en el sentido de fijar políticas generales o pedir que los jueces inspiren lealtad hacia las causas del Estado, sino también en cuanto a dar instrucciones específicas referentes a la forma de decidir casos particulares. Se esperaba que los tribunales buscaran la conducción de funcionarios del partido en casos específicos.⁴⁶ Pero desde entonces ha habido una evolución: que los jueces dependen de la autoridad del Estado sólo en cuanto a que deben seguir las políticas generales diseñadas por el partido. Las instrucciones del partido o de cualquier otra autoridad extrajudicial que especifique cómo manejar casos concretos, ahora se declaran inapropiadas: una interferencia indebida en el curso de la justicia. Esta libertad de recibir instrucciones específicas se proclama entonces como la esencia de la independencia judicial: se critican los conceptos más amplios y exigentes de esa independencia judicial tildándolos de mitos burgueses, o de convertir el sistema judicial "en fetiche".⁴⁷ Evidentemente

⁴⁶ Para perspectivas soviéticas tempranas, ver N. S. Alekseev y V. Z. Lukashevich, *Leninskie idei v sovetskom ugolovnom sudoproizvodstve*, 62 (Leningrado, 1970). Ver también A. Soljenitsin, *Archipiélago Gulag* (1973), donde se documenta la opinión del fiscal general Krylenko. En la China maoísta, los tribunales debían seguir las instrucciones del Partido. Ver A. E. S. Tay, "Smash permanent rules; China as a model for the future", 7 *Sidney L. Rev.* 400, 415, 419 (1976). Aun en la era posterior a Mao, algunos casos relevantes —como el de la Banda de los Cuatro, que involucró a la mujer de Mao— pasaron abiertamente a consideración de los jefes del Partido antes de la dictación de la sentencia.

⁴⁷ Para una formulación típica de las visiones dominantes, ver T. N. Dobrovol'skaia, *supra*, n. 23, 165. Es interesante notar que, mientras rechaza la división de los poderes del Estado, la doctrina oficial soviética no tiene problemas en honrar la división del trabajo entre los representantes del Estado, llevándola hasta un grado de autonomía funcional. Ver Vydrina, "Rassledovanie ugolovnogo dela", *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, N° 9 (1980): 78. Ver también Y. A. Tikhomirov, *supra*, n. 26.

la independencia judicial surge de la distinción entre instrucciones generales y específicas, más fáciles de diseñar en la teoría que en la práctica. Desde luego, para alguien imbuido con valores pluralistas, esta concepción de independencia parece empobrecida. Pero no se deberían importar al paisaje político de los Estados intensamente activistas, las preocupaciones acerca de la independencia del sistema judicial que imperan en sistemas de Estado limitado. En el panorama activista, el Estado aparece como una fuerza benigna y como el centro de la legitimidad política: los jueces deben estar protegidos, pero sólo contra la interferencia de funcionarios del Estado que sea o bien corrupta (para sus propios fines) o busque resultados substantivos "incorrectos".

V. EL ROL DEL ABOGADO

Compatibilidad con el modelo

En el proceso judicial activista existen funcionarios que apoyan una tesis que favorece al ciudadano privado como parte de sus deberes oficiales y que por lo tanto éste puede considerar como aliado temporal. Pero dichos funcionarios no son "representantes" de los individuos implicados en el proceso: con intereses más amplios en la mente, pueden actuar en cualquier nivel del proceso de maneras perjudiciales al interés de los individuos privados. Ya he señalado que se puede nombrar un defensor del Estado con el fin de examinar la hipótesis de culpa presentada por el fiscal del Estado. No obstante, sería un mal comportamiento grave que un defensor del Estado alegara a favor de la inocencia contra su mejor opinión, o que abogara un castigo particular sólo porque el acusado lo considera menos oneroso.⁴⁸ Si un defensor del Estado responsable apoya los

⁴⁸ También sería incorrecto que un oficial ocultara información que hubiera obtenido de su colega asignado al rol de contendor: los representantes del Estado no deben desempeñar sus tareas procesales en detrimento de su objetivo común, que es la obtención de un resultado adecuado.

intereses del acusado cuando ellos no coinciden con los intereses superiores del Estado, es a causa de una identificación equivocada: como con las caracolas, está confundiendo el latido de su propio corazón con el sonido del mar.

¿Es compatible con el proceso de implementación de políticas permitir al abogado que asista a la parte para enfrentarse a los funcionarios a cargo del proceso? La respuesta general se vuelve en torno a si las autoridades del Estado consideran dicha asistencia como útil a la consecución del objetivo de justicia. Se podría argumentar que, en ausencia de abogado privado, los funcionarios más atareados podrían pasar por alto algunos intereses legítimos de una persona implicada en un proceso, o que sus intereses podrían ser tramitados de modo ineficiente por una parte poco experimentada y embargada por la ansiedad. También podría exigirse que el abogado verifique la conducta de los funcionarios a cargo: al mantenerlos en alerta, ayuda a reducir la negligencia, y al vigilar los excesos de celo, ayudan a reducir la conducta oficial irregular. En la medida en que estos argumentos parezcan persuasivos a la autoridad del Estado, se abre un espacio para la participación del abogado en la administración de justicia: ahora se piensa que la participación de los abogados mejora las probabilidades de llegar al resultado procesal correcto. Los argumentos en pro y en contra han de ser ponderados de modo diferente para los distintos tipos de proceso o para etapas procesales diferentes. Por lo tanto, se debe excluir el abogado en ciertos casos, o en ciertas fases del proceso judicial, pero no de la administración de justicia en general.⁴⁹ Si se considera que el papel

⁴⁹ Durante el período de auge del absolutismo francés, se permitía que el abogado defensor se presentara ante los tribunales de apelación en las causas penales. El procedimiento penal germano del mismo período era aún más abierto a los abogados: éstos podían revisar el expediente y redactar un informe para el acusado en cuanto la investigación oficial estuviese completa. Ver B. Carpzov, *supra*, N° 5, cuést. 115, n° 90-101. En las causas civiles, el Antiguo Régimen disponía escasas restricciones al trabajo de los abogados. Sólo en 1781, como parte de las reformas de Federico el Grande en Prusia, se prohibió actuar ante los tribunales en los litigios civiles a los miembros de la

del abogado es útil, puede hacerse obligatorio, de modo que la parte que rehúse tener un abogado, de todos modos tendrá uno nombrado especialmente para representarlo; cuando los individuos no son soberanos en la búsqueda de sus fortunas forenses, puede no haber derecho a permanecer solo y actuar *pro se*.⁵⁰

El rol adecuado

En la medida en que los intereses de una parte privada no choquen con el deseo del Estado de alcanzar una deposición correcta del caso, definir el papel del abogado no es problemático; el abogado deberá ser el defensor vigoroso de la parte. Pero ¿cuál será el curso de acción adecuado cuando el resultado sustantivamente correcto aparezca como un posible daño para el cliente? En un sistema judicial caracterizado por la tendencia a favorecer la implementación fluida de la política del Estado, no hay lugar para los abogados que sirven los intereses privados de un cliente, creando obstáculos para la realización de los programas del Estado. ¿Se espera entonces que el abogado no considere los deseos de su cliente y que asista a los funcionarios del Estado para llegar al resultado deseable? Naturalmente, esta solución ocurre en un Estado que rechaza las lealtades estrechas y pide el sacrificio de los intereses menores, en

judicatura. Fueron reemplazados por una rama especial de empleados judiciales, encargados de ayudar a los litigantes tanto como de supervisar el trabajo de los jueces. Ver A Weisler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, 357 (Frankfurt, 1967). Este experimento, propio del espíritu del absolutismo, fracasó y pronto fue dejado de lado. La exclusión total de los abogados privados de la administración de justicia se contempla en sistemas legales no occidentales.

⁵⁰ Los actuales sistemas judiciales del continente europeo, tanto en el Este como en el Oeste, proveen de defensa de oficio en los juicios por ofensas sancionadas con las penas más graves.

aras de los grandes intereses; aquí, la lealtad del abogado a su cliente no tiene mérito intrínseco substancial. Por otra parte, a largo plazo esta lealtad puede ser útil para el Estado: el que el abogado no se vuelva contra su cliente puede apoyar la exactitud general de los resultados, incluso si obstruye la deposición correcta de un caso dado. En otras palabras, la lealtad del abogado hacia su cliente puede basarse en la discordia entre objetivos del Estado más inmediatos y remotos ajustándose a favor de lo último, antes que basarse en el conflicto entre individuos e intereses del Estado y resolver a favor de los primeros.⁵¹ Como ya se ha sugerido, un argumento de esta naturaleza merece una audiencia seria en un Estado activista.

Por ejemplo, consideremos el tema venerable de proteger el secreto de la comunicación entre cliente y abogado. La realización efectiva de las tareas del abogado requiere que obtenga información fiable de diversas fuentes, especialmente de su cliente. Si ahora se le obliga a transmitir todo lo que ha llegado a conocer a las autoridades, su cliente y demás informantes pueden sentirse renuentes a revelar datos comprometedores o perjudiciales. Entonces se puede agotar una fuente útil de información, afectando negativamente los intereses mayores de la justicia. Una secuencia de este tipo se ve habitualmente como una posibilidad no demasiado remota, y por ello incluso los Estados fuertemente activistas dudan

⁵¹ Este razonamiento puede subyacer a una declaración frecuente en la literatura legal soviética, la de que los intereses de la justicia soviética y los del acusado criminal son como "las dos caras de la misma moneda". Ver I. Stetkovskii, *Advokat v Ugolovnom sudoproizvodstve*, 5, 415 (Moscú, 1972). Si los derechos concedidos al acusado se han diseñado para maximizar la obtención de la verdad en el número total de casos (aun cuando puedan dificultarla en algunos), entonces esa declaración comienza a tener sentido. Sin embargo, si se espera que los derechos del acusado promuevan la verdad en todos y cada uno de los casos, surge con toda claridad un conflicto de intereses entre los acusados culpables y el gobierno: la afirmación de por lo menos algunos derechos de la defensa puede dificultar el hallazgo de la verdad, de modo que asoma un conflicto entre el interés egoísta del acusado culpable de escapar al castigo y el interés del Estado de alcanzar un resultado adecuado.

antes de pedir abogado para ponerlo contra su cliente y se tiende a reconocer cierta forma de privilegio abogado-cliente.⁵² Pero también parece prudente proporcionar una válvula de seguridad para aquellos casos en que los intereses estatales convincentes en la adjudicación acertada de un caso en particular, se impongan claramente sobre el daño más remoto y especulativo a la exactitud general de los resultados.⁵³

Si se supone que el abogado no daña los intereses privados de su cliente, ¿tiene entonces licencia para participar, en algunos casos, para llegar a una decisión errónea? Un sistema de justicia dedicado a la supremacía de los intereses del Estado debe negarse a llegar tan lejos; una posición menos extrema parece más atractiva. En situaciones en que los intereses del Estado y los del cliente requieren cursos de acción divergentes, el abogado debe permanecer pasivo, ni promocionando activamente el veredicto correcto, ni asistiendo a su cliente. Por ejemplo, sabiendo o sospechando que un testigo ha testificado en falso en favor de su cliente, el abogado nunca debe exponer el perjurio, ni contribuir al éxito de la falsedad al desarrollar el testimonio de su cliente. Bajo ciertas circunstancias, incluso se debe permitir al abogado que se retire del caso. Al evaluar lo práctico de este arreglo, sería errado extrapolar exclusivamente de experiencias en los sistemas procesales en que los funcionarios son esencialmente pasivos y dependientes de los abogados de las partes para la acción procesal. La inactividad selectiva del

⁵² Al contrario de lo que a veces se piensa, la doctrina prevaleciente en los sistemas comunistas es que los abogados no deben inmiscuirse activamente en acciones que se vean como desfavorables para su cliente: más bien deben permanecer inactivos. Para los primeros tiempos, ver N.N. Polianskii, *Prauda i lozh v Ugolovnom zashchite*, 49 (Moscú, 1927). Para regulación contemporánea, ver C. Osakwe, "Modern soviet criminal procedure", 57 *Tulane L. Rev.* 439, 523-24 (1983). Esto no significa que ocasionalmente algunos abogados no se hayan vuelto contra sus clientes, en especial en los tiempos de Stalin. Ver A. Soljenitsin, *Archipiélago Gulag (1918-1956)*, (1973).

⁵³ Para un ejemplo de esta visión entre los estudiosos soviéticos, ver I. Motovilovker, *Nekotorie voprosi teorii sovetskogo ugolovnogo protsesssa*, 105 (Moscú, 1964).

abogado puede ser tan negativa para el cliente como una abierta presentación al tribunal de información que lo perjudique. Pero donde los funcionarios "activistas" participan enérgicamente en interrogatorios y otras acciones del juicio, la inactividad selectiva del abogado puede pasar inadvertida y, en cualquier caso, ser una base poco fiable para sacar inferencias dañinas para el cliente.⁵⁴

Relación con el Estado

Como a un Estado completamente activista no le gustan las asociaciones independientes, puede abolir las organizaciones profesionales, de modo de seleccionar el abogado entre profesionales que no están organizados institucionalmente. Otra posibilidad es mantener las asociaciones de profesionales, pero ver que se vuelven agencias cuasi oficiales al servicio del sistema judicial. Para evitar su amalgamación excesiva con los intereses del cliente, a los miembros de la organización podría pagárseles un salario o ser compensados de acuerdo con algún esquema remunerativo compatible con las diversas ramas del sistema de salarios del Estado. La historia ofrece una variedad de ilustraciones de las diversas posibilidades que se abren al intento del Estado activista de regular el status del abogado.⁵⁵

Parece normal esperar que en un sistema judicial activista, se desarrollarán mecanismos para acoplar al abogado con los casos. Los anales del modo de implementación de políticas del Antiguo Régimen, sin preocuparse de la opinión pública tanto local como foránea, están repletos del abierto

⁵⁴ La pasividad del abogado defensor es así más fácil de aceptar en sistemas jerárquicos que en aquellos sistemas paritarios de implementación de políticas. Comparar *supra*, cap. 4, n. 78.

⁵⁵ Entre los primeros ejemplos están las regulaciones del emperador bizantino Justiniano. Con todo, resulta particularmente iluminadora la accidentada historia de las políticas soviéticas hacia los abogados, admirablemente reunidas en J. N. Hazard, *supra*, n. 3, 34-51.

reconocimiento –incluso alabanza– de la práctica de excluir ciertos abogados de determinados tipos de procesos, o ciertos casos importantes. En palabras de la mayor autoridad del siglo diecisiete en el proceso penal continental, Benedict Carpzov, no cualquier abogado debería ser aceptado como defensor en temas penales: “sólo hombres honestos, dignos y cultos [deberían ser aceptados] no quienes inyectan confusión, que son verbosos pero no elocuentes, o aquellos cuya actividad demora más que agiliza el progreso de la causa”.⁵⁶ En nuestros días la relación del abogado con los casos se considera un tema muy delicado, de modo que en los sistemas judiciales en que existe esta relación, es poco probable que los instrumentos de vigilancia establecidos estén regulados de modo abierto. No obstante la teoría de excluir a algunos abogados de ciertos juicios, tiene sentido en un Estado que considera permisible la ayuda legal a la parte, sólo si favorece la posibilidad de llegar a resultados correctos.

Importancia limitada

En el proceso legal activista, donde la responsabilidad primaria para alcanzar el resultado correcto ha sido puesta en manos de funcionarios, no se considera deseable que el talento del abogado privado tenga un papel crucial. Por lo tanto, en contraste con la administración de justicia en el Estado reactivo, existe relativamente poco campo para desplegar las habilidades y el ingenio del abogado. Varios aspectos de la importancia reducida del abogado merecen mención.

Las investigaciones independientes realizadas por el abogado están muy limitadas, por lo menos en aquellos sistemas activistas que utilizan una burocracia investigativa. Los abogados se ven limitados a recoger sólo aquella información

⁵⁶ Ver B. Carpzov, *supra*, n. 5, cuest. 115, Nº 93. Se habla de las listas especiales de defensores aceptables en los juicios políticos soviéticos en W. E. Butler, *Soviet law*, 82 (1983).

que está a disposición de todos.⁵⁷ Las investigaciones tempranas profundas realizadas por abogados privados se aproximan a la intromisión en las fuentes de información antes de que sean usadas por los funcionarios responsables de encontrar pruebas. Como ya he señalado, el abogado puede verse excluido de ciertas etapas del proceso, especialmente de las fases iniciales del proceso penal. No se pasan por alto los costos de esta exclusión (intervención temprana que puede acelerar la eliminación de cargos sin fundamento), pero se teme que un contacto temprano entre el sospechoso y su abogado puede ayudar a éste a crear historias plausibles, aunque falsas, para escapar a un castigo merecido. Al equilibrar estos costos se llega a una política de postergar la admisión del abogado legal hasta el momento en que los investigadores oficiales crean haber concluido con el grueso de su trabajo de detectives.⁵⁸ Incluso dentro del campo limitado que les queda, el abogado no tiene tanta libertad para intervenir vigorosamente en representación de su cliente como lo es el proceso de resolución de conflictos del Estado reactivo. Los Estados activistas no toleran la crítica a sus programas desde posiciones contrarias a su filosofía oficial. Sería inapropiado –e incluso calumnioso– que el abogado sostuviera una lealtad con asociaciones no gubernamentales, en detrimento del Estado, o en alabanza de la autonomía indivi-

⁵⁷ Para las ideas soviéticas sobre este punto, ver C. Osakwe, *supra*, n. 52, 553.

⁵⁸ Esta era la solución del proceso penal germano del siglo diecisiete, donde el abogado de la defensa adquiría el derecho de inspeccionar el expediente, después de la conclusión de las pesquisas. Ver *supra*, n. 49. Restricciones esencialmente similares a la participación del abogado defensor persistieron en la ley soviética hasta 1972. El defensor soviético es admitido ahora aun si la investigación está en curso, siempre que el oficial a cargo lo halle conveniente. Por supuesto, si él piensa que la defensa hará su trabajo más difícil, la detendrá o limitará gravemente su actividad. Pero, una vez que ha completado su trabajo, la defensa adquiere “derechos de obtención de información relevante” (“derechos de *discovery*”) completos y puede solicitar investigaciones suplementarias. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 47, 120.

dual.⁵⁹ Otra limitación importante a la defensa celosa o fuerte se relaciona con la estructura del proceso de implementación de políticas: el impulso de la actividad del abogado no se dirige contra un adversario privado, con el juez del Estado observando, como en el proceso de resolución de conflictos, sino más bien contra un funcionario del Estado que está implicado activamente en la investigación. En este contexto, un abogado que confronta vigorosamente los materiales perjudiciales para su cliente, puede aparecer sin dificultad como intentando obstruir la realización de las políticas del Estado, una acusación muy seria a los ojos del Estado activista.

Habiéndose dicho todo esto, un observador de un medio reactivo probablemente llegaría a la conclusión de que la contribución del defensor al proceso de implementación de políticas no es muy importante y que se puede prescindir de ella. Desde el interior, no obstante, las cosas aparecen bajo una luz diferente: incluso cuando el abogado puede hacer muy poco para cambiar los resultados, como suele ocurrir, queda espacio para una actividad útil. Por lo menos, puede ofrecer apoyo psicológico a las partes, limando las asperezas de su inquietud. Incluso si la defensa del abogado puede transformarse en suplicatorio, esta es una contribución muy apreciada por las partes privadas implicadas en los procesos judiciales. La propia presencia del abogado es también importante como disuasión de la tendencia oficial a tomar las tareas procesales demasiado a la ligera. Sería una exageración imperdonable decir que el papel del abogado en el proceso de implementación de políticas es meramente cosmético: dentro de la gama de los puntos de vista aprobados oficialmente, el abogado puede colocar aspectos del caso favorables para su cliente y aceptables desde el punto de vista del Estado, de modo que el resultado del caso pueda verse afectado materialmente por sus esfuerzos.⁶⁰

⁵⁹ Ver C. Osakwe, *supra*, n. 52, 552-53.

⁶⁰ Aun en los días oscuros de la Inquisición medieval, el rol del abogado defensor distaba de ser superfluo. Hay un librito fascinante de un defensor del siglo diecisiete, Bouritsius, que muestra cómo los abogados podían (especialmente en las apelaciones a los tribunales superiores) prestar una valiosa

VI. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LAS DECISIONES

En un proceso judicial diseñado para la implementación de políticas gubernamentales y en un Estado dedicado a la transformación social, la estabilidad de las sentencias es evidentemente un tema de poca prioridad. Tanto el deseo de poner fin a disputas como la deferencia de expectativas sociales son débiles en comparación con el proceso judicial de un Estado comprometido con el mantenimiento del equilibrio social. En principio, todas las decisiones se toman *rebus sic stantibus*, esto es, que son provisionales. Si resulta que una decisión es errada en relación a los méritos del proceso, es difícil justificar cualquier obstáculo para revocación y reconsideración. Tanto si el error de la sentencia se refiere a hechos o a una mala aplicación del derecho, si la reconsideración es favorable o va en detrimento de las partes afectadas, si hay juicios civiles o penales implicados, todos estos temas son irrelevantes. Tampoco encontrar el error del adjudicador es un predicamento necesario para reconsiderar: una sentencia correcta en el momento en que se dictó debe ser reevaluada y modificada si surgen nuevas circunstancias que hacen que sea más deseable una decisión diferente. No obstante hasta el Estado activista más enérgico descubre en algún momento que hace falta algo de estabilidad y reposo. Los sueños impacientes acerca de una adaptación incesante y cambios constantes deben moderarse para cubrir la base de lo posible. De mala gana se hacen concesiones limitadas a la estabilidad, y tras ellas emerge algún grado de rigidez en las decisiones: una forma de res judicata.

La historia de la justicia soviética es una buena ilustración. Durante un largo período tras la revolución, tanto las sentencias civiles como las penales estaban sujetas a revisión

asistencia a sus clientes. Ocasionalmente, los esfuerzos de la defensa podían salvar a los acusados del tormento en los procesos que contemplaban la tortura judicial. Ver J. Bouritsius, *Captivus seu euchiridion defensionum* (Leipzig, 1685).

sin límites de tiempo fijos, no sólo si su base de pruebas era defectuosa, sino también si estaban basados en una aplicación incorrecta del derecho. Poner obstáculos a la corrección de las sentencias de los tribunales —incluso después de que tuvieran “efecto legal”— implicaba un formalismo burgués.⁶¹ ¿Por qué un delincuente peligroso, por ejemplo, iba a beneficiarse de una absolución injustificada, sólo porque su castigo merecido no se había establecido en un momento específico? El poder para pedir una revisión de los juicios que era “definitivo” en un sentido muy débil,⁶² se otorgaba a funcionarios poderosos, a los cuales los ciudadanos sólo podían suplicar que iniciaran procedimientos de “supervisión”.⁶³ Comenzando los ‘60, no obstante, se introdujeron varias limitaciones a la revisión fácil de las decisiones “definitivas”, más especialmente en el área muy delicada de la modificación de los juicios penales en detrimento de los que habían sido acusados.⁶⁴ Sin embargo la

⁶¹ Ver *Juridicheski slovar*, seg. ed., vol. 1, 605 (Moscú, 1956). La hostilidad hacia el formalismo legal, tan propia de los períodos revolucionarios, fue especialmente fuerte en la Unión Soviética en razón de la adopción oficial del marxismo como teoría social reinante. Por lo menos en lo que concierne al derecho, el marxismo contenía reflexiones principalmente críticas acerca del sistema legal, con especial énfasis en la “equidad formal” de la justicia burguesa. A medida que las autoridades soviéticas iniciaron la tarea de pensar constructivamente su propio sistema legal, las reflexiones críticas marxistas, aunque invocadas de modo regular, probaron ser de escasa utilidad, incluso de algún modo distractoras.

⁶² Los fallos eran definitivos (final) sólo en el sentido de que los individuos privados (en contraposición a los representantes del Estado) ya no podían disputarlos con recursos legales, y de que estos fallos quedaban en condiciones de producir efectos jurídicos.

⁶³ La revisión efectiva era confiada a una alta autoridad judicial, que también podía iniciar una revisión “supervisoria” por su cuenta. De hecho, los altos tribunales soviéticos a menudo iban a la caza de errores en las decisiones de los tribunales inferiores por iniciativa propia. Ver W. E. Butler, *Soviet law*, 320 (1983).

⁶⁴ La revisión de los fallos criminales en detrimento de los acusados (incluyendo a los exculpados) todavía es posible sin ningún límite temporal sobre la base de nuevos hallazgos probatorios o de un error fáctico cometido en favor del acusado. Con todo, la corrección de desaciertos legales cometidos en favor de acusados exculpados sólo es posible dentro de un breve lapso después del agotamiento de los recursos legales ordinarios, esto es, aquellos que posponen la ejecución del fallo. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 379, 383.

tensión en las decisiones delicadas permanece claramente visible hasta hoy día; en comparación con las jurisdicciones continentales “clásicas”, como la de Francia, Italia o Alemania Occidental, el movimiento de los soviéticos hacia la estabilidad es modesto e incluso algo etéreo.⁶⁵

La disposición de un Estado activista a corregir substantivamente los juicios defectuosos, se hermana con una gran reticencia a alterar la sustancia de las decisiones correctas, incluso si fuesen obtenidas con violación de la reglamentación procesal. Al describir la preferencia del Estado activista por instrucciones procesales flexibles, ya he tocado este rasgo del proceso de implementación de políticas. En jerga legal técnica, en la justicia activista prevalece la tendencia a tratar el error procesal como “perjudicial” sólo en la medida en que dicho error siembre la duda sobre lo adecuado de la decisión basada en los méritos del proceso; los errores procesales que requieran una revocación automática, son extremadamente limitados, y la legitimidad del concepto mismo pende de un hilo muy fino.⁶⁶ Si se puede disuadir la mala

⁶⁵ Ver *infra*, cap. 6, n. 24. También en la China comunista la preocupación por la estabilidad de las decisiones judiciales es escasa. Durante la era de Mao, el proceso penal llegó a ser completamente abierto en sus objetivos. Ver W. C. Jones, “A possible model for the criminal process trial in the P. R. China”, 24 *Am. J. Comp. L.* 229, 240 (1976). No puede sorprender que el proceso criminal de los Estados absolutistas continentales también permitiera la corrección de los juicios en todas las materias consideradas importantes por el gobierno, sin fijación de plazos. Ver A. Bauer, *supra*, n. 41, 355.

⁶⁶ Esta actitud comporta el problema de la evidencia obtenida mediante violación de la ley procesal: esa prueba debe ser rechazada sólo si aparece como no fidedigna. La idea de que la prueba impropriamente obtenida nunca debe utilizarse (aun si es contundente) pesa poco en el proceso de implementación de políticas. De modo característico, los comentaristas soviéticos tienden a justificar el rechazo de la evidencia ilegalmente obtenida sólo clamando que no es fidedigna; el problema de la prueba *fidedigna* pero obtenida con métodos ilegales recibe casi nula atención. Típico ejemplo de esta renuencia a lidiar con el problema es la obra de J. N. Smirnov, ed., *Nauchnoprakticheski komentarii ugolovnogo-protsessualnogo kodeksa RSFSR*, 100, 107 (Moscú, 1970). No hay de qué maravillarse: el sistema judicial se ve más fácilmente persuadido de rechazar una evidencia que viola los estándares de decencia oficial si aquélla puede asimismo hacerse aparecer como necesariamente no fidedigna.

conducta oficial sin revertir la decisión correcta, éste es el curso de acción que parece apropiado para el Estado activista. Es inmediatamente evidente, sin embargo, que una maquinaria de justicia organizada jerárquicamente puede generar más mecanismos que permitan la disuasión sin revisión que lo que puede la organización del poder paritario. Sólo consideremos las negativas de promoción y otros castigos disciplinarios similares, todos disponibles en una organización jerárquica. Es en cierto modo más probable que un funcionario activista coordinado niegue el reconocimiento de una decisión substantivamente correcta por autoridad paralela, si la decisión está arraigada en una violación de las normas procesales. Hacer que el producto de los esfuerzos de un colega resulte inútil, puede ser el único medio eficaz para asegurar la regularidad de la acción oficial en el aparato de justicia paritario.

6 EL PODER Y LOS TIPOS DE JUSTICIA

Ahora que de los objetivos de la justicia en el Estado reactivo y activista se han derivado dos tipos diferenciados de proceso, reintroduciré en este análisis algunos temas desarrollados en los dos primeros capítulos, donde examiné algunas de las señales de la autoridad jerárquica y paritaria, en el proceso judicial. La organización del poder jerárquico y paritario se ha asociado con rasgos procesales tales como la sucesión de etapas metodológicas, el apoyo en la documentación, la tendencia hacia una exclusividad oficial, y muchas otras características. La organización del poder paritario se ha relacionado con rasgos como la compresión temporal del proceso, la preferencia por el testimonio oral, la disposición para delegar la acción procesal en personas no autoritarias, y cosas similares. Al retratar los procesos de resolución de conflictos y de implementación de políticas, he aludido a las transformaciones que pueden experimentar estos procesos en los distintos marcos de autoridad. Ha llegado el momento de abordar este proceso de modo sistemático. En suma, ha llegado el momento de examinarlo de manera que los rasgos procesales atribuibles a los distintos objetivos de la justicia, interactúen con rasgos que emanen del carácter de los funcionarios.

Cuando se comparan los dos tipos de proceso con los dos tipos de autoridad, las combinaciones resultantes caen dentro de los siguientes recuadros de esta tabla de dos por dos:

	<i>Implementación de políticas</i>	<i>Resolución de conflictos</i>
<i>Poder jerárquico</i>		
<i>Poder paritario</i>		

Esta tabla ofrece un marco dentro del cual se puede examinar el proceso judicial en cuanto a su implicación en la ideología política y la influencia de las actitudes hacia la autoridad. En cada recuadro haré primero una exploración en abstracto de la interacción de los rasgos relacionados con la autoridad, y con los propósitos de la justicia, y entonces volveré a analizar ejemplos de procesos reales que caen dentro de ese nicho taxonómico particular. Pero antes de comenzar esta investigación, tenemos dos reservas.

Fácilmente se puede prever que el mismo arreglo procesal, puede relacionarse en ocasiones tanto con un ideal de organización del poder y con una concepción particular de los objetivos de la justicia. Por ejemplo, en el capítulo 4 se encontró que el papel dominante de las partes en la toma de pruebas se adecua a las posiciones de los litigantes en el proceso de resolución de conflictos. Pero antes, en el capítulo 2, observamos que ese papel dominante sigue naturalmente a la propensión de los funcionarios paritarios a delegar la preparación del juicio en personas interesadas pero ajenas. Cuando es posible esa doble atribución, bastará con haber ofrecido dos explicaciones —que se refuerzan mutuamente— para una forma procesal particular, y no especularé respecto a cuál es la variable más fundamental, y por lo tanto independiente. Igualmente resistiré la tentación de conjeturar si la doble atribución denota un apareamiento

ideal entre los objetivos de la justicia y la organización del aparato oficial.

De modo inverso, también hay que considerar que, cuando se combinan, a veces estos dos modelos conducirán a arreglos procesales con un potencial inherente de lucha y tensión. Por ejemplo, algunos arreglos típicos de las estructuras paritarias, en que los funcionarios están en situación de bloquear la implementación de las decisiones del otro, puede claramente estar en conflicto con formas preferidas por el proceso de implementación de políticas, en que no son deseables los puntos muertos. De cara a esta combinación de arreglos, bastará con que la doble perspectiva haya revelado una tensión que surge cuando la maquinaria de justicia de una estructura en particular se utiliza con propósitos particulares. No obstante, la existencia de esas tensiones internas no se percibe necesariamente como indeseable; los enemigos de la centralización burocrática pueden argumentar, por ejemplo, que cuando los rasgos paritarios del aparato judicial impiden la eficacia de la implementación de políticas, también impiden las victorias fáciles de un Estado con prisas.¹ Hablar seriamente acerca de malos acoplamientos de la estructura de la autoridad y la función de la justicia es entrar en una arena antigua y controvertida de teoría política, cuya complejidad lleva mucho más allá de los límites de este libro.

i. EL PROCESO DE IMPLEMENTACION DE POLITICAS DE LA OFICIALIDAD JERARQUICA

Tal como se ha definido en el capítulo 5, el proceso de implementación de políticas es, en el fondo, una investigación controlada oficialmente. ¿Cómo se adapta este modo de proceso a la estructura y los hábitos de trabajo de la autoridad jerárquica? El impacto más evidente en la forma de

¹ Ver *infra*, *Introducción*, n. 19 y texto correspondiente.

procesos de este tipo de autoridad es que la investigación "activista" se divide en etapas de acuerdo con los diferentes rangos de los funcionarios a cargo de ella, y cuando hay funcionarios del mismo rango, especializados funcionalmente, los procesos también se subdividen en etapas de acuerdo con subtareas especializadas.

Observemos que en este tipo de proceso no existe el debate en el juicio como elemento judicial culminante *-day-in-court-*, por lo menos no en el sentido de que el material para la decisión sea presentado al juez como una totalidad, en un bloque continuo de tiempo y en una forma que no ha sido sometida a la acción oficial previa de mediación. Más bien, la decisión inicial se hace sobre la base de materiales reunidos oficialmente a lo largo del tiempo y luego revisado regularmente por una autoridad superior, de modo que niega a la decisión inicial la significación que tendría si fuese presuntamente final. Tal como conviene al proceso de implementación de políticas, incluso las decisiones tomadas por la autoridad superior, pueden ser alteradas a la luz del conocimiento subsecuente; pero las presiones por el orden y la certeza, atesorados por las jerarquías burocráticas, limitan la reapertura fácil de los casos en que ha hablado el nivel más alto. Cada etapa procesal y episodio discreto queda integrado dentro de una totalidad significativa por la documentación al archivar el caso. Por lo tanto el archivo sirve como depositario de la información reunida gradualmente y las decisiones tomadas durante el curso del proceso; es la médula espinal de todo el proceso.

Cuando el proceso de implementación de políticas se relaciona con el aparato jerárquico de la autoridad, se pueden distinguir algunas variantes. La más sencilla no conoce especialización en el escalón más bajo de la autoridad; los funcionarios realizan funciones analíticamente separables con promiscuidad: investigan y toman decisiones. Pero en contraste con los funcionarios paritarios para todo servicio, no son "autócratas" con amplios poderes discrecionales: atados a cadenas de subordinación, ejercen la autoridad delegada.

Idealmente su acción se circunscribe estrechamente a normas incondicionales, y sus decisiones están sometidas a verificaciones superiores regulares.

Un ejemplo histórico de esta sencilla variante es el proceso ante el "juez investigador" en el antiguo régimen continental, en los casos penales menos graves. Mientras que este juez investigador tenía poder tanto para reunir pruebas de un delito como para tomar la decisión original, se esperaba que se guiase por reglas incluso al evaluar las pruebas, y estaba obligado a facilitar la revisión por una autoridad judicial superior; evitar que el acusado apelara era en ciertos casos una ofensa seria. Tampoco las apelaciones eran la única limitación de esos funcionarios generalistas de primera instancia. Otra limitación venía de la propensión de las organizaciones burocráticas, especialmente aquellas con pirámides altas, a crear unidades oficiales *-paneles de funcionarios de bajo nivel-* para permitir la supervisión mutua y la implementación de una política impuesta centralmente. *Juge unique juge inique* (juez único, juez no equitativo) es un viejo proverbio francés que expresa esta idea, una visión muy extraña para las estructuras paritarias. Que algunas constituciones continentales todavía atesoren la "garantía" de la toma de decisiones colectiva en el nivel del *juicio* parece sorprendente para muchos abogados del *common law*.

Como se señalara en el capítulo 5, la fusión de actividades en la persona del juez investigador se ve convencionalmente como rasgo distintivo del proceso inquisitivo "puro". En este esquema analítico, no obstante, esta fusión de actividades es menos que un ideal o forma completa de la implementación de políticas jerárquica. Está más cerca del ideal la *división* del trabajo entre los funcionarios en el primer escalón de la escala jerárquica. Una posibilidad para dividir el trabajo es encargar a un funcionario (o panel) que recoja información y a otro funcionario (o panel) que tome las decisiones. Una vez más, el proceso penal continental del antiguo régimen ofrece una buena ilustración: en casos graves el juez investigador se veía limitado a llevar a cabo una

investigación documentada. Cuando la investigación concluía, el archivo que contenía todos los documentos era transmitido al órgano decisorio de primera instancia.²

Otra posibilidad, ya mencionada, es introducir en el proceso a un funcionario que se especialice en presentar los casos al juez y moverlos a través de las diferentes etapas del proceso judicial. Como se ha observado antes, en un Estado activista, este funcionario es considerado como el perro guardián de la política oficial, implicado en el esfuerzo colaborativo de la organización del poder del Estado en cuanto a descubrir e implementar la decisión correcta; no aparece como parte en el mismo plano paralelo con un ciudadano implicado en el proceso judicial.³ Esta lectura "activista" de la situación se ve reforzada cuando la autoridad jerárquica dirige el proceso de implementación de políticas. Consideremos el ejemplo de un fiscal del Estado que es parte de una organización jerárquica. Cuando se incorpora en una pirámide de autoridad del Estado, no puede, evidentemente, calzarse zapatos de más o menos la misma medida de los que usa el acusado: hasta el fiscal menos importante está vinculado con el centro del poder del Estado. Colocarlo, como parte, en una posición paralela a la que ocupa el acusado violará el sentido jerárquico de orden apropiado. Es igualmente evidente que están fuera de lugar los conceptos de acuerdos y negociaciones entre el Estado acusador y el acusado. Cuando un funcionario cercano al centro del Estado comienza a negociar los intereses del Estado con un individuo privado, en la perspectiva de la autoridad jerárquica, esta práctica se aproxima a una abdicación de la soberanía del Estado. En efecto, como dijera Jean Bodin, uno de los fundadores de este concepto en el siglo dieciséis, está en la propia esencia del Estado soberano que no tenga iguales con

² Hubo diferencias técnicas menores al implementar esta idea, especialmente entre los territorios germanos y Francia. Ver M. Damaska, *supra*, cap. 2, n. 10.

³ Ver *supra*, cap. 5, n. 14.

quienes negociar.⁴ *Justice n'est pas ployable* (la justicia no es plegable). Incluso si el fiscal en cierto modo pudiese ser imaginado como parte, la imparcialidad del juez no sería creíble en un sistema jerárquico de justicia; su legitimidad como encargado neutral de resolver la disputa entre las partes queda recortada por su asociación —como funcionario profesional— con la misma autoridad que fiscaliza el caso: dos contra uno. En conclusión, entonces, la división del trabajo entre el tribunal y un promotor oficial especializado, no introduce formas de resolución de conflictos en el proceso judicial jerárquico activista. Por el contrario, la autoridad jerárquica, con su tendencia a la especialización, considera la división de tareas como un arreglo de implementación de políticas superior a la versión generalista, que concentra el control procesal en manos de los funcionarios que se hacen cargo del caso en primera instancia.

Todavía se puede observar otra división del trabajo; como en el caso del promotor de la fe y el abogado del diablo en los procesos de canonización de la Iglesia Católica, se pueden designar dos funcionarios para que aleguen puntos de vista opuestos ante el adjudicador. Pero como se ha mostrado en el capítulo 5, la competición oficial es un mero ritual superficial. Que este ritual se aparte de un arreglo ideal es de nuevo visible, con más claridad, en la autoridad procesal organizada jerárquicamente. Aquí la controversia institucional es tratada como perjudicial y las aspiraciones tienden bastante hacia actitudes objetivas no partidarias. Tal como el fiscal continental debe apelar *en favor* del acusado, si piensa que llegar al resultado correcto lo requiere así,⁵ los intérpretes de papeles oficiales opuestos abandonan de buena gana el ritual superficial y buscan soluciones óptimas en conjunto.

⁴ Para las ideas de Bodino acerca de las "verdaderas marcas de la soberanía", ver J. Bodino, *De Republica Libri Sex*, Libro I, cap. 10 (Londres, 1586).

⁵ Para el derecho "no partisano" ("non partisan") del fiscal de apelar en favor del acusado, ver, p. ej., Código de Procedimiento Penal de Alemania Occidental, §296, II. La tendencia de las burocracias clásicas de evitar la controversia se discute en H. Jacoby, *The bureaucratization of the world*, 154 (1973).

El entretreído de autoridad jerárquica y justicia de implementación de políticas, lleva a una gran reticencia a delegar la acción procesal *autónoma* en individuos privados. En tanto que las burocracias tienden a monopolizar el control procesal, los Estados radicalmente activistas son reticentes a permitir que haya voces que compitan con lo que ellos dicen. El resultado de este efecto sinérgico de la función del Estado y su estructura, es que la puesta en vigor de una política de Estado por personas privadas, está lejos de ser un arreglo ideal en el recuadro clasificatorio que estamos analizando. Pronto demostraré cuán diferente es la situación en el ambiente de la organización del poder paritaria activista, particularmente en las fases tempranas de la transición de un Estado desimplicado a uno intervencionista.

La combinación de organización jerárquica con la justicia de implementación de políticas tiene bastante éxito en muchos aspectos. Cuando el Estado activista lucha por alcanzar objetivos utilitarios, esto debe sorprender poco: La resolución jerárquica y la eficacia burocrática ofrecen instrumentos formidables a la realización de los programas del Estado. Cuando la autoridad superior ha formulado una política, la aplicación consistente de esa política es relativamente segura; los conflictos se pueden resolver con relativa rapidez y limpieza. Pero como no existen los matrimonios que realmente se hayan hecho en el cielo, esto no ocurre sin su parte de lucha. Como preludeo al estudio de sistemas existentes, hay dos áreas de tensión potencial y tirantez que merecen ser consideradas.

Se recordará que una organización jerárquica puede abrazar dos tipos diferentes de normas para tomar decisiones: una posibilidad son los objetivos a través de los cuales los funcionarios evalúan las consecuencias de las decisiones alternativas; la otra son las formas normativas como guía para los funcionarios. Dada la importancia histórica de la segunda variable, he centrado la atención en las jerarquías legales. Pero veamos ahora qué ocurre a la orientación legalista en un Estado que comienza a cumplir su potencial activista: crece la tensión entre la preferencia del Estado activista por

una toma de decisiones instrumental por una parte, y el apego del aparato judicial a normas incondicionales por la otra. Es cierto que estas dos tendencias se pueden equilibrar y acomodar en la medida en que los programas propulsores del Estado no sean impuestos con la mayor severidad. Pero cuando nos acercamos a los extremos del Estado auténticamente gestor, puede esperarse una transformación gradual del aparato jerárquico desde su variante legalista a la tecnocrática. Un Estado que propone transformar la sociedad en una corporación gigante —al mismo tiempo para promover el bienestar social, el enriquecimiento cultural, la protección medioambiental y mucho más— ha de valorar más a los gestores eficaces que a los manipuladores de programas normativos.

El otro tipo de fricción surge de las actitudes divergentes a la participación de ciudadanos en el proceso judicial. Se ha visto que un Estado activista pronunciado no gusta de las asociaciones autónomas y la acción social espontánea, pero lucha para implicar a los ciudadanos en sus programas y alinearlos con sus políticas. Como resultado, un proceso activista favorece la participación de los ciudadanos en diversos rituales accesorios: más que nada como coro inclinado favorablemente hacia la política del Estado y su reforzamiento. ¿Pero qué ocurre con la actitud de los burócratas organizados jerárquicamente para la participación de sus ciudadanos? Es probable que miren de reojo incluso esos papeles ceremoniales e inocuos, considerándolos como una intromisión diletante, que alteran el orden y la realización eficiente de las tareas técnicas. En suma, en tanto que la orientación activista atrae al público, las estructuras jerárquicas lo apartan. La tensión resultante puede surgir incluso en temas de importancia menor.

En este punto, vale la pena hacer una breve pausa para considerar la relación de los arreglos jerárquicos de implementación de políticas con categorías de teoría convencional. Para discutir el proceso de implementación de políticas aparte de cualquier estructura de autoridad particular, he señalado repetidamente que en algunos de sus aspectos re-

cuerda los retratos prevalentes del proceso inquisitivo. Esta similitud con la forma inquisitiva tradicional ha aumentado ahora con la introducción de rasgos asociados con la autoridad jerárquica, tal como el papel del expediente, o el impacto de la revisión regular de la apelación. Entre las diferencias notables entre el proceso inquisitivo tradicional y el proceso de implementación de políticas ante la organización del poder jerárquico, está el mayor énfasis, en nuestro modelo, en aspectos más amplios del caso, la intervención del Estado que queda abierta, tanto como el papel educativo del proceso jurídico. Se explicará la proximidad al pensamiento convencional y la forma de separarse de él, cuando vuelva a mirar los sistemas del mundo real que encajan en mi primera unidad clasificatoria. Al hacerlo, primero revisaré los sistemas más alejados de las formas ideales y acabaré con aquellos que se acercan más a esas formas. Comenzaré con el proceso penal continental del antiguo régimen, proceso que durante mucho tiempo ha parecido ser epítome del tipo inquisitivo "puro" de proceso judicial.

Sistemas de la justicia penal

ANTIGUO RÉGIMEN. Es instructivo examinar el génesis de lo que se considera como el estilo característico continental de proceso de casos penales. Como ocurre en mi sinopsis del renacimiento de la burocracia, nuevamente he de comenzar en el crepúsculo de la Edad Media. La función del Estado central débil era, sobre todo, evitar la lucha de los clanes. Muy poco diferenciado del daño civil, el crimen era tratado, básicamente, como algo que ocurría entre un delincuente y su víctima, o entre sus clanes respectivos. El proceso judicial se orientaba a absorber los conflictos al sustituir la lucha por la simulación forense. Se imponía una forma de proceso adversarial en lo que hoy sería clasificado como temas civiles o penales. Cuando el aparato jerárquico burocrático de justicia comenzó a desarrollarse —encabezado a fines del siglo once por la Iglesia Católica— la imagen del proceso penal

como competición de dos adversarios ante el tribunal (relación triádica) pareció muy normal. La deposición fue reforzada por algunos textos de la antigüedad romana, y luego venerada como parte de la codificación "redescubierta" del emperador bizantino Justiniano.

Las autoridades centrales más poderosas y en constante expansión, especialmente las de la Iglesia, no tardaron en comenzar a tener poderes mucho más amplios que los de resolución de conflictos: el ámbito de la acción estatal se expandió. En este nuevo entorno, el delito dejó de considerarse primariamente como preocupación hacia la víctima y el delincuente; se vio involucrado en lo que Aquino llamaría más adelante *communitas politica*. Para utilizar una frase contemporánea, no se esperaba que los "excesos" criminales fueran "corregidos" incluso en ausencia de una víctima que se quejase, o cuando una disputa comprometiese al foro. Como resultado de estas ideas cambiantes tanto en la agenda de Estado como la naturaleza del delito, se produjo un derivado de la justicia esencialmente de absorción de conflictos del comienzo de los tiempos medievales; surgió un procedimiento de investigación controlada e impulsada oficialmente (*processus per inquisitionem*). Incluso si nadie se presentaba como acusador, el juez se veía obligado a comenzar una búsqueda unilateral de la verdad respecto a la incidencia posible del crimen. Con este fin tenía poderes para examinar a los testigos y reunir otros tipos de pruebas, ya sea en persona o a través de funcionarios nombrados por él. El interrogatorio del sospechoso se convirtió en la pieza central de su nueva forma procesal ("sabe mejor si lo hizo, y si lo hizo, cuáles eran sus intenciones") y la confesión del sospechoso, en la forma más preciosa de prueba (*regina probatorium*). La orientación era casi natural en el proceso judicial innovador de la Iglesia, en que los jueces ordinarios (obispos) eran al mismo tiempo padres-confesores, acostumbrados a interrogatorios y confesiones en el "tribunal de conciencia". Pero como el nuevo procedimiento de investigación era independiente de una disputa entre un acusador y un acusado, la confe-

sión era tratada meramente como un dato precioso —no como declaración “dispositiva” de un contendor que resuelve la disputa y asimismo proporciona la razón para continuar el caso penal. La prominencia de los archivos en actividades realizadas oficialmente y la revisión de la apelación, hace que esta nueva forma pueda clasificarse fácilmente como un proceso de implementación de políticas ante la autoridad jerárquica.

El nuevo tipo de proceso podría consistir en una relación “bipolar” entre el juez y el acusado, pero también podría ser un compromiso de las tres personas: el juez, el acusado y el funcionario que defiende los intereses mayores en la eliminación del delito ante el tribunal.⁶ Sería anacrónico imaginar que los contemporáneos consideraban que dicho funcionario o promotor oficial y el detenido eran partes adversarias en combate ante el árbitro pasivo de su disputa: el promotor se veía en cambio como un ayudante oficial del juez.

Este procedimiento eclesiástico no tardó en ser adoptado con entusiasmo por los gobernantes continentales seculares, de modo que no dejó de ganar base a expensas de la antigua forma adversarial de proceso penal. El oficio de promotor, con diferentes etiquetas en distintos países, también fue recibido en sistemas seculares y organizado en una institución jerárquica cuya responsabilidad frecuentemente excedía los límites del vigor criminal de la ley penal. Los *procureurs* y *avocats* reales franceses, por ejemplo, adquirieron importantes poderes en los casos civiles afectados por intereses mayores, y en la Prusia absolutista, se esperaba que el *fiskalat* real fuera un “guardián” general de las reglamentaciones del mandatario: su *auge und ohr* (ojo y oreja). Como la institución posterior, que llegó a través de Suecia a la Rusia zarista y fue adaptada más tarde a las necesidades del Estado soviético, es la *bonne bouche* del historiador que el poderoso *prokurator* soviético tuviese un pedigree relativa-

⁶ Ver *supra*, cap. 1, n. 17 y texto correspondiente.

mente embarazoso que se remontaba al *promotor fidei* de la Iglesia Católica.⁷

Es importante subrayar, sin embargo, que incluso en sus variantes más extremas —como los procesos especiales de la Santa Inquisición— el proceso histórico inquisitivo siempre retuvo algunos rasgos y mucha terminología del modo de proceso de resolución de conflictos. Así, por ejemplo, algunos temas recibieron el término de “defensivos”, aunque a menudo no había otra parte con quien el imputado criminal pudiese compartir los temas que surgían o el peso de probarlos; en realidad el investigador oficial estaba obligado a construir un “caso” único sondeando el suyo propio, sin considerar las alegaciones del imputado.⁸ Más interesante aún, el proceso inquisitorial, aunque dominante en la práctica, era considerado como una anomalía o una aberración de las formas regulares. En su infancia, requería la protección por justificación extensiva, incluso disculpas: como punto de partida de una tradición reverenciada, sólo podía usarse excepcionalmente, mal necesario para que tuviese éxito la guerra contra el crimen (*ne crimina maneat impunita*).⁹ Incluso más tarde, y hasta la caída del viejo orden, el antiguo proceso “acusatorio” siguió siendo para muchos el ideal teórico de la justicia criminal. La discusión

⁷ Para detalles sobre cómo el *promotor* del derecho procesal canónico se adoptó en Francia, y en todas partes, ver Lefebvre, *supra*, cap. 1, n. 17. El *Fiskalat* prusiano se discute en E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, tercera ed., 180 (Gotinga, 1965). Para la enrevesada ruta del trasplante de los “guardianes de la legalidad” prusianos a Suecia, la Rusia zarista y finalmente la Unión Soviética, ver M. Kovalevsky, *Russian political institutions* (1902); J. Hazard, *Settling disputes in soviet society*, 217-43 (1960).

⁸ Para los vestigios de formas “acusatorias”, ver B. Carpzov, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, Parte III, cuest. 115 (Francfort, 1678).

⁹ Fuentes primarias de las apologías iniciales del nuevo proceso están recopiladas en F. A. Biener, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, 45-46 (Leipzig, 1827). Inicialmente, la pena capital podía no pronunciarse en la nueva forma procesal.

académica del procedimiento inquisitorial, estaba intercalada regularmente con genuflexiones ceremoniales ante un diseño alternativo del proceso penal que siempre requería un acusador, e inmediatamente evocaba la idea de disputa.¹⁰ Como el aparato de justicia se hizo crecientemente burocrático, fue barrida la participación popular medieval, de modo que sólo esporádicamente fueron evidentes algunos de sus vestigios. Aunque los impulsos educativos surgen en la administración eclesiástica de justicia, los intentos de utilizar el proceso judicial secular de transformar a la gente fueron pocos y apartados.¹¹

Si se necesita un Estado radicalmente intervencionista para generar formas puras de implementación de políticas, se pueden entender fácilmente estas desviaciones de los sistemas inquisitivos históricos del modelo de implementación de políticas jerárquico. Durante el período que dominaba el *processus per inquisitionem*, el carácter del Estado continental estaba lejos de ser gestor en exceso. Bien entrado el siglo dieciséis, se imaginaba que los gobernantes europeos eran primariamente jueces o que resolvían conflictos: que el poder soberano es regulatorio o legislativo, es una idea comparativamente moderna.¹² También lo es la idea de un Estado cuya misión es gestionar a la gente. Es cierto que algunos papas hicieron alegaciones tempranas contra los poderes totales de Estado, pero nunca fueron capaces de unir

¹⁰ En el siglo diecisiete, Carpov aún trataba el *processus per accusationem* como superior al inquisitivo (*supra*, n. 8, cuést. 106). Ecos de esta postura pueden detectarse aun en el siglo dieciocho, como lo muestran las fuentes citadas en Hombert zu Vack, *supra*, cap. 5, n. 17.

¹¹ El brazo secular no sentía inclinación hacia las *poenae medicinales* (penas medicinales) de la ley penal eclesiástica. Aun así, no estaban del todo ausentes algunos trazos de una concepción educativa y tutorial de la justicia criminal irradiados desde la Iglesia, o aun desde juicios por brujería o *crimen magiae*. Para un interesante ejemplo del siglo catorce, ver Bartolus de Sassoferrato, en J. Hansen, *Quellen und Untersuchungen zur Geschichte des Hexenwabns*, 64-66 (Bonn, 1901).

¹² Ver Q. Skinner, *The foundations of modern political thought*, vol. 2, 289 (1978).

spiritualia y *temporalia* bajo su autoridad singular.¹³ Sus sucesores, los gobernantes seculares absolutistas, en algunas ocasiones desplegaban exigencias de tutoría y gestión, pero incluso los más radicales entre ellos nunca intentaron una transformación comprensiva de la sociedad. Para encontrar un panorama político capaz de apoyar una ruptura decisiva con la justicia concebida como resolución de conflictos, hay que buscar un Estado mucho más activista que el de los príncipes absolutistas europeos. No debe sorprender que los teóricos que han intentado construir un tipo de proceso abstrayéndose del derecho penal real y sus sistemas de vigor del viejo orden, siempre han sido incapaces de describir un procedimiento inquisitivo extremo o "puro".

Antes de examinar formas de justicia en los Estados auténticamente intervencionistas, revisaré el desarrollo en los procesos penales continentales tras los trastornos que en gran medida provocaran las olas crecientes de la Revolución Francesa.

LA AMALGAMA POSREVOLUCIONARIA. Ya se han tocado las reformas posrevolucionarias de la administración de justicia continental, centrándonos en intentos —con más éxito en su proclamación que en la práctica— para relajar la centralización heredada de las instituciones judiciales. Ahora me centraré en los esfuerzos posrevolucionarios para inyectar más formas de resolución de conflictos en el proceso continental de la investigación. Por lo tanto aquí diré poco acerca de aquellas características de proceso reformado que se pueden buscar en la dominación continua de la autoridad jerárquica: la sucesión metódica de etapas que culminan en apelaciones, el papel crucial del expediente, formas débiles de parti-

¹³ Para una revisión somera de las aspiraciones papales de *plenitudo potestatis*, ver M. Oakeshott, *On human conduct*, 220-22 (1975). Ver también *supra*, cap. 5, n. 9. Harold Berman ha mostrado cuán crucial fue la separación —a fines del siglo once— entre los órdenes eclesiástico y secular, tanto para la política occidental como para el derecho como un todo. Esta separación es el tema de la obra de Berman, *Law and revolution* (1983).

cipación lega en la toma de decisiones y muchos rasgos parecidos, permanecen en la periferia de esta discusión.

Los esfuerzos para entretejer más modelos de resolución de conflictos en la trama del proceso penal continental, estuvieron inspirados por dogmas de la ideología liberal. He anotado que esta ideología desarrolló la imagen del proceso penal como una competición entre el acusado y el Estado, ante adjudicadores independientes en la rama ejecutiva del Estado. En un medio acostumbrado a las burocracias judiciales y procesales que dominan la administración de la justicia penal, la aplicabilidad de esta imagen parecía demasiado limitada como para que la tomaran literalmente. Ni siquiera los reformadores liberales pensaron que un nivel cualquiera del proceso penal debería vincularse con la existencia de un desacuerdo real entre la acusación y la defensa. Que el propósito de la acusación penal fuese aplicar la política del Estado respecto al delito, independientemente de la actitud del acusado hacia los cargos, fue un hábito intelectual muy arraigado.¹⁴ No obstante, lo que parecía atractivo a los reformadores liberales, fue estructurar los procesos penales, cuando era posible, *como si* fuesen un choque de opiniones entre el ministerio público y el imputado. Las formas de competición o de *simulación* de disputa, parecían indicar por lo menos algún reconocimiento de que los intereses de un individuo pueden oponerse legítimamente a los intereses del Estado: no es un logro pequeño desde el punto de vista liberal. El resultado de este modo de pensamiento fue abogar por una amalgama de formas penales de implementación de políticas y resolución de conflictos en los casos penales: la fuerza del liberalismo de uno se medía por el grado en el cual se pensaba que los arreglos de resolución de conflictos,

¹⁴ Aún prevalece este hábito, aunque en algunos países, bajo la influencia de la sociología estadounidense, un pequeño grupo de académicos sostiene ahora que la resolución de conflictos es el objetivo de *toda* adjudicación. Para ahondar en el pensamiento reciente acerca de las metas del proceso penal en la influyente literatura alemana, ver P. Riess, "Gesamtreform des Strafverfahrensrechts", en *Festschrift für Karl Schafer*, 168-72 (Berlín y Nueva York, 1980).

eran capaces de expandirse a expensas de los relacionados con el propósito de los procesos de implementación de políticas.

Tarde o temprano, en todos los países continentales se implementaron reformas liberales. Al evaluar el sabor de la amalgama resultante, sin embargo, es crucial distinguir entre las aspiraciones de reformar la legislación, y la realidad; en ningún caso una tarea sencilla. Ha sido estigmatizada por la inclinación natural de muchos comentaristas continentales —agentes de cambio comprometidos en sus sistemas domésticos— a exagerar la medida en que sus aspiraciones liberales se han hecho realidad. Acaso esperan que ocurra un efecto de Heisenberg, de modo que el observador inducirá el cambio que desea en lo que observara. Afortunadamente la perspectiva comparativa más amplia ayuda a identificar esas alegaciones exageradas.

En primer lugar: ¿qué hay de las aspiraciones? La amalgama de formas de competición e investigación fue concebida de la siguiente manera: La antigua investigación, precedente al nivel de toma de decisiones, debería retenerse porque se pensaba que era necesario reunir pruebas para elucidar la verdad, de modo básicamente unilateral. Pero la importancia de este nivel inicial tenía que ser minimizada, y por lo menos tendrían que introducirse algunas formas de competición. El papel de la investigación se reduciría al dejar de insistir en que el investigador reuniera todo el material necesario para la decisión: su investigación tenía un papel de mero vehículo orientativo, sobre la base de lo cual el fiscal del Estado decidiría si debía acusar formalmente de un delito a un ciudadano. Luego, la base factual para decidir, se reafirmaría en niveles más adornados con las formas de competición. ¿Qué formas de competición deberían permitirse en las fases iniciales? Por ejemplo, el investigador decidiría examinar a un testigo en presencia del imputado y el ministerio público, siempre que no fuese imperativo un examen más secreto en interés de descubrir la verdad. El *abogado defensor* tenía que aceptarse desde los primeros niveles de la investigación y familiarizarse, si fuese posible, con el progre-

so de la determinación de los hechos; entonces podrían alegarse los descubrimientos investigativos, presentando argumentaciones.

Cuando se hubiese completado la investigación, el archivo documentado tendría que transmitirse al fiscal del Estado, para decidir si el proceso debería continuar. En caso afirmativo, el fiscal presentaría una acusación formal con el tribunal penal, al igual como un querellante civil presentaría una demanda. Los parámetros fácticos de la acusación presentarían un límite a la determinación de los hechos subsecuente. Aunque el proceso tuviera que culminar en un juicio público hecho a la imagen de la competición, nunca se contempló siquiera una estructura rigurosa de competición. Por ejemplo, aunque se le pediría al acusado al comienzo mismo que planteara su "actitud" hacia los alegatos de la acusación, incluso si no pudiese contender e hiciese una confesión completa —de modo que no hubiese competición entre él y el Estado— siempre se requeriría que el juez siguiera con la determinación de culpa. Además, los temas en juicio no se separarían en un "caso" para la acusación y un "caso" para la defensa. En vez, el juzgado construiría un caso integrado simple mediante una acción unilateral, limitado solamente por los parámetros de la acusación. Mientras los reformadores nunca perdieron de vista que la división de la causa en dos casos —incluso si se implementasen con rigor— permite al fiscal del Estado que represente intereses más amplios, los reformadores lo consideraban inaceptable para conceder al acusado una posición paralela y por lo tanto el control correspondiente sobre los temas "defensivos". Se pensaba que la existencia de todas las precondiciones necesarias para la sanción penal era una decisión de los tribunales y no del acusado.

De este modo, el juicio sólo simularía, y con modestia, una competición: tenía que haber declaraciones de apertura y conclusión por parte de la acusación y la defensa, y después que el juez de la sala realizara el interrogatorio de los testigos, el acusador y la defensa podrían interrogarlos por turnos. Para silenciar la significación de los niveles previos al

juicio, se abreviaba el alcance del archivo documental: las decisiones originales habían de basarse únicamente en las pruebas examinadas directamente en el tribunal. En contraste con el derecho anterior, el tribunal ya no podría negarse a decidir el caso hasta que éste estuviera "informado con más amplitud". Si el juicio favorecía al acusado, su reconsideración debía limitarse en comparación con el proceso prerrevolucionario.¹⁵ Esto, en suma, era la teoría prevalente de la amalgama.

En realidad, sin embargo, y pese a que ahora se estuviese ideológicamente en una especie de *demi monde*, las formas inquisitivas funcionaron mejor de lo que pensaban los reformadores liberales. Para comenzar, la investigación previa al juicio seguía siendo exhaustiva, por lo menos en caso de delitos graves, y los investigadores encontraron la presencia de los acusados en los interrogatorios de testigos u otras actividades de toma de pruebas, potencialmente peligrosas para elucidar la verdad, de modo que habitualmente se negó esta presencia. Más allá de esto, si la legislación ocasional hizo mandatoria la presencia del acusado durante algunas actividades investigativas, el trabajo detectivesco crucial tendía a pasar de los jueces investigadores tradicionales a funcionarios policiales, en cuya investigación no se aplicaba el derecho del acusado a participar. Los lectores de las novelas de Simenon, o más recientemente de San Antonio, conocen bien los juegos dilatorios subsecuentes, en un área de poca visibilidad de las investigaciones policiales entre el *inspecteur* y el juez a cargo de la investigación "formal". Para poner fin a esos juegos de dilapidación, algunos países con-

¹⁵ Con todo, en todos los sistemas continentales el fiscal puede apelar del juicio exculpativo dictado por el tribunal de primera instancia; el "peligro" original simplemente se mantiene. Es más, en la mayoría de los países aun un fallo definitivo ("final") puede verse revertido si el exculpado confiesa más tarde el crimen. De este modo, sería poco astuto de parte del criminal publicar un libro que describiera el crimen por el que fue exculpado o prometer al tribunal que no volvería a cometerlo: todas prácticas conocidas en los sistemas angloamericanos.

continentales —Alemania Occidental, por ejemplo— han abolido el cargo de juez investigador.

Durante el juicio, la información de la investigación siguió ejerciendo una fuerte influencia en la toma de decisiones, a pesar de las protestas de los comentaristas académicos. Había muchas razones para esto, pero las más propagadas fueron el requisito de que el juez responsable se preparara para tomar pruebas estudiando meticulosamente el archivo. Al final, la investigación preliminar siguió siendo la fase procesal crucial de todo el proceso. En gran medida, el juicio se transformó en una revisión del trabajo ya hecho, con su investigación original limitada a la búsqueda de la sentencia más apropiada.¹⁶

Subrayar el vacío entre aspiración y realidad no pretende negar que la reforma posrevolucionaria apartó, mucho más, a la justicia penal continental de las formas puras de implementación de políticas de lo que ocurriese con el proceso penal en el antiguo régimen. Tampoco podía haber sido diferente, en vista de las cambiantes concepciones de la relación entre el individuo y el Estado a la vista de los principios liberales. No obstante, para evaluar adecuadamente el sabor final de la amalgama continental, la discrepancia entre aspiración y realidad asume un significado decisivo.

Los comentaristas continentales a menudo sostienen que la "mezcla" posrevolucionaria tendría que colocarse en algún lugar a medio camino entre la justicia de implementación de políticas y de resolución de conflictos. Si esto estuviese justificado, la amalgama continental plantearía serios problemas taxonómicos; su inclusión en el primer recuadro clasificatorio sería cuestionable. Pero sin considerar cómo se presentan las cosas en la perspectiva doméstica continental —el ojo que se examina a sí mismo— una visión comparativa más amplia revela un cuadro diferente. Especialmente reveladora es la

¹⁶ Para una rara apreciación que también es realista, ver J. Stepan, "Possible lessons from continental criminal procedure", en S. Hottenberg, ed., *The economics of crime and punishment*, 181, 187 (Washington, 1973).

ventaja de los observadores angloamericanos, en cuyo sistema los juicios son más genuinamente independientes de procesos anteriores, y están marcados con más rigor por la idea de la competición. Sintomáticamente estos observadores encuentran los juicios continentales semejantes a los procesos para revisar los resultados del trabajo hecho en los niveles predominantemente inquisitivos del proceso penal. Desde su punto de vista, incluso los sistemas continentales que incorporan el número más amplio de formas de competición encajan en los compromisos "no adversariales" o de implementación de políticas.

Existe algún desacuerdo entre los comparativistas acerca de si los países continentales utilizan instrumentos que pueden asociarse significativamente con la negociación entre las partes procesales, proceso tan íntimamente ligado al estilo de resolución de conflictos. Buena parte de este desacuerdo es debido a la combinación de concesiones oficiales unilaterales a los acusados que cooperan con una negociación explícita entre la acusación y la defensa, en lo que se refiere al intercambio de beneficios. La primera práctica es tan ubícuca como el impulso ordinario para aceptar las normas de reciprocidad o devolver un favor. Estas prácticas no son ofensivas para el proceso de implementación de políticas, o violan el sentido de propiedad jerárquico. Están muy extendidas en el sistema continental de justicia penal. Una ilustración notable son las concesiones en la sentencia, a menudo concedidas rutinariamente a los delincuentes que confiesan. En contraste, las negociaciones explícitas entre la acusación y la defensa que llevan a tratos o negociaciones, son ajenas a la sensibilidad jurídica continental. Desde luego no queda espacio para cargos y concesiones de sentencia a cambio de que el acusado renuncie al juicio, porque todos los delitos de alguna gravedad deben juzgarse en un juicio, sin considerar los deseos de las partes implicadas en el proceso. Más importante, garantizar al acusado una base para negociar con los funcionarios del Estado los cargos o la sentencia que se impondrá, y también permitir al tribunal que sancione esos tratos, es auténticamente ofensivo para las ideas continenta-

les sobre la administración adecuada de la justicia penal. Sólo para los delitos menores, y en respuesta a la sobrecarga de archivos, algunos países de Europa occidental han desarrollado, recientemente, procesos sumarios similares a la declaración de culpabilidad negociada. La mayor parte de estos procesos, no obstante, implica ofertas procesales no negociables en que el acusado paga una multa determinada o enfrenta la posibilidad de una sentencia más seria si elige ir a juicio. La propia no negociabilidad de la oferta demuestra la intranquilidad con que los continentales enfrentan las transacciones de partes consensuales en los procesos penales: si en beneficio del ahorro de recursos, el funcionario que lleva a cabo el proceso a veces se ve obligado a ofrecer tratos al acusado, la imagen de una tienda con precios fijos es mucho menos repugnante que el regateo que recuerda un bazar oriental. En la esfera de las pequeñas faltas, unas pocas jurisdicciones continentales van más allá aún y permiten instrumentos que necesitan negociaciones entre la fiscalía y la defensa: si el acusado promete determinadas acciones, se permite a la acusación que abandone los cargos.¹⁷ Algunos países que han desarrollado instrumentos procesales para enfrentar la masa de delitos pequeños (en especial las faltas de tráfico) han dado un paso significativo, apartándose de las formas convencionales de justicia penal continental: las formas procesales del tipo auténtico de resolución de conflictos pueden haber ganado apoyo en el continente.

¹⁷ Para un ejemplo legislativo de tal desestimación condicional de los cargos, ver Código de Procedimiento Penal de Alemania Occidental, §153(a). No debemos proyectar a Europa las expectativas estadounidenses de que tales poderes conduzcan a un gran teje maneje en el cual el acusado obtiene significativas ventajas ante las autoridades. Hay que destacar en esta conexión que la desestimación condicional de los cargos es conocida aun en la Unión Soviética, limitada, por supuesto, a ofensas menores en que los ofensores demuestren arrepentimiento. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, art. 51. Para el caso de Alemania Occidental, un académico estadounidense ha mostrado cómo los sistemas continentales se las arreglan sin una onerosa negociación preliminar (J. Langbein, "Land without plea bargaining: How the germans do it", 78 Mich. L. Rev. 204 (1979)).

EL MODELO SOVIÉTICO. Como la Rusia zarista adoptó una variante híbrida del proceso que acabamos de describir, para los arquitectos del proceso penal soviético fue normal comenzar a construir sobre cimientos continentales. Sin embargo, al mezclarse, los elementos del estilo de competición perdieron soporte ideológico, y se opacaron. La imagen del proceso penal como una disputa entre el Estado y el individuo quedó más allá de cualquier diseño marxista, y contradujo la naturaleza intensamente activista de la forma soviética. El proceso penal sería un instrumento eficaz para que el Estado reprimiera conductas peligrosas y educara a las masas.¹⁸

Esta orientación contribuyó al fortalecimiento de las formas de implementación de políticas. En cambio se recortaron algunos privilegios testimoniales relativamente magros, heredados de los días prerrevolucionarios. Al contrario de lo que ocurre en la mayoría de los sistemas liberales del continente, los miembros de la familia, médicos y sacerdotes no podían negarse a testificar contra el acusado;¹⁹ la negativa o evasión del deber de testificar se veía, más que como una infracción menor, como una ofensa penal.²⁰ Como se pensaba que la aceptación del abogado en una etapa temprana aumentaba indebidamente las oportunidades de que los acusados culpables obscurecieran la verdad, se excluía a los abogados de las investigaciones preliminares hasta que el

¹⁸ La imagen del proceso penal como una competencia con el Estado se diagnosticó como originándose *ex partibus infidelium* de la ideología "burguesa". Ver, p. ej., T. Szabo, *The unification and differentiation in socialist criminal justice*, 13 (Budapest, 1978). Tampoco era la desconfianza hacia el gobierno —una poderosa fuente de formas procesales en el pensamiento liberal— una consideración en la creación de las formas soviéticas de justicia criminal: si el Estado existe para transformar la sociedad, debe ser poderoso y fiable. Donde hay un gobierno benevolente en el poder, sentían, los males sociales serían menos la consecuencia de un control gubernamental opresivo que de una opresiva falta de control; el partido y la ciudadanía debían ejercer toda la supervisión contra los abusos que fuera necesaria. Ver M. A. Chelzov, ed., *Ugolovnyi protsess*, 428-29 (Moscú, 1969).

¹⁹ Sin embargo, como hemos recalado, el abogado estaba exento de testificar en contra de su cliente.

²⁰ Ver Código de Procedimiento Penal soviético, art. 182.

investigador hubiese concluido su trabajo y, presumiblemente, hubiera saltado la liebre.²¹ Esta exclusión estaba en marcado contraste con las normativas apoyadas por los reformadores liberales continentales para hacer posible que el acusado tomara cuanto antes contacto con su defensor, una vez iniciado el proceso. En consecuencia, se postergó la atenuación del carácter de sondeo unilateral de los procesos, atenuación que acompaña la participación de un abogado en las actividades procesales. Además, el impacto de este tipo de investigación tan racionalizada era significativamente realzada con la insistencia de que fuera lo más completa y exhaustiva. Se requería que los investigadores exploraran cada faceta del caso para persuadirse de la culpa del acusado antes de llegar a la conclusión de que el caso merecía ir a juicio.²²

La razón más poderosa para el debilitamiento de las mezclas de competición en el diseño de la etapa de juicio previo soviético, fue el incremento de la estatura y prestigio de la función de fiscal del Estado (o procurador). Ya no podrán llegar al tribunal las quejas del acusado contra las acciones investigativas, como ocurre en los sistemas continentales no soviéticos. En cambio, estas quejas han de dirigirse ahora al procurador, en su calidad de "guardián de la legalidad".²³ Fue instaurado como amo indiscutible del pro-

²¹ Ver Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 199-207. Comparar asimismo con *supra*, cap. 5, n. 58.

²² Como hemos visto, los sistemas continentales son más renuentes que muchas jurisdicciones de *common law* a llevar al acusado a juicio sobre la base de investigaciones meramente "orientativas". Mas, en este punto, el proceso soviético es mucho más exigente que los procedimientos mixtos continentales tradicionales: llevar al acusado a juicio sólo basándose en la "causa probable" de que haya cometido un crimen se considera una actitud "burguesa" entre los estudiosos soviéticos. Ver, p. ej., N. S. Alekseev y V. Z. Lukashevics, *Leninskie idei v sovetskom ugolovnom sudoprotivodstve*, 72 (Leningrado, 1970).

²³ Ver Código de Procedimiento Penal soviético, cap. 10. Sepamos que para los soviéticos no hay nada sacrosanto en la protección del acusado criminal por parte del tribunal (como opuesta a la de la Procuraduría): la idea de la judicatura como rama independiente del gobierno es rechazada como una mistificación de las verdaderas relaciones de poder.

ceso previo, y al supervisar el trabajo de los investigadores (sus empleados), es él, y no el tribunal, quien decide independientemente sobre temas tan delicados como la detención preliminar del acusado. Ver a este poderoso funcionario, vinculado al centro mismo del poder gubernamental como mera "parte" en disputa con el acusado, no tiene ningún sentido. Las normas diseñadas por los reformadores continentales liberales para excluir la utilización substantiva en el juicio de la información obtenida en etapas anteriores del proceso—incluidas las investigaciones policiales—fueron rechazadas por formalistas. Como resultado, se fortaleció el carácter de auditoría de los juicios incluso en comparación con la amalgama continental convencional. En armonía con la forma de implementación de políticas, incluso los juicios con efecto legal podían ser revisados si hubiese error de acuerdo a los méritos del proceso; de hecho la base sobre la cual un caso decidido "definitivamente" podía reabrirse, se hizo idéntica a la base en que decisiones no "terminadas" aún podían ser apeladas.²⁴ Con relativa facilidad, la solidez de las decisiones podía ser negociada en busca de resultados exactos que reflejasen la "verdad objetiva".

Es instructivo observar estos rasgos del proceso penal soviético a través de lentes continentales convencionales: las fases investigativas del proceso parecen huérfanas de formas de competición y demasiado implacables en la investigación; los juicios parecen extremadamente influidos por el trabajo

²⁴ Ver *supra*, cap. 5, n. 64. Comparar asimismo el Código de Procedimiento Penal soviético, arts. 342, 379. Es cierto que en los sistemas continentales no comunistas los recursos de apelación *ordinarios* pueden aludir a errores legales tanto como a errores fácticos, y que ambos operan en favor o en contra del acusado. Pero, una vez que se han agotado esos recursos, la estabilidad de las decisiones adquiere rigidez: las sentencias definitivas nunca podrán ser revertidas o alteradas sobre la base de errores *legales* que hayan favorecido al antiguo acusado (tales como una interpretación errada de un estatuto criminal que lo beneficiase); respecto de argumentos de hecho, sólo en un número muy restringido de casos la sentencia definitiva (final) puede cambiarse en detrimento del antiguo acusado. Ver, p. ej., Código de Procedimiento Penal de Alemania Occidental, §362.

previo, con una conclusión demasiado preconcebida; el formato parece sumamente limitado para que la defensa pueda ser efectiva; la estabilidad de los juicios parece demasiado tambaleante, y las decisiones modificadas con demasiada facilidad en detrimento del acusado. Para los abogados de Europa Occidental, los rasgos del sistema soviético que hemos mostrado hasta aquí, parecían, en su totalidad, una recaída en los procesos continentales inquisitoriales después de la abolición de la tortura judicial, pero antes de que los liberales comenzaran a cargarla de elementos del estilo de competición. Observemos la sutil ironía, sin embargo: esta evaluación reproduce casi exactamente las impresiones que los abogados del *common law* expresan regularmente acerca de la amalgama continental convencional, impresiones descartadas como caricaturas por los abogados continentales clásicos, tanto como las impresiones similares que acabamos de señalar quedan descalificadas por los funcionarios del aparato judicial soviético.

De acuerdo con su deseo de utilizar la justicia para transformar a la sociedad, los arquitectos del proceso penal soviético también abrieron nuevos caminos y produjeron características sin precedentes en la historia del proceso inquisitivo. De este modo fue deber del juez soviético cubrir temas mayores que delitos referidos a una sola instancia. Cuando resultaba apropiado, se esperaba que el juez emitiera reglamentaciones especiales, independientes del juicio mismo y dirigidas a la situación social que originaba el delito. La decisión había de ser despachada al grupo o institución que se creía responsable de la situación, con un requerimiento de que informara sobre las medidas correctivas que se hubiesen tomado.²⁵ También el juez podía decidir crear un tribunal en el lugar vinculado con el delito correspondiente—por ejemplo, el lugar de residencia del acusado— y utilizar

²⁵ Por ejemplo, una incidencia de robos en una factoría puede conducir a solicitar que se incremente la supervisión de los operarios al abandonar la planta. Ver Código de Procedimiento Penal soviético, art. 321.

esta ocasión para intentar influir tanto en el acusado como en el lugar, poniéndolos a ambos en el camino de la corrección. Otro mecanismo desconocido por los sistemas inquisitivos continentales fue conceder a los individuos o grupos varios papeles de auxiliares de la justicia en la aplicación de la justicia penal a fin de alinearlos con la política del Estado (cuando fuese relevante) para presionar un cambio de actitud en los delincuentes. En el juicio, podía admitirse que los llamados acusadores sociales y los fiscales expresaran sus opiniones sobre el delito y el delincuente.²⁶ Se suponía, desde luego, que esa participación ciudadana tenía que ser guiada por "activistas" leales al gobierno; las acciones espontáneas, posiblemente desafiantes al gobierno, no eran bien aceptadas.

Este y otros arreglos similares eluden las categorías desarrolladas por la academia procesal continental. Y más en particular, eluden su categorización como "inquisitiva". También parecen unir el proceso penal, con demasiada facilidad, a sistemas más amplios de administración y control social; los acusados parecen estar en *statu populari*, hasta el exceso, tratados más como delincuentes juveniles que como adultos maduros. Expresado en términos de las categorías que propongo, estos rasgos "nuevos" no son más que ejemplos de un estilo de implementación de políticas adecuado a un Estado auténticamente gestor.

No sólo la misión del Estado soviético es más interventora, sino la estructura de su autoridad es en muchos casos más jerárquica que en las organizaciones continentales tradi-

²⁶ Sobre estos acusadores y defensores, ver H. Berman, *Soviet criminal law and procedure: The RSFSR codes*, 95 (1966). Algunos mecanismos para movilizar a la ciudadanía son extrajudiciales; p. ej., el acusado puede ser confiado en custodia a diversos grupos. Alternativamente, si se trata de una ofensa leve, el caso puede transferirse y quedar a disposición de los llamados "tribunales de camaradas", que presionan a los descarriados a enmendarse. Código de Procedimiento Penal soviético, art. 209. Sobre estos mecanismos extrajudiciales, ver L. Lipson, "Law: The function of extra-judicial mechanisms", en D. W. Treadgold, ed., *Soviet and Chinese communism: Similarities and differences*, 144-67 (1967).

cionales. Los tribunales soviéticos están autorizados a ejercer un liderazgo más poderoso que sus contrapartes más antiguas de Europa Occidental, por lo menos desde las reformas instituidas tras la Revolución Francesa. Por ejemplo, estos tribunales pueden emitir instrucciones vinculantes sobre la forma en que los juzgados menores deben aplicar la ley.²⁷ Revisan decisiones de los tribunales subordinados sin apelación y, por propia iniciativa, y pueden tomar cualquier caso de un juzgado para decidir por sí mismos (el derecho de "devolución"). Como resultado, los tribunales soviéticos están más racionalizados e integrados, y son un instrumento más eficaz para hacer efectiva la política del Estado que los tribunales continentales clásicos. Más que estos últimos, parecen unidades de una institución burocrática. Desde luego la mayor unidad de la maquinaria soviética de justicia también se relaciona con el papel unificador del partido siempre presente como instrumento monolítico, voz única y ejecutante de los programas del Estado. Incluso siendo invisible en organigramas formales, esta influencia unificadora es fuerte y no ha de ser descuidada.²⁸

²⁷ Ver H. Berman, *supra*, n. 26, 104-5. El cuerpo judicial supremo de la Rusia zarista ejercía poderes similares. Cf. I. J. Foinitskii, *Kurs ugolovnago sudoproizvodstva*, vol. 1, 181 (San Petersburgo, 1899). La doctrina legal soviética actual niega que esas instrucciones, aunque vinculantes, representen una instancia de creación de normas judiciales: las instrucciones, se proclama, no crean leyes nuevas, sólo sugieren cómo deben aplicarse las existentes. Sin embargo, al estudiar instancias de esas instrucciones vinculantes, un observador externo hallará fácilmente que a menudo se refieren a materias que la judicatura de otros sistemas consideraría claros ejemplos de legislación intersticial (N. del T.).

²⁸ Es el Partido el que también coordina e integra el mecanismo judicial y los diversos mecanismos extrajudiciales de cumplimiento de la ley penal en un todo coherente. Ver T. N. Dobrovolskaia, *Prinsipii sovet'skogo ugolovnogo protsesa*, 87, 164-65 (Moscú, 1971). Muchos desconocen que los soviéticos abolieron una forma relativamente independiente de participación de legos en la administración de justicia: el jurado criminal zarista. Los jurados fueron reemplazados por asesores legos, quienes decidían junto con los jueces profesionales y eran así más fáciles de controlar. Puesto que estos asesores eran dominados por los profesionales, se ha enfatizado mucho el hecho de que —en contraste con las jurisdicciones continentales clásicas— los asesores legos también participan en los juicios de causas civiles.

En comparación con las organizaciones judiciales continentales, lo que se ha debilitado en el aparato de justicia soviético es el legalismo de sus funcionarios, en choque con el enfoque instrumental a la ley que demanda su ideología activista. Este choque fue particularmente notable e intenso en el período temprano del régimen soviético, cuando se repudió el legalismo lógico continental heredado, tildándolo de método apolítico hipócrita. Se pensó que los reglamentos procesales podrían ser reemplazados por meras instrucciones, tomadas poco en cuenta si esas desviaciones propiciaban los intereses del Estado soviético, o si así lo requería la "conciencia revolucionaria". Más adelante, sin embargo, las autoridades soviéticas han tratado el legalismo con menos hostilidad y algunas veces con cierto grado de ambivalencia. En vista de la pronunciada centralización burocrática, es fácil entender este cambio: la autoridad jerárquica valora la consistencia, y una forma de conseguirla es insistir en la "observación estricta de las reglas", especialmente por parte de los funcionarios en los peldaños más bajos de la autoridad. En ausencia de técnicas científicas para guiar una búsqueda de soluciones óptimas mediante esquemas consecuencialistas, parece deseable insistir en la observación minuciosa de los programas normativos adoptados por la autoridad superior.²⁹

Podría ser que el aparato así organizado entrara en conflicto con el deseo del Estado soviético de implicar a los ciudadanos en la administración de justicia. Tal como he señalado, en tanto que la ideología activista intenta atraer a los ciudadanos al proceso judicial, los burócratas organizados jerárquicamente no ven la implicación de los ciudadanos

²⁹ En el texto utilizo el término *legalismo* tal como lo he definido en el cap. 1. En su propio marco retórico, los comentaristas oficiales soviéticos tienden a disimular la tensión entre las peticiones de "estricta observancia de las reglas" y el anhelo (instrumental) de alcanzar un resultado adecuado. Una técnica es alabar en forma exagerada las virtudes de la ley procesal soviética: se le supone tan finamente adaptada a la consecución de metas sustantivas, tan bien delineada, que la estricta adhesión a las reglas procesales garantiza por sí misma la obtención de los resultados deseados.

con entusiasmo unánime. Desde luego no objetan la transferencia de casos a los grupos activistas, como tribunales de camaradas: la transferencia puede incluso ser recibida como forma de reducir las presiones de la sobrecarga de casos. Otra cosa es permitir que los extraños participen en los procesos dirigidos oficialmente, o afecten negativamente la atmósfera que rodea objetivos burocráticos serios. Por esto el juez soviético puede sentirse obligado a realizar una "sesión de circuito" (*vyezdnaya sessia*) en una planta industrial. Pero en tanto que este local puede ser adecuado desde el punto de vista didáctico y parecerle al público una especie de fiesta campestre judicial, el juez podría considerar que no es un marco adecuadamente serio para la acción procesal.³⁰

LA CHINA DE MAO. Aunque el proceso penal soviético se califica con facilidad como un sistema pronunciadamente activista y jerárquico, no llega a un potencial extremo. Para echar un vistazo a un caso tan extremo, hay que dirigirse a China durante el período del socialismo interventor de Mao. Los funcionarios organizados jerárquicamente tienen profundas raíces en el país, y aquí también se encuentra una larga historia de Estado gestor, sin paralelos con los Estados absolutistas de Occidente.³¹ Por lo tanto había terreno abonado para un crecimiento rápido de formas burocráticas y activistas de justicia penal cuando el Estado chino adoptó, en 1948, una ideología que pedía la transformación radical de la sociedad y el surgimiento de un nuevo hombre socialista.

Consideremos primero algunas características notables del aparato oficial implicado en el proceso penal. Se suponía que todos los funcionarios fueran "personas separadas formando un solo cuerpo", una burocracia unificada organizada

³⁰ L. Lipson, en Kassoff, ed., *Prospects for soviet society*, 106-8 (1968), hace proposiciones perceptivas acerca de las tensiones internas del sistema legal soviético.

³¹ La burocracia de los mandarines difería de su contraparte del continente europeo, sin perjuicio, en que no era "lógicamente legalista". Ver el excelente recuento de la esencia administrativa del antiguo Derecho Chino en P. Heng Chao Chen, *Chinese legal tradition under the mongols* (1979).

en un ministerio único.³² En tanto que la policía —los administradores por excelencia— eran, con mucho, la parte más importante de la organización única, en última instancia los tribunales y la fiscalía (copiada de los soviets) no eran mucho más que apéndices decorativos y superfluos.³³ El control sobre la propiedad de la actividad procesal tenía que asegurarse más que nada por la supervisión de superiores jerárquicos antes que por el interrogatorio y enfrentamiento de los individuos implicados en los procesos penales. Las apelaciones y otros ataques contra las decisiones se interpretaban como actos de desafío a la autoridad, y eran desalentados. En el marco autoritario, el proceso penal se convertía en una empresa puramente administrativa para reprimir el delito y convertir a los delincuentes. Los intentos por moldear y reformar a los acusados podían comenzar antes de cualquier anuncio de su culpa. Se prohibía la participación de los abogados, de modo que ni siquiera podían ser oídos los sonidos mínimos de contención asociados con su actividad. En ningún punto del proceso, se mostraban todas las pruebas reunidas frente al acusado. Incluso durante el juicio, en forma de auditoría de un trabajo anterior o simplemente como ocasión ceremonial, era optativo y reservado para aquellos casos que prometieran tener un impacto educativo más amplio. Cuando se realizaban, los juicios quedaban reducidos a un anuncio solemne de la sentencia, parecido al "día final del derecho" en que se proclamaban los resultados de la investigación oficial en los viejos procesos penales de algunos Estados alemanes. Las nociones de *res judicata* eran virtualmente desconocidas o se criticaban como formalistas y "burguesas". De hecho, el manejo y conversión posible de los delincuentes se concebía como algo permanente, como compromisos de toda una vida.³⁴ La justicia penal y la admi-

³² Ver A. Barnett, *Cadres, bureaucracy and political power in communist China*, 6-9 (1967); W. C. Jones, "A possible model for the criminal trial in the P. R. of China", 24 *Am. J. Comp. L.* 229, 238 (1976).

³³ Jones, *supra*, n. 32, 241.

³⁴ Ver J. Cohen, *The criminal process of the P. R. of China*, 44-46 (1968).

nistración se unían: el trabajo con los delincuentes se hizo parte del esfuerzo más amplio para gestionar y transformar a la sociedad.

Desde entonces los chinos han vuelto a formas de justicia más convencionales, bastante similares al modelo soviético. Pero es instructivo imaginar la reacción de los abogados soviéticos a la situación que existió temporalmente bajo la conducción de Mao. A los ojos soviéticos, las investigaciones chinas parecerían defectuosas pues ignoraban la contribución posible de la defensa después de que los investigadores hubiesen llevado a cabo su trabajo detectivesco. Los acusados chinos parecerían haber estado desprovistos de muchos de los derechos concedidos a sus iguales por el sistema soviético, siendo convertidos en objetos de manipulación didáctica anterior a cualquier determinación de culpa. De haberse llevado a cabo, el juicio parecería vaciado de cualquier significado sustantivo, un guñol de moralidad y hechos consumados. La inestabilidad de las decisiones también parecería excesiva. Por lo menos ante los ojos soviéticos modernos, el descaro con que el partido Comunista chino interfería en casos pendientes, o la consulta de los funcionarios judiciales con el partido, sería repugnante. En suma, los abogados soviéticos probablemente expresarían las mismas críticas dirigidas contra su propio proceso penal por los abogados continentales, acostumbrados al pastiche convencional de las formas de competición e investigación.³⁵ Por otra parte, visto desde el Beijing de Mao, el proceso penal soviético guardaría un parecido de familia con los sistemas continentales convencionales, aunque las alusiones abiertas a la competición o formalismos similares hubiesen sido recortadas. Evidentemente, enfrentar el sistema maoísta de este modo se acerca a un punto final de la polaridad descrita en el capítulo 5; el modelo de implementación de políticas no es tan extremo o teórico como para nunca acercarse a él en realidad.

³⁵ Observemos también que algunas de estas impresiones negativas se corresponden asimismo con aquellas de abogados angloamericanos respecto del procedimiento penal continental convencional.

Podría observarse que el estilo chino de aplicación del derecho criminal que acabamos de describir deja de calificarse como proceso *judicial*. En tanto que el proceso quedaba sometido a numerosas reglamentaciones internas incluso durante los años turbulentos de la Revolución Cultural,³⁶ la reglamentación en sí —hasta cuando se consumaba— no es suficiente para un proceso según “el derecho”. Sin duda uno puede negarse a reconocer las reglamentaciones del Estado como centrales para el derecho; incluso se puede asociar la adjudicación con la resolución de conflictos. Pero este modo de categorización es claramente demasiado estrecho para aquellos que tantean un lenguaje jurídico común para toda la humanidad de finales del siglo veinte: tiene sabor al dogmatismo del que no ha viajado.

UN EPÍLOGO DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA. Una característica distintiva del sistema continental, tanto en sus variantes clásica como soviética, es que la víctima del delito tiene más que un papel meramente testimonial. ¿Disminuye este rasgo el carácter activista jerárquico del proceso continental? La respuesta a esta pregunta depende de la naturaleza específica de la participación de la víctima en un proceso penal.

Parece claro que un sistema jerárquico puramente activista de justicia no permite a la víctima el control de temas tan importantes como la iniciación y terminación del proceso. La disposición activista requiere que el Estado retenga un poder único para elegir los vehículos adecuados para articular los valores y llevar a cabo sus objetivos. La víctima no puede forzar al Estado a comunicar lecciones erradas o triviales a la sociedad a través de sus procesos, ni tampoco puede obstaculizar la comunicación que el Estado considere importante o deseable. El control de la víctima del proceso no va bien con la autoridad constituida jerárquicamente: cuando los procesos judiciales implican la aplicación de una política de Estado, como los procesos penales, también caen

³⁶ Jones, *supra*, n. 32, 242.

en la provincia celosamente guardada de la especialización oficial. En suma, los procesos privados son anómalos en un proceso activista jerárquico. Si se mantienen por fuerza de la tradición o alguna otra razón, están en situación de sufrir transformaciones importantes. Más adelante se considerarán estas transformaciones contra el fondo de los enclaves de proceso privado de faltas menores en los sistemas continentales.³⁷

Las formas más comunes de participación de las víctimas son más modestas tanto en los procesos soviéticos como continentales. Algunos de los derechos de una víctima emanan de incluir en el proceso su solicitud de daños derivados del delito. Dejando de lado este proceso civil parasitario, ¿cuáles son los derechos típicos de la víctima? Durante la investigación, puede hacer declaraciones o sugerir que se aduzcan ciertas pruebas. Si las autoridades deciden interrumpir el proceso en este momento, habitualmente la víctima puede solicitar a una instancia superior que se imponga a sus subordinados.³⁸ En el juicio, puede hacer preguntas, representarse por un abogado, y proponer al tribunal una sentencia en particular. Algunas veces también tiene un derecho limitado de apelación, pero raras veces sobre la decisión basada en los méritos del proceso.

El papel menor de la víctima no implica control privado de la parte sobre la acción procesal y por lo tanto es compatible con los procesos dirigidos a la implementación de la política de Estado. Incluso puede atraer a la ideología activis-

³⁷ Al discutir la resolución de conflictos jerárquica, más adelante, intentaré mostrar cómo la acción judicial por parte de la víctima en realidad se torna un vehículo para buscar satisfacción privada que resulta difícilmente distinguible de cierta responsabilidad civil por daño (tort).

³⁸ El sistema germano-occidental de enviar *mandamus* al fiscal del Estado para que presente cargos se describe en J. Langbein, *Comparative criminal procedure: Germany*, 102-4 (1977). Quizás más interesante es el sistema austriaco de "enjuiciamiento subsidiario": ver Código de Procedimiento Penal austriaco, §48. Este sistema, desarrollado durante las últimas décadas de la monarquía austrohúngara, se diseminó por todos los países centro-europeos y aún está vigente en algunos de ellos.

ta: la participación de quienes han sufrido el daño provocado por un delincuente, puede ofrecer la dimensión humana que sensibiliza al público hacia los objetivos del Estado, incrementando su poder oficial para implementar políticas mediante el espectáculo del juicio. ¿Pero cuál es la actitud probable de la autoridad jerárquica hacia dicha participación de la víctima en el proceso penal? Como los burócratas no necesitan legos en papeles no testimoniales, incluso el papel modesto desempeñado por la víctima de un delito es celebrado con poco entusiasmo. Los escalones más altos de la autoridad jerárquica pueden considerarlo útil sólo como instrumento para mantener los escalones más bajos a buen recaudo, limitando el juego libre de los subordinados y suplementando un seguimiento jerárquico. Pero dado el clima generalmente acogedor generado por un entorno burocrático, no se debería esperar un uso vigoroso de los derechos de la víctima en el proceso continental, uso capaz de debilitar el manejo seguro de los funcionarios sobre los eventos procesales.³⁹ Completamente aparte de esto, observen que es mucho más fácil encontrar partes no testimoniales de las víctimas en el proceso penal continental que en el anglo-americano. Allí la víctima tiene pocos derechos auxiliares porque los niveles importantes del proceso del *common law* están estructurados como competición de dos partes, de modo que la introducción de un tercer actor en un litigio bipolar, puede afectar adversamente los incentivos requeridos para sustentarlo.⁴⁰ Si los funcionarios continentales tuviesen que presidir sobre tales procesos penales, incluso una participación tan modesta de la víctima causaría serias fricciones.

³⁹ Aun cuando la víctima tiene en cuenta su reclamo por daños, ya sea anexado a la causa penal o litigado de modo independiente, sería errado esperar la acción que derechos equivalentes probablemente provocarían en una sala de tribunal estadounidense.

⁴⁰ No es difícil diseñar variadas formas de participación de la víctima en la vista de la causa: sí lo es hallar un lugar para la víctima en el juicio de competición. Para estos problemas, ver A. Goldstein, "Defining the role of the victim in criminal prosecutions", 52 *Miss. L. J.* 515, 557-58 (1982).

Precisamente porque el proceso penal continental no es una competición bipolar, aunque gusta de hacer alusiones a ello, la voz de la víctima puede acomodarse con facilidad. Su acción no obstruye la fluida progresión del proceso penal, y la autoridad jerárquica puede tolerar la interferencia foránea en su campo de acción.

Otros tipos de proceso

Hasta ahora he mostrado ilustraciones del procedimiento activista jerárquico desde el área donde estas formas de proceso penal aparecieron primero: la esfera del proceso penal. Cuando se expande la agenda de gobierno, esta configuración comienza a penetrar otros segmentos de la justicia; mientras mayor sea la pretensión del Estado de dirigir la vida social, la resolución de disputas civiles deja de limitar el campo de la preocupación del Estado, y los procesos civiles adquieren objetivos más amplios. En esta situación es natural que suban las presiones para dar forma al proceso y permitir el logro de objetivos del Estado más amplios. Un pequeño paso en esta dirección es dejar el comienzo de los procesos en manos privadas, pero concediendo a los funcionarios poder para influir en el resultado del litigio. El movimiento es modesto porque lo inicia la parte que da el peso necesario para activar el proceso penal a lo que es —en substancia— un reconocido interés del Estado.

PRUSIA ABSOLUTISTA. El último movimiento fue hecho por los gobernantes de la Prusia del siglo dieciocho, que, más que los príncipes absolutistas de otros lugares, manifestaron cierta preocupación por el bienestar de las clases en las cuales se alimentaba el régimen. Esta preocupación llevó a una reglamentación extensiva de las diversas esferas de la vida social; la cantidad de cerveza que se podía consumir legítimamente en determinado período de tiempo, la cantidad de alojados que se podía tener, y temas de este estilo eran tratados como asuntos adecuados a la reglamentación

del Estado.⁴¹ No ha de sorprender, en vista de estas preocupaciones *parens patriae*, que la autoridad política llegara a considerar que la justicia civil estaba saturada de un fuerte "interés público" y necesitaba una reforma.

Ya se han anotado en diversos contextos las innovaciones procesales inauguradas por Federico el Grande. He comentado que mientras las partes privadas conservaban un monopolio sobre la iniciación de acciones civiles, la legislación de Federico permitía al juez pasar por alto las alegaciones factuales de los litigantes si así lo requería el interés de la justicia. Además, las puertas de la justicia civil estaban cerradas a los miembros de la abogacía privada, y se creó una clase especial de funcionarios (*assistanzrate*) para ajustar mejor los juicios al tenor de los valores del Estado.⁴² No obstante en la mayoría de los aspectos relevantes, incluyendo el proceso de reparación, se retuvo el control privado de los litigantes sobre los juicios. En cualquier caso, por ir a contra pelo de tradiciones poderosas, las reformas de Federico fueron breves e, incluso cuando estuvieron en vigor, sólo tuvieron un impacto limitado en la práctica real. En Occidente, las desviaciones más audaces de un modelo de juicio que otorga validez y amplitud a las preocupaciones privadas, estaban en un futuro lejano. Tendrían que esperar a la revolución bolchevique, lo cual quiere decir, a la victoria de una ideología política que suscribiría con gusto la desaparición de las acciones civiles dominadas privadamente.

EL MODELO SOVIÉTICO. El diseño básico del proceso civil soviético muestra la marca inconfundible del estilo continental convencional para juzgar disputas privadas. Como todavía no he analizado este estilo, momentáneamente dejaré el diseño básico sin definir. Dentro de esto, por el momento sólo interesa el diseño que puede remontarse a la influencia de

⁴¹ Ver Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, vol. 1, 174 (Tubinga, 1970). Para las tendencias de bienestar (*welfare*) presentes en el absolutismo prusiano, ver H. Jacoby, *supra*, n. 5, 33-35.

⁴² Ver *supra*, cap. 5, n. 49.

una ideología pronunciadamente activista y con características soviéticas.

Desde el surgimiento del gobierno soviético, la separación de cualquier esfera de la justicia de los intereses del Estado fue resueltamente repudiada. ¿Cuál debería ser entonces el objetivo del proceso civil? La satisfacción del querellante llegó a ser vista sólo como parte de objetivos más amplios: el trasgresor de la ley civil había de aprender una lección, y la sociedad en general tendría que recibir educación sobre los hábitos para conformarse a la ley. De este modo convergieron los objetivos de la justicia civil y penal.⁴³ No estando limitado a la mera resolución de conflictos, se esperaba que el juez civil soviético ejerciera un control vigoroso sobre el caso. Se volvió su obligación llegar al fondo de las cosas, incluso si ello implicaba no tomar muy en cuenta las alegaciones factuales de los litigantes. Se esperaba que su completa preparación del caso para juicio, incluyendo, cuando era necesario, el examen de las partes, condujera a un juicio ininterrumpido, semejante al contemplado en temas penales. El juez también quedaba autorizado a descartar la solicitud de protección —si así lo ordenaba el enfoque político correcto— y ordenar un remedio diferente al que buscaba el demandante. Independiente de la estrecha disposición de la disputa, tanto como en un caso penal, podía aplicar una reglamentación especial con la intención de producir más consecuencias “correctivas” en la sociedad. Alternativamente podía mandar una copia del juicio civil a un grupo o asociación local con la solicitud de que se lea y discuta en una reunión. Podía confiarse la supervisión de las medidas ordenadas de este modo a miembros legos del juzgado civil. En otro paralelo con los casos penales, los juicios civiles podían realizarse en un circuito: en la residencia de los litigantes, el

⁴³ Después de la revolución, se debatió encendidamente si se requería de un procedimiento civil específico o no. Ver J. Hazard, *Settling disputes in soviet society*, 401-5 (1966). Para una discusión de los objetivos del proceso civil soviético, ver Shargorodskiv, “O roli i sootnosbeniyi primuzhbeniya i ubezhdeniya v prave”, *Sovetskaiya Justicia*, N° 14 (1961): 3.

lugar de trabajo, o cualquier sitio parecido. Una disputa de familia, digamos sobre alimentos, podía ser utilizada por el juez para inculcar las actitudes deseables al grupo.⁴⁴ En una importante separación de la tradición, a las personas privadas se les negaba el monopolio sobre la iniciación y el final de un juicio. Un papel especial para romper este monopolio quedó en manos del guardián de intereses mayores: la Procuraduría. Los miembros de esta organización rígidamente jerárquica podían instituir un caso civil por parte de ciudadanos que no lo deseaban, siempre que estuviesen implicados derechos importantes. También podían movilizar al juzgado para evitar que las partes se retirasen del foro. En el curso del proceso tenían poder para obtener copias de documentos importantes, buscar ampliación de las pruebas, hacer una diversidad de mociones y apelar (“protestar”) contra el juicio, incluso si los litigantes reales no lo habían hecho. Como en los temas penales, los casos decididos “definitivamente”, en cualquier momento podían ser reabiertos a solicitud suya; estaban encargados de la supervisión permanente de las consecuencias del proceso.⁴⁵

También se autorizó a las asociaciones ciudadanas a intervenir en los procesos civiles y, bajo ciertas circunstancias, iniciarlos.⁴⁶ Sería un error grave, no obstante, comparar las acciones procesales de esos grupos soviéticos con la capacidad de los grupos de interés público en Estados pluralistas, para obstruir o retardar la realización de los proyectos del Estado. La acción social espontánea no va bien con la preeminencia del partido que domina al Estado y comprende la voluntad de que la sociedad sea un instrumento “monista”.

⁴⁴ Para las diversas formas de obtener la participación de los ciudadanos en los procedimientos civiles, ver Kitchatov, “Formi privilecheniya obschestvennosti”, *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, N° 12 (1961): 76-85.

⁴⁵ El origen del rol de la Procuraduría en el proceso civil se detalla en J. Hazard, *supra*, n. 43, 217-46.

⁴⁶ Se discuten las formas de esta participación en Kitchatov, *supra*, n. 44. Ver también D. M. O'Connor, “Soviet procedure in civil decisions”, en W. La Fave, ed., *Law in the soviet society*, 77-78 (1965).

Desde un punto de vista comparativo, sería razonable sugerir que estos grupos cívicos pueden considerarse como para instituciones o cripto instituciones del Estado soviético. Su intervención —o su invocación ocasional— en el proceso civil apenas altera el funcionamiento del aparato judicial jerárquico y activista.

De esta breve reseña se concluye que los soviéticos han alimentado el esqueleto del proceso continental con formas nuevas: donde la Procuraduría, los activistas cívicos o el juez eligen emplear su poder para expandir los límites de las disputas estrechas, el proceso civil consecuente deja de estar en el modo de resolución de conflictos. En cambio, se transforman en vehículos de la implementación de políticas. Pero de este modo es fácil implicar la disparidad entre la justicia convencional y la justicia civil soviética. De modo singular las formas soviéticas se inspiran y se apoyan en una ideología cuya ambición excede su alcance efectivo. En tanto que los ideólogos estatales insisten en que cualquier disputa absorbida en el sistema judicial da una oportunidad para implementar alguna política que trascienda al conflicto, o por lo menos que ejerza una influencia educativa en los participantes, las implicaciones mayores de los casos en la práctica son a menudo difíciles de adivinar y su potencial didáctico puede ser discutible. Cada día, Igor y Olga traen casos de naturaleza tan decepcionante a las cortes soviéticas que al verlos los jueces soviéticos necesariamente toman la postura de resolver conflictos, mientras otros guardianes de intereses mayores permanecen en bambalinas. Entonces el proceso civil se desarrolla de una manera que un abogado del *common law* difícilmente distinguiría de las acciones civiles en algunos países de Europa continental.⁴⁷

⁴⁷ Es el caso con los procedimientos civiles relativamente informales del modelo austríaco. Para un buen bosquejo de este modelo, ver A. A. Ehrenzweig, *Psychoanalytic jurisprudence*, 266-69 (1971). Observemos que el gobierno soviético oficialmente desapruueba muchas transacciones de mercado que de hecho se efectúan en la sociedad soviética: si estas transacciones acaban en disputa, se solucionan de un modo que evita el escrutinio oficial. En consecuencia, numerosas materias jamás llegan al tribunal civil, el que de inmediato haría surgir asuntos de política más vastos. Conjeturas sobre este punto en D. M. O'Connor, *supra*, n. 46, 60.

Esto no quiere decir que el sistema soviético no consiga ofrecer ejemplos notables y originales del desplazamiento del conflicto judicial por procesos administrativos y gestores. Cuando la economía se organiza con un plan que lo abarca todo y las empresas son propiedad del Estado, no se pueden considerar las disputas entre los agentes económicos aparte del funcionamiento general de la economía estatal. Si surgen problemas en la preparación y ejecución de contratos entre las firmas del Estado, siempre prevalece una perspectiva administrativa sobre estos problemas. Claramente, los conflictos generados por la interacción de estas firmas no son la materia de que están hechos los litigios convencionales: entran en la jurisdicción de un tribunal especial, el *Arbitrazh*, obligado a promover un caso por propia iniciativa si las firmas implicadas no desean demandar y el interés del Estado pide acciones.⁴⁸ En esencia, el *Arbitrazh* es una institución administrativa y en el fondo los procesos que aborda son de naturaleza administrativa.

Otra área en que el proceso administrativo soviético absorbe formas de resolución de conflictos es esa amplia reacción a las quejas de acciones ilegales adoptadas por funcionarios del poder estatal omnipresente. Los ciudadanos no pueden procesar al administrador u otras instituciones del Estado en los tribunales; el ciudadano ofendido o preocupado ha de tratar de conseguir la ayuda de la poderosa Procuraduría. En el ejercicio de sus poderes generales de supervisión, la Procuraduría puede investigar a las instituciones del Estado; posee poderes amplios de "discovery" y puede obligar a los funcionarios a entregar documentación u ofrecer información necesaria. Pero si se detecta en estos casos una instancia de "ilegalidad" o modelo de esa conducta, no habrá un proceso judicial; en cambio, el tema se lleva a la atención

⁴⁸ Para la naturaleza peculiar de los procedimientos antes del *Arbitrazh*, ver O. S. Ioffe y P. B. Maggs, *Soviet law in theory and practice*, 201-3, 306 (1983); R. F. Kallistratova, *Razresheniye sporov v gosudarstvennom arbitrazhe*, 12-20 (Moscú, 1961).

del superior jerárquico apropiado y se enmarca como tema de resolución interna.⁴⁹

ii. EL PROCESO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS ANTE LA ORGANIZACION JERARQUICA DEL ESTADO

Existen muchas formas en las cuales los procesos estructurados como competición entre dos partes, se ven afectados por un aparato judicial con funcionarios burócratas. Pero para fines comparativistas bastará examinar el impacto de este tipo de autoridad en los aspectos de confrontación de los procesos y en el requisito de instancia pasiva del adjudicador.

Asociados con la autoridad jerárquica se combinan varios factores para reducir el potencial del litigio de convertirse en una disputa feroz. Los litigios subdivididos en etapas discretas que se desarrollan ante varios niveles de autoridad, carecen de un punto focal para desencadenar actitudes partidistas; el perdedor de una etapa, puede ser el ganador de la siguiente; y "pueden devolverse los golpes". Otro factor se relaciona al apoyo en la documentación de la actividad llevada a cabo en episodios procesales tempranos; en preparación para una sesión subsecuente, se espera que los funcionarios se nutran del expediente del caso de modo que por lo menos parte de lo que aprenden deje de ser producto directo de la competición de las partes. Mientras más progresa el litigio, habrá más concentración de esa información mediada en el conjunto de fuentes. Recordemos también la tendencia hacia una exclusividad oficial de las estructuras jerárquicas; por lo menos algunas actividades que un proceso de resolución de conflictos ideal pondría en manos de los litigantes se vuelve monopolio de los funcionarios a cargo del procesamiento. Pero mientras más grande sea la parte

oficial de las acciones procesales, más se reduce el campo para una interacción directa y no mediada de las partes en disputa. Desde luego ninguna fase del proceso puede llevarse a cabo sólo por los litigantes en total ausencia del efecto moderador de la presencia oficial. Muy naturalmente, entonces, la competición de las partes ante burócratas organizados jerárquicamente tiende a ser discreta: los aspectos de confrontación del litigio se reducen o diluyen.

¿En qué forma el entorno de la autoridad jerárquica afecta el papel pasivo del adjudicador requerido por el modo de proceso de resolución de conflictos? Como he observado, los conceptos de prerrogativa burocrática exigen que él personalmente se haga cargo de algunos pasos procesales cuya autoridad de un tipo diferente delegaría o compartiría con los litigantes y sus abogados. En este sentido, los funcionarios jerárquicos podrían aparecer, en su función de resolver conflictos, como un protagonista relativamente activo del proceso judicial. Pero en notable contraste con su posición en el proceso de implementación de políticas, no tiene impulso propio; porque el comienzo y el final de los litigios, tanto como la definición de los temas, son asuntos en los cuales la resolución de conflictos implica soberanía de las partes, él debe ser impulsado por los litigantes. Cuando se ha puesto en movimiento, está lejos de ser un investigador que sondea rigurosamente con la curiosidad de un conserje que muestra en el modo de implementación de políticas. Tampoco habría de esperarse que sondee con celo por propia iniciativa si sus esfuerzos, en cierto momento, pueden volverse inútiles por las admisiones y estipulaciones inviolables de las partes. Por lo tanto, saltando de nociones de prerrogativa burocrática, su responsabilidad primaria con algunos pasos procesales (por ejemplo, el interrogatorio de testigos) carece de impulso y tiende a ser tratado relajadamente y ser inerte. En este sentido más profundo, en realidad es pasivo, en una posición reactiva, y necesitado de impulso por las partes. Pero la ausencia de celo investigador no puede ser reemplazada por una acción vigorosa de los litigantes, dado que el aparato jerárquico de autoridad frunce el ceño ante la empresa procesal privada.

⁴⁹ Ver Estatuto de 1955 sobre Supervisión de la Procuraduría, art. 23, cap. 2. Comparar con G. Morgan, *Soviet administrative legality* (1962).

No obstante la autoridad jerárquica no necesariamente ahoga el control de los litigantes sobre el juicio. Se ha notado que las burocracias racionalistas dan forma a los procesos según sus propósitos, de modo que por lo menos aquellos elementos de control de las partes que parecen implícitos en el propósito de resolución de conflictos, se hacen más sacrosantos e intocables que en un marco de autoridad procesal menos comprometida con poner las acciones procesales en un esquema consistente de inertes propósitos. Sin duda pueden imaginarse razones importantes que tientan al juez a adueñarse del control del partido en bien de intereses más amplios. Sin embargo, mucho mejor que sus contrapartes en una organización paritaria, los funcionarios jerárquicos están preparados a vivir con las rigideces de un papel estrecho de resolución de conflictos regido por la ideología del *laissez faire*: son profesionales endurecidos por los casos. Tampoco pueden eludir su estrecho papel —cuando les parece deseable— ejerciendo poderes discrecionales “inherentes”. Lo que pueden y no pueden hacer en el aparato jerárquico está determinado por reglas relativamente inflexibles. En suma, cuando el propósito percibido del proceso requiere que las partes conduzcan el litigio, las burocracias jerárquicas pueden mantener este control privado con gran rigidez.

De lo que se ha dicho se desprende que el proceso de resolución de conflictos ante la autoridad jerárquica tiende a ser despojado de instrumentos potentes de descubrimiento de la verdad. No se le permite a las partes la “privatización” de la determinación de los hechos y los funcionarios carecen de su impulso habitual para buscar la verdad. Pero uno no debería pasar por alto que, en una política reactiva, las investigaciones con sondeos intensivos y factuales son mucho menos aceptables en un aparato judicial jerárquico que en uno paritario. En el primero, las investigaciones factuales son parte de la prerrogativa oficial, e incluso cuando han sido iniciadas y sus contornos definidos por las partes privadas, el sondeo viene de funcionarios, portadores de los poderes del Estado para responder de la administración de justicia. Más allá de esto, los resultados de la determinación

de los hechos están registrados en documentos oficiales con valor probatorio, documentos que viajan como parte del archivo al centro mismo del poder del Estado. En organizaciones paritarias, en contraste, la determinación de los hechos se delega fácilmente a los litigantes privados, de modo que un miembro de la sociedad civil investiga al otro, y los productos del esfuerzo de los litigantes no están fácilmente a disposición de quienes detentan el poder en última instancia. Si todo lo demás queda igual, entonces la investigación independiente de los funcionarios organizados jerárquicamente resulta más amenazante para la visión de una sociedad que se gobierna a sí misma, que la búsqueda de la verdad en el proceso judicial ante funcionarios paritarios. El primero ha de mantenerse con la correa más corta.

Habiendo perfilado así esas características del proceso reactivo jerárquico, que son más importantes para el propósito comparativo, dejaré de lado la discusión abstracta, para examinar algunos procesos del mundo real que se califican como ejemplos del estilo reactivo jerárquico.

Formas continentales del proceso civil

EL PROCESO CANÓNICO ROMANO. Este prototipo de proceso civil continental fue en primer lugar producto de esfuerzos intencionados —que datan del siglo doce—, para adaptar los mecanismos de resolución de disputas de la Edad Media a la estructura evolutiva de la autoridad judicial católica. Cuando esta autoridad no tenía que enfrentarse a casos de “infamia” o “excesos” como en los temas penales, la iniciación de los juicios permanecía naturalmente como prerrogativa exclusiva de las partes. Tras alguna duda inicial, se pensaba que la definición de los hechos en disputa también quedaba en manos de los litigantes. Pero se consideraba que los conceptos en desarrollo de propiedad burocrática y orden requerían que el juez, o algún otro tribunal, se hiciera cargo personalmente de una diversidad de actividades procesales. La administración de justicia llegó a ser considerada como un objetivo

eminentemente técnico y profesional. Más importante para los fines comparativos fue la demanda de que los funcionarios profesionales, *ex officii debito*, se hicieran cargo del examen de las pruebas ofrecidas por las partes. Este examen procedía metódicamente y podía extenderse a varias sesiones separadas. Se consideraba que la presencia misma de los litigantes era poco deseable; se temía que los testigos se sintieran intimidados y confundidos, que los desórdenes y alteraciones pudieran obstruir la presentación tranquila y metódica de la verdad. De modo que mientras se pedía a las partes que sugirieran las preguntas que debían dirigirse a los testigos, su interrogatorio fue una prerrogativa exclusivamente oficial. Se consideraba inapropiado que los litigantes intercambiaran directamente los documentos de relevancia probatoria; cuando una parte estaba obligada a presentar un documento, tenía que llevarlo al juez (*editio*). Todos los pasos procesales tomados oficialmente, tenían que ser registrados, no sólo para ser inspeccionados por las partes, sino también para preservar la base de información para el adjudicador de primera instancia y la autoridad que revisaba.⁵⁰ Bajo las condiciones imperantes por entonces, el viaje del expediente a través de todos los niveles del proceso de apelación, a veces tardaba décadas.

No obstante ha de anotarse que el proceso canónico romano no permitía una dominación total de las querellas por los litigantes, incluso en áreas en que, en principio, se reconocía el control de las partes; sólo era auténticamente sacrosanto el control privado sobre el comienzo de una querella. Cuando se había iniciado el proceso, los funcionarios del juzgado ejercían importantes poderes para intervenir en el proceso por el bien de preservar la justicia (*aequitas*), de tanto peso en los tribunales eclesiásticos. A veces se abandonaban los temas y hechos que no eran presentados por las propias partes. Para quienes están familiarizados con muchas máximas jurídicas

⁵⁰ Para una excelente síntesis del proceso civil canónico romano, ver R. C. Van Caenegem, "History of european civil procedure", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 16, 17-19.

desarrolladas por los eruditos de la época —máximas que parecen asumir un juez civil pasivo e inerte— esto puede parecer dudoso. En la práctica, sin embargo, los principios expresados por estos dichos tan citados, estaban adornados de excepciones que permitían al juez volverse activista.⁵¹ También hay que darse cuenta de que las autoridades canónicas romanas insistían —aunque con menos rigor que en los temas penales— en que fuese el juez quien buscara la verdad.⁵² Los privilegios testimoniales que aparecieron antes se basaban fundamentalmente en el temor de que determinados testigos pudiesen mentir sobre el reconocimiento de valores que compiten con el deseo de establecer la verdad.⁵³ Es posible explicar fácilmente esta desviación de lo que puede requerir un estilo jerárquico reactivo puro: todavía no ha nacido la ideología de un Estado descomprometido, e incluso si estuviese viva, hubiese chocado con las aspiraciones de la autoridad, tanto imperiales como sacerdotales. Además, como señaláramos en el capítulo 1, el influyente gobierno eclesiástico nunca desarrolló enteramente las características asociadas con el ideal jerárquico, características que apoyan la rigidez al preservar la autonomía de la parte, cuando se reconoce esta autonomía.

Sólo levemente modificado, este proceso de origen eclesiástico fue adoptado por los tribunales seculares, y sus formas

⁵¹ Mientras que máximas como *ne procedet iudex ex officio* se invocaban regularmente, bastaba que la obligación de complementar la acción de las partes del juez eclesiástico "movido por la equidad" fuese citada por una de las mayores autoridades en el proceso canónico romano del siglo catorce. Ver Baldo de Ubaldis, *In decretalium commentaria X 1.5.3*, N^{os} 6-10 (Turín, 1578). El activismo latente del juez en el procedimiento secular ha sido ilustrado con el ejemplo de los territorios germanos por F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, 62-65 (Berlín, 1971).

⁵² Ver W. Ulmann, "Medieval principles of evidence", *62 Law Quarterly Review*, 77 (1946).

⁵³ La preocupación por el perjurio condujo asimismo a la incapacidad testimonial de las partes. Por supuesto que las partes en litigio podían ser interrogadas por el juez, pero sólo con el propósito de formular los asuntos que originaban la disputa, no de probarlos. Puesto que a menudo había un oficial que presidía los alegatos y otro para la toma de pruebas, la separación de los roles testimoniales y no testimoniales de las partes constituía un refinamiento técnico no exento de significación práctica.

prevalecieron en el continente durante todo el antiguo régimen. Por lo tanto se engranó profundamente el hábito de considerar al juez civil como responsable de tomar las pruebas. Igualmente arraigado fue el hábito de asociar el litigio con una serie de sesiones discretas sin un punto focal claro. La documentación, las apelaciones jerárquicas, y rasgos similares, también fueron asociados con la resolución forense de las disputas.

EL PROCESO CIVIL DEL *LAISSEZ FAIRE*. Con algo de milagro, las viejas formas del proceso civil sobrevivieron a los disturbios de la Revolución Francesa con menos cambios que la administración de justicia penal. En tanto que las reformas revolucionarias introducían el jurado lego en segmentos del proceso penal, permaneció la toma de decisiones en los casos civiles—incluso en el período posrevolucionario— como provincia exclusiva de los jueces profesionales. Hasta el advenimiento más reciente del litigio de masas, se sintieron pocas presiones para inducir la compresión temporal del litigio civil.

No obstante y dentro de este marco antiguo, comenzaron a producirse cambios importantes al inicio del siglo diecinueve. Fue entonces que los estudiosos continentales construyeron un modelo riguroso de los juicios como disputa de dos partes autónomas ante un tribunal pasivo. Concientemente derivado del objetivo de la justicia de resolución de conflictos, este modelo fue recomendado como ideal en la esfera de “lo mío y lo tuyo” —la propiedad— en que se consideraba que era posible renunciar a los derechos y se trataba a las relaciones sociales como instancias sensibles a la ordenación independiente por la sociedad civil. El proceso civil, imaginado ahora como la simple continuación de las transacciones privadas por otros medios, tendría que guiarse por nociones muy amplias de autonomía de las partes.⁵⁴ El modelo académico afectó la administración de justicia y merece una breve reseña.

⁵⁴ Para referencias, ver K. W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, 25, 48 (Tubinga, 1976). El modelo en cuestión era básicamente obra de estudiosos germanos, siguiendo los esfuerzos seminales de Nikolaus Gönner a principios del siglo diecinueve. Para la versión original de este modelo, ver N. T. von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, vol. 1, 268 y siguientes

En algunos aspectos, el dominio de las partes en los juicios se había vuelto indisputable y se mantenía con más rigor que la vieja práctica canónica romana. Por ejemplo, no sólo tenían que ser las partes soberanas en la determinación de los hechos que debían sostenerse, sino que también tenían que proporcionar las teorías legales aplicables a la controversia. El énfasis anterior de las autoridades canónicas romanas sobre el descubrimiento de la verdad se debilitó grandemente. Al juez se le negó resueltamente cualquier poder para llamar testigos por su cuenta. La vieja máxima “no se espera que nadie ofrezca armas a su adversario”, encontró ahora aplicaciones estrictas: sólo deberían imponerse obligaciones mínimas a los litigantes para que sometieran a los tribunales los documentos de valor de pruebas. Los privilegios testimoniales hasta ahora basados en consideraciones cognitivas, tendrían que anclarse en valores independientes, o en conflicto con la búsqueda de la verdad: la privacidad, la lealtad a la familia, incluso el temor de ruina financiera.⁵⁵ En tanto que se rechazó la vieja regla de que las partes no tienen competencia para testificar, también lo fue

(Erlangen, 1801). Una versión mejorada de la teoría gonneriana comprende dos principios organizativos para el proceso civil: uno postula el dominio por las partes de los derechos en disputa (*Dispositionsmaxime*); la otra, la iniciativa de las partes en relación con la acción procesal (*Verhandlungsmaxime*). Las implicaciones de estos principios fueron ampliamente seguidas en las legislaciones continentales. Para un estudio comparativo, ver M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. 1, 353, 375 (Milán, 1962). Esta distinción se adaptó al uso norteamericano en la década de 1930. Ver R. W. Millar, “The formative principles of civil procedure”, 18 *Ill. L. Rev.* 1-36 (1923). Los abogados franceses siguieron su propio camino, pero alcanzaron esencialmente el mismo resultado que aquellos que siguieron la teoría alemana. Ver E. Glason y A. Tissier, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 656-61 (París, 1926).

⁵⁵ Ver *supra*, cap. 4, n. 53. Para ejemplos del derecho de los testigos continentales de negarse a responder si ello les supone “una pérdida financiera inmediata” (derecho sorprendente para los abogados del *common law*), ver Código de Procedimiento Civil del Cantón Suizo de Zürich, § 159. De modo sorprendente, una provisión similar aparece en la ley federal yugoslava de procedimiento civil (art. 227).

la idea de que podrían ser convencidas de ofrecer testimonio; el deber de hacer declaraciones en contra del propio interés parecía inhumano. Como he señalado en el capítulo 4, si se le permitía tomar esa postura, la parte había de tener un derecho absoluto a rehusar responder preguntas. Algunos extremistas incluso sostienen la posición de que no debería haber acusación de perjurio, si una parte decidía testificar (para evitar interferencias nocivas al negarse a hablar) y era sorprendida en una mentira.⁵⁶

Pese a estar impelido por el deseo de dar a las partes tanto control procesal como fuese posible, los arquitectos del nuevo proceso civil seguían limitados por nociones profundamente arraigadas de las prerrogativas judiciales. Las acciones de las partes de autoejecución, afines a la *fase preliminar* al juicio de *discovery* norteamericana, ni siquiera eran contempladas; los poderes judiciales tradicionales de interrogatorio, parecían naturales y se conservaban. Desde luego el interrogatorio judicial no parecía demasiado perturbador, ya que los continentales estaban acostumbrados a la práctica del juez civil que sólo hace las preguntas sugeridas por los litigantes.⁵⁷

Al examinar este modelo de proceso civil se verá que refleja muchos rasgos del proceso puro de resolución de conflictos definido en el capítulo 4, adaptado a un medio judicial jerárquico y burocrático. Este modelo fue adoptado por la legislación en varios países continentales durante el siglo diecinueve, y en varios otros, se veía como un plan deseable para la reforma. Como resultado, las formas importantes continentales de proceso civil estaban —en sus aspectos importantes— más rigurosamente afinadas a la estrecha resolución de conflictos que las formas paralelas de justicia civil en tierras angloamericanas. Los procesos civiles clásicos

⁵⁶ Esta visión se refleja de manera esporádica en la legislación. Por ejemplo, bajo la influencia austríaca, halló su camino en la ley del reino de Yugoslavia y por un momento fue retenida por el gobierno comunista. Ver S. Triva, *Gradjansko procesno pravo*, vol. 1, 439-43 (Zagreb, 1965).

⁵⁷ Ver *supra*, cap. 4, n. 50 y texto correspondiente.

en los países del *common law* eran un vehículo mucho más potente para el descubrimiento de la verdad, y los adjudicadores dependían mucho menos de los litigantes o “reactivos” que sus contrapartes continentales. Claramente esto salta a la vista incluso si la visión no incluye —como debería— el aspecto de la equidad de los procesos angloamericanos. Fundamentalmente porque los observadores del *common law* de la escena europea tendían a impresionarse en demasía por los poderes judiciales altamente visibles de interrogatorio, exigentes en los casos penales, pero inofensivos en los civiles, se hizo costumbre para los abogados del *common law* etiquetar el proceso continental como “inquisitivo”.⁵⁸ Al mismo tiempo, para los observadores continentales imbuidos de la ideología liberal, muchos aspectos de la justicia civil angloamericana aparecían insuficientemente respetuosos del autointerés individual y extremadamente inquisitivos, demasiado comprometida con afirmar el estado real del mundo.⁵⁹

JUSTICIA CIVIL EN EL ESTADO DEL BIENESTAR. La apoteosis de la autonomía de las partes sería de corta duración. Antes de que concluyera el siglo diecinueve, muchos países continentales aprobaron una legislación que limitaba el control de las partes y “activaba” al juez. Si fuera necesario para la solución “correcta”, ahora se suponía que debía intervenir en la enmarcación de los temas; podía pedir clarificación a los litigantes en cuanto a lo que alegaban y qué querían que se probara; incluso podía corregir algunas consecuencias de la abogacía defectuosa de los litigantes. En la medida en que realmente elija inyectarse en el proceso, introducirá —hasta cierto punto— nuevos temas factuales y jurídicos.⁶⁰ Además,

⁵⁸ Para ejemplos, ver C. T. McCormack, *Handbook of the law of evidence*, 12, 503 (1954); E. M. Morgan, *Basic problems of evidence*, vol. 1, 60 (1957).

⁵⁹ Ver las perspicaces observaciones de M. Cappelletti, *Processo e ideologie*, 332-33 (Bologna, 1969).

⁶⁰ Ver R. Schlesinger, *Comparative law*, cuarta ed., 393 (1980). La práctica variaba de un país a otro, según hasta qué punto abandonaban realmente los jueces su postura de no involucramiento.

se impusieron deberes más amplios a las partes al entregar las pruebas en posesión suya o a cooperar con el tribunal en otras formas, de modo que "se impusiese la verdad".⁶¹ Desde su inclusión, estas reformas legislativas se justificaron por el rechazo del individualismo asociado con los hitos del liberalismo clásico.⁶² Pero, especialmente en tiempos más recientes, también se pueden atribuir algunas reformas a la sobrecarga de asuntos en los Estados industriales. Para ser eficientes, los gestores necesitan el debilitamiento del control de los litigantes sobre el progreso de los casos.

No obstante después de que todo se haya dicho y hecho, las desviaciones resultantes de las formas clásicas de la resolución jerárquica de conflictos, no son tan significativas como podría esperarse. Continúa el estilo fragmentario característico por partes hasta nuestros días, sin considerarse la preferencia legislativa expresada por los juicios "concentrados" en nombre de una eficiencia mayor,⁶³ el expediente sigue siendo el espinazo del proceso, incluso cuando a menudo se expresan las virtudes de la presentación *viva voce*; los jueces siguen dependiendo grandemente de las partes. A los jueces se les niegan los poderes para llamar testigos libremente o exceder los contornos de la controversia; sigue estando prohibido no considerar el pedido de reparación o dar al querellante más de lo que ha pedido. Hablando en general, el potencial de buscar la verdad del proceso civil es más bien limitado, especialmente si se compara con la justicia penal continental. La utilización de la parte como fuente de información es modesta, incluso cuando existen los meca-

⁶¹ En la mayoría de los países estas reformas estaban ligadas al surgimiento de la protección del consumidor y otros fenómenos similares del Estado de bienestar. Mientras que los códigos continentales de procedimiento civil rara vez preveían un *discovery* más amplio, a menudo se imponen los nuevos deberes mediante legislación especial. Ver *supra*, cap. 4, n. 66.

⁶² Ver F. Klein, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 186-87 (Mannheim, Leipzig y Berlín, 1927).

⁶³ Ver *supra*, cap. 2, n. 9.

nismos para un interrogatorio extenso. Los grandes privilegios testimoniales permanecen en gran medida intactos.⁶⁴ En la visión todavía imperante, la justicia civil —en oposición a la criminal— debería, relativamente, no ocuparse de la determinación exacta de los hechos.⁶⁵

No habrá escapado a la atención del lector que me he centrado en juicios planteados en el propio interés de los litigantes. En los Estados de bienestar, cada vez más se utiliza el litigio civil para la protección, y algunas veces también para la definición de intereses mayores o "públicos". Los protectores de estos intereses pueden ser o bien funcionarios gubernamentales o sujetos individuales e incluso asociaciones no gubernamentales.⁶⁶ Para fines comparativos es importante subrayar las dificultades especiales de cara a la puesta en vigor no oficial de los intereses públicos en los sistemas continentales tradicionales. De manera predecible, la fuente de la oposición se origina en el aparato burocrático jerárquico de la autoridad: la fusión de la acción pública y de propio interés se ve aquí con mayor sospecha que en un marco de autoridad acostumbrada a apoyarse en personas de fuera. Los incentivos adecuados para una rigurosa aplicación privada del interés público, fácilmente pueden parecer corruptores. La estructura de poder jerárquica valora un enfoque consistente y uniforme y la acción sistemática que

⁶⁴ Los especialistas en litigios transnacionales saben que es mucho más fácil obtener información de los testigos en los sistemas de *common law* que en los procedimientos civiles continentales. Así, cuando les es económicamente viable, utilizan mecanismos de asistencia judicial internacional para obtener el testimonio de tribunales de *common law* para usarlo en litigios civiles continentales o en procedimientos de arbitraje.

⁶⁵ La existencia de dispositivos más efectivos de determinación de los hechos en los casos civiles que en los penales sería una "desigualdad" de las dos ramas de la justicia. Comparar con H. Baade, "Illegally obtained evidence in civil and criminal cases: A comparative study of a classic mismatch", 51 *Tex. L. Rev.* 1325-62 (1973).

⁶⁶ Una completa investigación acerca de los posibles defensores del interés público se halla en M. Cappelletti, "Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation", 73 *Mich. L. Rev.* 794-881 (1975). En países pluralistas, las asociaciones ciudadanas pueden —y a menudo lo hacen— exigir un proceso judicial en oposición al gobierno.

difícilmente ofrecerán los juicios de los ciudadanos en interés público. Algunos temen que la propia administración de la justicia pueda politizarse indebidamente.⁶⁷ Por lo tanto parece preferible confiar la puesta en vigor de las políticas regulatorias y la protección de intereses mayores a "promotores" oficiales tradicionales; si carecen del conocimiento especializado requerido, han de designarse nuevos funcionarios "especializados" para evitar el apoyo en las acciones de personas fortuitas, de fuera del aparato oficial.

Formas de resolución de conflictos en la justicia penal continental

EL ANTIGUO PROCESO ACUSATORIO. Antes en este capítulo anoté que en el planteamiento del proceso inquisitivo en el continente sobrevivía una forma de proceso por la víctima y que, por largo tiempo, esta forma fue tratada como el diseño ideal del proceso penal. Despojada de sus características medievales tempranas, fue adaptado a la organización jerárquica de la justicia, haciéndose bastante parecido al proceso civil canónico romano del cual se distinguió imperfectamente durante cierto tiempo. En este modo de proceso, la víctima de un delito controlaba la iniciación y terminación del proceso; aunque a riesgo de tener que pagar una suma de dinero, podía retirar los cargos en cualquier momento. El acusado penal conservaba muchos atributos de la parte, y aunque podía ser sometido a interrogatorio por el juez, estaba prohibido coaccionarlo para extraer respuestas.⁶⁸

⁶⁷ Ver N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, seg. ed., 122 (Darmstadt, 1975). Para problemas especiales de la acción "popular" en Alemania Occidental, ver I. Markovits, "Socialist vs. bourgeois rights", 45 *U. Chi. L. Rev.* 612, 618 (1978). Comparar también con las precisas afirmaciones de H. Kötz en "Public interest litigation: A comparative survey", en M. Cappelletti, ed., *Access to justice and the welfare state*, 112-16 (1981).

⁶⁸ Para las antiguas formas italianas de este proceso, ver H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht des Skolastik*, vol. 1, 87-120 (Berlín, 1907). Para la variante sajona, ver B. Carpzov, *supra*, N° 8, cuest. 106.

En términos de importancia práctica, sin embargo, el antiguo proceso *per accusationem* quedó casi totalmente eclipsado por el proceso inquisitivo controlado oficialmente. La vieja forma siguió desempeñando un papel sólo en el área de los delitos menores, donde las autoridades encontraron poco o ningún interés independiente para poner en vigor la política de derecho penal. Esporádicamente, los acusados de las clases nobles alegarían su derecho a ser tratados según este procedimiento teóricamente superior, fundamentalmente porque —incluso estando contaminados con formas de indagación— era mucho menos feroz que el proceso dominante *per inquisitionem*.⁶⁹ Sólo en un pequeño número de jurisdicciones las burocracias absolutistas eran suficientemente fuertes y ambiciosas para desplazar completamente esta forma de proceso privado. La víctima sólo conservaba derechos "secundarios" o "subsidiarios" para que las ruedas de la justicia se pusiesen en movimiento cuando los funcionarios responsables permanecían inactivos; los gobernantes encontraron utilidad en el mecanismo como verificación de su floreciente burocracia judicial.

EL PROCESO PRIVADO MODERNO. En varios países continentales sobreviven bolsones de este tipo de proceso, donde un número limitado de ofensas sólo pueden ser juzgadas si la víctima presenta una querrela. Ejemplos típicos son las ofensas menores contra la dignidad, algunas formas menores de latrocinio, o infligir lesiones corporales menores. Cuando el fiscal público no tiene atribuciones para iniciar un proceso por estas ofensas sin el consentimiento de la víctima, el fiscal mantiene el control exclusivo sobre la existencia continuada del proceso o sobre el alcance de la investigación factual.⁷⁰ Pero el caso

⁶⁹ Ver E. Schmidt, *supra*, n. 7, 100. En algunos países la importancia del proceso acusatorio se fue erosionando al permitirse que el juez que enfrente graves dificultades para la prueba pueda cambiarse (*switch*) al modo inquisitorio. Comparar Carpzov, *supra*, n. 8, cuest. 107, N° 59.

⁷⁰ Es el caso de Austria. Ver Código de Procedimiento Penal austríaco, §46. Por contraste, el acusador germano occidental siempre puede reemplazar a la parte privada, quien se transforma en un tercero. Comparar con J. Langbein, *supra*, n. 38, 101.

penal resultante no se desarrolla exactamente como un juicio civil continental. Por ejemplo, que el acusado no conteste los cargos no ofrece una dispensa para la determinación judicial de la culpa.⁷¹ Como los juicios en casos procesales privados no están precedidos por investigaciones oficiales extensivas, se pierde bastante de su carácter de "auditoría".

¿Por qué se incluyen estas acciones de los ciudadanos en la resolución jerárquica de conflictos? ¿No están comprometidos en la implementación de una política del Estado hacia el crimen y encaminadas al logro de los objetivos habituales de castigo? La respuesta emerge del análisis de los motivos que impulsan a la víctima a presentar cargos penales. En algunos casos, sigue sus intereses financieros para conseguir una compensación favorable de la acusación de daños debida a la falta; el proceso penal privado da a la víctima un instrumento en el proceso de negociación en curso con el acusado: el agravante. No obstante, cuando la falta juzgada privadamente no origina una reclamación separada de agravio o sólo puede conducir a daños "simbólicos", la víctima está impulsada por el deseo de obtener reparación: las penas pecuniarias que busca en un proceso privado (raras veces se impone una pena de prisión) pueden ser consideradas por un comparativista como toscos substitutos por los daños punitivos no existentes, que de otro modo podrían buscarse en una acción de responsabilidad civil. Puesto de otra manera, las penalizaciones buscadas ofrecen una salida a los sentimientos que de otro modo podrían satisfacerse con pesadas recompensas por daños.⁷² Observemos, entre paréntesis, que la mayoría de las conductas sujetas al proceso privado en el continente, habitualmente constituyen un agravio intencional —pero no un delito punible— en los sistemas angloamericanos.⁷³ Lo que

⁷¹ Sin embargo, el acusado puede persuadir al acusador privado de retirar los cargos y llegar a un arreglo fuera del tribunal.

⁷² La diferencia se mantiene, por supuesto, en que los daños punitivos van a la víctima, y las ganancias, al Estado.

⁷³ Es el caso de algunas injurias a la reputación personal y a la intimidación. Sólo en las últimas décadas unos cuantos países europeos de la órbita socialista convirtieron esas injurias en agravios susceptibles de reparación civil. Ver el famoso caso *Soraya*, registrado en R. Schlesinger, *supra*, n. 60, 580-81.

en realidad trata de conseguir el Estado al ofrecer su foro a un fiscal privado, es proporcionar una válvula de seguridad a las ofensas privadas, válvula cuya ausencia podría llevar a perturbaciones, posiblemente a la realización de venganzas privadas. No se puede sostener seriamente que lo que intenta conseguir el Estado es implementar sus fines habituales de castigo —persuasión moral, disuasión, rehabilitación o finalidades parecidas. En suma, los procesos por un cargo privado no sirven objetivos políticos independientes de la resolución de un conflicto interpersonal; la existencia de estos procedimientos está condicionada por la existencia de ese conflicto privado. De aquí que casos de proceso privado por faltas en el continente, pueden tratarse justificadamente como instancias de resolución de conflictos disfrazadas o como aberración periférica en el contexto de la implementación de políticas de justicia. No debería sorprender que el aparato de justicia continental intente desalentar esas acciones privadas o que sea muy reticente a encarcelar por imputaciones privadas.⁷⁴

Fuera del área de los delitos menores, el control privado sobre la aplicación de la ley sólo se puede encontrar en un número limitado de países continentales como freno contra la inactividad de los funcionarios responsables de los procesos penales. Por ejemplo, el fiscal público francés no monopoliza completamente la aplicación del derecho penal; la víctima que demuestra tener méritos del proceso para reclamar un agravio puede pedir que el juez investigador instruya un proceso penal si el *procureur* no lo ha hecho.⁷⁵ En tanto

⁷⁴ Para Alemania Occidental, ver Kunert, en Löwe-Rosenberg, *Strafprozessordnung*, vigesimosegunda ed., comentario N° 1 al §374 (1972); H. J. Hirsch, "Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens", en *Festschrift für Richard Lange*, 815-17 (Berlín, 1976).

⁷⁵ No es necesario que la víctima realmente lleve a cabo una demanda civil; es suficiente mostrar que los daños podrían ser buscados *in principe*. Ver R. Merle y A. Vitu, *Traité de droit criminel*, seg. ed., vol. 2, 67-68 (Paris, 1973). Para una visión panorámica de la acción de *partie civile* francesa, ver A. V. Sheehan, *Criminal prosecution in Scotland and in France*, 21-22 (1975). Recordemos que el poder judicial galo posee una larga tradición de potenciar a los jueces para que investiguen independientemente de los fiscales del Estado: *toute juge procureur general*.

que técnicamente el fiscal sigue siendo responsable de la conducción del proceso iniciado por la víctima, habitualmente deja la realización del proceso a la víctima. De modo similar en Austria, la víctima tiene derecho a hacerse cargo del proceso si está en manos de funcionarios inactivos que, sin embargo, pueden tomar el relevo en cualquier etapa del proceso penal.⁷⁶ Sin duda, e incluso si sólo es secundario, estos poderes privados se apartan de los arreglos jerárquicos rígidos que he definido. El individuo privado puede imponerse a la agenda de los funcionarios del Estado; sus quejas contra el acusado adquieren precedencia sobre la evaluación oficial del mejor curso de la acción. Pero sería errado suponer que dichos fiscales secundarios se apartan seriamente o amenazan el tono habitual del proceso continental dominado por el funcionario judicial. Cuando se ha puesto en marcha, el proceso queda bajo control oficial, y también la decisión de si ha de imponerse un castigo. Los arreglos privados no son dispositivos porque, como se ha señalado, el fiscal público puede decidir la continuación del proceso incluso cuando el acusado y el fiscal subsidiario hayan llegado a un acuerdo sin juicio y se hayan retirado los cargos subsidiarios. En suma, los procesos siguen sirviendo a la implementación de una política de Estado y la voz privada permanece en silencio.⁷⁷

iii. EL PROCESO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LA ORGANIZACION PARITARIA DEL PODER

Ahora indagaremos en el campo del aparato judicial dominado por amateurs que se turnan para administrar justicia, libres

⁷⁶ Ver Código de Procedimiento Penal austríaco, §48. En la práctica, la acción subsidiaria independiente de una demanda civil parásita por daños es de escasa importancia. Veamos que en Austria el fiscal del Estado no participa en la acusación subsidiaria, aunque puede hacerse cargo.

⁷⁷ Movimientos poderosos aunque solapados podrían cercenar los derechos de los individuos privados de interferir en los enjuiciamientos del Estado. Para Francia, ver A. V. Sheehan, *supra*, n. 75, 23.

de supervisión jerárquica, y receptivos a las consideraciones de la justicia substantiva. ¿Cómo actúan esos funcionarios paritarios en la resolución de conflictos, presumiblemente imbuidos por la ideología del *laissez faire*? En otras palabras, ¿cuál es la impronta que la organización paritaria deja en el proceso de resolución de conflictos?

Al comienzo, es importante recordar las presiones hacia la concentración temporal de los procesos generados por la organización paritaria. Por estas presiones, es improbable que la disputa de las partes sea orquestada en *staccato* o como consecuencia de distintas fases: la competición de las partes se da a conocer preferiblemente durante un episodio forense único y continuo. Una mayor concentración del litigio se deriva de la ausencia de otra oportunidad de la competición ante niveles de autoridad más altos: normalmente los procesos en primera instancia son de naturaleza definitiva.

Desde luego si el único episodio procesal —el juicio— ha de fluir ininterrumpidamente, tiene que estar preparado. Pero como no hay funcionarios de nivel bajo que necesariamente lleven a cabo un trabajo detectivesco discontinuo, la preparación de los juicios queda para las partes en disputa: cada cual reúne pruebas en apoyo de sus posiciones. En un aparato oficial cuyos rangos son elásticos, no pueden haber fuertes objeciones contra esta delegación de la actividad a foráneos; como he manifestado repetidas veces, cuando los propios funcionarios son legos, tienen pocas razones válidas para excluir a otros legos. Aparatos especiales y desconocidos para la autoridad jerárquica, parecen hacer efectivo el cumplimiento con las demandas investigativas privadas. Como las partes son impulsadas por el interés propio, estas investigaciones privadas pueden convertirse en vehículos poderosos para el descubrimiento de la información. Idealmente la actividad preparatoria de las partes no ha de implicar funcionarios; las autoridades han de participar sólo para resolver posibles disputas subsidiarias en cuanto al alcance adecuado de la actividad preparatoria privada. El proceso ya no se identifica con acciones presididas por funcionarios, como en los procesos ante los funcionarios jerárquicos.

Característicamente el juez llega al caso sin estar familiarizado con la controversia. No puede estudiar un archivo oficial respecto a las actividades preparatorias cuando dicho documento no existe. Inevitablemente una gran parte de la acción procesal —y también en el juicio— es realizada por los litigantes. Por lo menos inicialmente, son los únicos que pueden interrogar testigos de modo efectivo y presentar otras pruebas. Del mismo modo se transmite la información en una forma intensamente adversarial, que permite que cada litigante discuta inmediatamente lo que el otro ha presentado o descubierto. Desde luego los juicios fácilmente pueden convertirse en ruidosas querellas, pero este espectáculo puede ser mejor tolerado por funcionarios paritarios —habituados a este tipo de cosas— que por burócratas metódicos. Tampoco el débil papel de mediación de los funcionarios es la única fuente del fuerte carácter de confrontación del proceso; la intensidad de la competición forense se incrementa por la posible finalidad del veredicto. Como no hay un “siguiente episodio” regular ante una autoridad superior a la cual puede apelar el perdedor, la parte no puede permitirse contemporizar, sino que ha de decirse “este es mi momento”. En suma, entonces, la autoridad paritaria refuerza la morfología de la competición que es requerida por el proceso de resolución de conflictos.

¿Es esto válido asimismo para la postura pasiva del adjudicador? En un sentido importante la respuesta es afirmativa. Con tanta acción judicial dirigida por los litigantes, el adjudicador fácilmente retrocede a la pasividad: escucha los argumentos y las pruebas que presentan las partes, vigila el cumplimiento de las reglas básicas de la competición justa y al finalizar el juicio, llega a una decisión, anunciando cuál parte se ha impuesto. Su desapego está apoyado por la creencia —generada por la ideología del Estado reactivo— de que la disputa forense no presenta temas mayores que excedan lo deseable de su resolución, y que dejar que las partes luchen es la mejor forma de absorber un conflicto.

El concepto de procesos legales como conflicto, realista-mente puede extenderse incluso a aquellas controversias que

implican funcionarios como antagonistas. Cuando la autoridad del Estado está fragmentada, los choques entre los funcionarios son cotidianos, y no pueden ser evitados por diversos instrumentos “jerárquicos”, tales como transferir el tema contencioso a un superior común. También está ausente la lealtad institucional y el espíritu de cuerpo entre los funcionarios. Cuando no existe fusión de autoridad en la cúspide, es fácil para los funcionarios antagónicos encontrar un tercero neutral a quien llevar la disputa en busca de una resolución imparcial. Pero el concepto de los procesos legales como competición también se puede mantener en disputas que implican a los ciudadanos y un funcionario. Dos factores ya mencionados en otros contextos se combinan para producir este resultado. Como el adjudicador no es un funcionario, no es inmediatamente sospechoso de sesgos en favor del lado oficial de la controversia. Como el querellante oficial no está vinculado jerárquicamente al centro del gobierno estatal, su posición de cara al litigante privado —paralela aunque algo sesgada— todavía no está tan desequilibrada como para hacer que la idea de una competición entre iguales sea una parodia transparente. En consecuencia, la organización paritaria de la autoridad procesal expande la zona en que los arreglos de resolución de conflictos puedan ser contemplados como una forma plausible de proceso judicial.

El efecto sinérgico de la autoridad paritaria y la resolución de conflictos como propósito del proceso, también puede observarse en otro aspecto. Recuerden que en el estilo puro de resolución de conflictos el control de la parte se extiende a la adaptación libre de la reglamentación procesal, de acuerdo a las circunstancias especiales de la situación de las partes. Como las partes pueden estipular la modificación de las prácticas normales, el juicio puede afinarse certeramente o vincularse a la corriente de negociación que caracteriza el litigio en un Estado reactivo. Pero en tanto que la exclusividad de los funcionarios jerárquicos y sus rigideces burocráticas levantan barreras para una actividad tan inventiva de los litigantes, la autoridad paritaria está bien dispuesta a aceptar incluso este elemento adicional del *laissez faire*

procesal; preferentemente la forma del litigio puede ser hecha a medida y no rígidamente prefabricada.

Y ahora volvámonos al área de tensiones en el Estado reactivo entre la organización paritaria y el proceso de resolución de conflictos. Para hacerlo, es necesario volver a la posición del que resuelve conflictos en el marco paritario. Como he anotado, su inactividad no es producto de concepciones claras de las funciones adjudicativas propias en el aparato paritario. Estas concepciones, expresadas en reglas rígidas, caracterizan a los funcionarios jerárquicos. Más bien la actitud pasiva del adjudicador paritario se sitúa en un plano pragmático; sin estar familiarizados con la disputa, está mal preparado para hacerse cargo de la acción procesal por sí mismo. No existen barreras firmes para el activismo judicial; el juez se ve a sí mismo como agente autónomo con poder inherente para intervenir en la competición de las partes si así lo prefiere. Porque el ejercicio de la discrecionalidad penetra todos los aspectos de su función temporal, su desapego en un juicio es esencialmente un ejercicio de control, apoyado en la ideología de la no implicación. No obstante, como un volcán en reposo, bajo ciertas circunstancias puede entrar en potente actividad.

Como su activismo puede entrar en conflicto con el control del litigio por las partes, las circunstancias que pueden conducir al abandono del autocontrol judicial merecen ser observadas más de cerca. Recuerden aquí que los funcionarios paritarios no son profesionales endurecidos acostumbrados a ejercer la economía emocional necesaria para desapegarse de los destinos de los participantes en el proceso, o adecuados a la concentración estrecha en los hechos objeto de disputa entre los litigantes. Lo que exacerba la incomodidad con las posturas impersonales es que los adjudicadores están expuestos al testimonio directo ante lo inmediato del drama en el juicio. Oyen y ven directamente a las partes y a otros actores forenses, no como reflejos en archivos fríos que ojean unos funcionarios distantes en la tranquilidad claustral de la autoridad jerárquica. Por lo tanto incluso si las normas adoptadas por los funcionarios paritarios urgen

un mínimo compromiso emocional —una especie de reserva calvinista—, estos funcionarios siguen encontrando difícil comportarse como árbitros en un club de debate cuya tarea es centrarse únicamente en una mejor argumentación de temas limitados. Imaginemos que, por alguna razón periférica, se evoca su simpatía por una parte que es también el abogado más débil, condenado a perder si se mantiene estrictamente la lógica de la competición. En esta situación es probable que un funcionario paritario se proyecte poderosamente en el proceso del juicio: puede insistir en someter a los testigos a investigaciones o puede pedir pruebas adicionales. Pero al hacerlo, la ayuda se extiende a un litigante, y la postura imparcial requerida por el ideal de resolución de conflictos es abandonada. Además, la súbita implicación en la acción procesal puede amenazar el manejo del juicio por las partes; los límites de libertad y autonomía no pueden discernirse claramente en el claroscuro de la discreción oficial que penetra el tipo paritario de autoridad. Tampoco es inconcebible que el manejo privado del juicio esté en peligro en incluso aquellas áreas limitadas donde los funcionarios jerárquicos —si están imbuidos de una ideología de *laissez faire*— consideren inviolable la autonomía de las partes procesales. De este modo, incluso si la adjudicación está monopolizada por una elite que adopta doctrinas políticas reactivas, las actitudes de los funcionarios paritarios a veces podrán debilitar o incluso rechazar los arreglos de otro modo idealmente adecuados para el estilo reactivo de resolución de conflictos.

La búsqueda de una tensión relacionada lleva a considerar la posición de las partes como fuente de pruebas. Se ha demostrado que un estilo puramente reactivo de resolución de conflictos no permite que una parte se convierta en testigo contra su voluntad; el maestro soberano de un litigio no puede ser transformado en una fuente de pruebas para ser examinado, a menos que elija libremente experimentar esta conversión de Saulo en Pablo. Pero la significativa implementación de esta idea de resolución de conflictos, presupone un adjudicador capaz de distinguir los componentes testimoniales y gestores en la posición de la parte, y que

además está dispuesto a aceptar los dictados de esta distinción. Los profesionales pueden ser formados para separar los dos aspectos del papel de la parte, y cuando deciden, a partir del expediente, no sacar interferencias probatorias de los meros alegatos, las preguntas hechas a los testigos, o una actividad de los litigantes similarmente "interventora". En contraste, la autoridad paritaria es claramente poco hospitalaria a la observación de esta importante forma de resolución de conflictos; los legos tienen poco entendimiento de los intrínsecos técnicos —algunas veces como serpientes— implicados en la separación de los papeles testimoniales y no testimoniales. Observando la conducta de las partes en el juicio, apenas pueden evitar sacar conclusiones testimoniales de supuestos actos gestores. En consecuencia, la conversión de litigantes en fuentes de información, fácilmente se vuelve un elemento del estilo de resolución de conflictos paritarios (pero no jerárquicos).

En capítulos anteriores he aludido muchas veces a factores que conspiran para hacer que el proceso de resolución de conflictos sea consumadamente legalista y el Estado reactivo un terreno fértil para la actividad de los defensores. Ahora que se ha examinado el juego entre la autoridad paritaria y la justicia de resolución de conflictos, puede identificarse otra trama de la conspiración: pueden reducirse las tensiones entre los propósitos procesales y los funcionarios al admitir abogados en el proceso como asistentes profesionales de las partes en disputa. Cuando la gestión del juicio se confía a abogados, las partes desaparecen en el transcurso, y su conducta ahora ofrece menos oportunidades para deducir consecuencias probatorias. Puede protegerse mejor su autonomía; actuar como un maestro distante e inescrutable del juicio ya no lleva la carga inevitable de ofrecer testimonio. Una ventaja adicional de incluir abogados en el proceso es que con ello la posición pasiva del juez puede estabilizarse; los abogados profesionales cuelean eficazmente la información con "carga emocional" que provoca que los adjudicadores neófitos excedan su misión limitada de resolver conflictos. Y todavía hay otra ventaja. He descrito cómo

la delegación de la preparación del juicio con los litigantes en marcos paritarios contiene las semillas de la actividad de las partes en el juicio; la división de los temas en dos casos —uno por el que reclama, y el otro para el que responde— está presente *in nuce*. En ausencia de abogados, no obstante, no se puede esperar que sea clara la línea entre los dos casos secuenciales que demanda el estilo de resolución de conflictos: los argumentos confusos la destruyen; la actividad de los abogados permite una secuencia ágil de la acción en favor de uno y del otro si se produce una disputa.⁷⁸

Disputas civiles en la jurisdicción angloamericana

Pese a que el estilo paritario de resolución de conflicto puede encontrarse en una diversidad de culturas jurídicas, los sistemas procesales derivados de Inglaterra contienen las ilustraciones más gráficas.

JUECES DE PAZ Y DISPUTAS CIVILES. Hasta nuestros días, en la jurisdicción angloamericana, algunas disputas civiles pueden ser adjudicadas por legos, pero en los procesos ante sus antepasados aparecieron indicios del estilo que ahora estamos analizando, con particular claridad: hablamos de los jueces de paz de los siglos dieciocho y diecinueve en Inglaterra. Estos aficionados —señores terratenientes— son un epítome casi total del ideal de funcionarios paritarios. Actuando técnicamente por encargo real, en realidad estaban libres de la supervisión central; su servicio temporal en temas de gobierno local cubría funciones administrativas, judiciales e incluso legislativas del modo promiscuo característico de las formas de autoridad no burocráticas. Su toma de decisiones estaba más inspirada por el sentido común y las consecuencias sociales que por reglas que determinarían los resultados.

⁷⁸ Los abogados preparan asimismo el caso para un juicio continuo y coordinado al organizar sus diversos aspectos mediante algún mecanismo de alegación.

Como ya he indicado, para los de fuera sus juicios parecían "salomónicos".⁷⁹

Aunque más conocido por su parte en la administración de justicia criminal, su difusa jurisdicción también se extendía a los temas civiles. ¿Y cómo eran los procesos ante ellos? No lo sabemos bien: no se requería documentación oficial, como en el continente, ni los procesos civiles eran tan interesantes como para dar origen a relatos literarios populares. Pero como los abogados raras veces aparecían en los tribunales locales, se puede suponer con seguridad que los procesos eran informales; los litigantes presentaban sus casos personalmente sin estar limitados por reglas técnicas de procedimiento y pruebas. Bajo estas circunstancias, se puede imaginar que los juicios implicaban bastantes intercambios ruidosos entre los participantes procesales y también un mínimo de rutina burocrática. No obstante parece igualmente evidente que los jueces de paz eran capaces de actuar con distanciamiento y permanecer por encima de los altercados, *au-dessus de la mêlée*. Con sus necesidades cubiertas, en temas de justicia este potentado local incluso podía cultivar una actitud de juego limpio: el señor de campo conocía bien el "cricket".⁸⁰ Pero su posición de resolución de conflictos era inestable; si sentía que una disputa en particular revelaba una necesidad mayor de ejercer control social, su vaga y flexiblemente cambiante jurisdicción presentaba pocos obstáculos en su camino para apartarse de la resolución estrecha de conflictos.

EL PROCESO CIVIL CLÁSICO. Aquí sólo me concentraré en aquellos rasgos del litigio clásico que parecían extraños a los visitantes continentales. Ahora hay que poner bajo los focos las perplejidades de culturas cruzadas que se proponen explicar los esquemas comparativos.

⁷⁹ Comparar A. Mendelssohn-Bartholdy, *supra*, cap. 2, n. 37.

⁸⁰ A menudo se piensa que el énfasis en el "juego limpio" y el enfoque "deportivo" tiene su origen en la experiencia inglesa de los señores rurales (*country squires*) de los siglos dieciocho y diecinueve. Ver J. Ortega y Gasset, *History as a system*, 130-31 (1961).

Las implicaciones procesales de la dualidad entre "law" y "equity" han intrigado a los observadores continentales por lo menos desde el siglo diecisiete. Les parecía extraño que el centro del gobierno inglés tolerara dos autoridades independientes y que se solapaban parcialmente en la disposición de casos civiles —los tribunales de *common law* y el *chancellor*. ¿Era la dualidad reconciliable con la idea emergente de un "orden jurídico" único? Además, ¿cómo podía la jurisdicción del *chancellor* estar tan profundamente entretejida en la discrecionalidad de la tutela de la *equity* que parecía ser más un tema de gracia que de derecho?⁸¹ Este asombro se explica fácilmente como la reacción de uno que toma por cierta la ordenación jerárquica de la autoridad y está contemplando una organización judicial con fuertes rasgos paritarios, como una autoridad vagamente compartida y grandes dosis de discrecionalidad oficial.

Muchos aspectos del juicio en los tribunales del *common law* también eran curiosos para los visitantes que venían a Inglaterra del otro lado del Canal: un *day in court* en vez de una secuencia de sesiones; el énfasis en el testimonio directo en lugar del papel probatorio del expediente del caso; la fragmentación del tribunal en juez y jurado en vez del cargo unitario del *judex* canónico romano. Auténticamente sorprendente desde el punto de vista continental era el grado en que las decisiones del jurado lego —el adjudicador paradigmático— escapaba a la supervisión mediante mecanismos regulares de apelación⁸² y también varios mecanismos diseñados para evitar el daño de veredictos inapelables que surgieran de premisas dudosas.⁸³ Antes he abordado estos contrastes y no volveré a un campo familiar.

⁸¹ Para una buena discusión sobre este "politeísmo" judicial, ver A. H. Pekelis, "Legal techniques and political ideologies: A comparative study", 41 *Mich. L. Rev.* 665, 690-91 (1943).

⁸² El juez de primera instancia estaba investido de algún control, pues podía negarse a aceptar el veredicto o sumarse a un juicio a pesar de un veredicto en contrario.

⁸³ Por ejemplo, reglas sobre la suficiencia de las pruebas.

Lo que merece una observación más dedicada, sin embargo, es el papel de los abogados en los tribunales centrales británicos. Después de que el jurado dejó de ser un cuerpo que se autoinformaba, gradualmente los abogados se hicieron cargo de la presentación de las pruebas y los argumentos en el tribunal. Su actividad en el juicio produjo cambios importantes: allí donde habían dominado los altercados informales, comenzó a tomar forma una secuencia formal de "dos casos" con todos los tecnicismos de introducir pruebas. Las partes se desvanecieron en el fondo y su actividad en el juicio dejó de permitir evaluaciones de pruebas amplias.⁸⁴ La capacidad del juez para realizar interrogatorios, nunca prominente, disminuyó más aún, y el jurado se sumió en la pasividad, a menudo tan inextricable para las partes como la Esfinge. Cada vez más el resultado del juicio puso en marcha las habilidades de los abogados: las tácticas de sala de juicio, las reglas de prueba, y los argumentos legales se hicieron más y más intrincados. Como resultado, litigar un caso se convirtió en una empresa muy costosa.

Imaginemos a los arquitectos del proceso continental del siglo diecinueve observando el progreso de un caso civil en Inglaterra. Les parecería que la profesión jurídica privada había usurpado muchas funciones que propiamente correspondían al juez u otro funcionario del tribunal, incluso en un Estado de *laissez faire*. Aunque de otro modo relativamente poco implicados en sus propios sistemas respecto al destino de los litigantes indigentes, los abogados continentales estarían impulsados a preguntarse cuánta gente podía pagar los servicios de los ahora indispensables abogados para llevar a cabo tantas accio-

⁸⁴ Puede objetarse que aun antes de esto las partes no podían convertirse en fuentes de evidencia, porque eran técnicamente incompetentes para testificar. Pero, como ya he sugerido, en la práctica las declaraciones y la conducta de los litigantes eran tomadas en cuenta por los órganos decisorios. La distinción entre aspectos testimoniales y no testimoniales del rol de las partes era bastante ilusoria en los procedimientos previos a los adjudicadores legos.

nes que estaban —en sus sistemas nativos— en el terreno del juez.⁸⁵ En suma, fácilmente podían haber llegado a la conclusión de que la forma inglesa de administración de justicia civil daba demasiado campo a la acción independiente de los miembros de la profesión legal que actuaban en representación de sus clientes.⁸⁶

Pero esta creencia se desmoronaría en algunos casos: en ciertas ocasiones el juez intervendría en el proceso interfiriendo vigorosamente con la gestión del caso por los abogados de los litigantes. Se induciría al abogado continental a inquirir sobre la "base jurídica" de esa intervención y se sorprendería al descubrir los poderes "inherentes" latentes de la justicia para imponerse a las partes: poderes que desafían la articulación en términos de reglas claras y rígidas. Especialmente inquietante para la disposición liberal continental serían esos poderes judiciales con resonancia discrecional y sacerdotal que obscurecen una respuesta clara a la pregunta sobre quién controla, el juez o las partes.⁸⁷ Irónicamente, puede encontrarse a los jueces ingleses interfiriendo con la gestión de las partes del juicio, incluso en aquellas áreas donde los sistemas continentales del período del *laissez faire* protegen el control del litigante sobre el caso con gran rigidez y consistencia de propósito. Por ejemplo, si el juez civil continental intentaba extender la prueba más allá de lo que sugerían los litigantes, o llamar un testigo propio, esa conducta inmediatamente provocaría fuertes reacciones y el rechazo de los tribunales superiores. En Inglaterra, en contraste, nada parecía detener a un juez poderoso e independiente de presionar a las partes a someterse a sus deseos y proporcio-

⁸⁵ Ver M. Rheinstein, ed., *Max Weber on law in economy and society*, 228 (1967).

⁸⁶ Para posibles diferencias residuales entre la ideología liberal angloamericana y la continental, ver *supra*, cap. 3, sec. 3.

⁸⁷ En este punto, recordemos la mente legalista lógica que busca respuestas inequívocas (o esto o lo otro); si un abogado continental no puede establecer con certeza que un arreglo de las partes está completamente a salvo de la autoridad del juez, probablemente concluirá que el control sobre los arreglos entre las partes está reservado al juez.

nar pruebas adicionales.⁸⁸ Como resultado de esos poderes judiciales residuales y mal definidos, la autonomía de los litigantes ingleses súbitamente parecería a los observadores continentales bastante inestable, en efecto expuesta a la tolerancia del juez del proceso. Estarían tentados a concluir que la garantía principal contra la interferencia de la posición de *dominus litis* de las partes era la negativa del juez a entrar en el juego de la esfera de "lo tuyo y lo mío", que es el fondo de un juicio civil típico. En otras palabras, la autocontención del poder judicial, más que la reglamentación jurídica, parecería apoyar el *laissez faire* del litigio civil.⁸⁹

Otra sorpresa para los observadores continentales habría sido el gran poder de investigación del proceso inglés. Tal como he señalado, los reformadores liberales del continente suavizaron la importancia de descubrir la verdad en las disputas civiles; como resultado, en la mayoría de las jurisdicciones se concebían los privilegios testimoniales de un modo amplio, los aparatos de *discovery* eran débiles, y las partes estaban excluidas del deber de testificar. Confrontado con el sistema inglés, los continentales se maravillaban: ¿cómo podía esta administración de justicia supuestamente tan liberal tolerar la búsqueda de documentos; o el requisito de que los litigantes testificasen contra sus intereses pecuniarios y otros intereses privados? Ya se ha sugerido parte de la respuesta: para alguien que quiere mantener al Estado a

⁸⁸ Es cierto que el juez no puede llamar por sí mismo a un testigo o proponer un asunto que no aparezca en las presentaciones de las partes, pero, en la medida en que ejerce una autoridad relativamente discrecional en tantas materias, la mera indicación de su deseo de que se traiga a su presencia cierta prueba, o se esgrima cierto argumento, suele bastar. También es cierto que los jueces ingleses rara vez interrogan a los testigos con afán investigativo y, hasta el reciente surgimiento de procedimientos regulares de apelación, apenas había recursos en contra de esa aberrante práctica. Observamos que los tribunales de apelación norteamericanos no tratan los interrogatorios judiciales de investigación como "error reversible" a menos que el juez de primera instancia haya actuado de modo sesgado o poco limpio. Ver, p. ej., *People vs. Rigney* 359 P. 2d 23 (Calif. 1961), opinión de J. Traynor.

⁸⁹ Esto explica la metafórica frase de Mendelssohn-Bartholdy, citada *supra*, cap. 2, n. 32 y texto correspondiente.

poca distancia, los poderes investigativos privados —esto es, la búsqueda de información por un ciudadano contra otro— no parecen tan amenazantes como la búsqueda de la verdad realizada por funcionarios civiles que están conectados jerárquicamente con los centros de poder del Estado. Además, bien podría ser que un juicio concentrado ante investigadores pasivos, que deben afinarse con las normas de pruebas *ad hoc*, genere una mayor necesidad de información que los procesos de tipo por etapas ante funcionarios profesionales.⁹⁰

Formas de resolución de conflictos en el proceso penal angloamericano

Como el vigor del derecho penal no se puede encajar enteramente en el modo de proceso de resolución de conflictos, por lo menos en los Estados modernos, en último análisis, el proceso penal angloamericano sigue siendo un proceso de implementación de políticas.⁹¹ Inmediatamente pasaremos a analizarlo como tal. El tema que hay que tocar aquí es el hecho comparativamente impactante de que se pueden identificar más formas de competición en el proceso penal angloamericano que en cualquier otro sistema contemporáneo de justicia penal. Varias veces antes he aludido a este hecho y ahora lo estudiaré en mayor detalle.

La explicación de este fenómeno puede comenzar con el reconocimiento de que la autoridad paritaria actúa para reforzar el estilo de resolución de conflictos en temas en que están implicados los intereses del Estado, tal como lo están claramente en el proceso penal. Antes he sugerido que cuando los que buscan pruebas son legos antes que funcionarios

⁹⁰ Ver Damaska, *supra*, cap. 2, n. 10. 540-46. Obsérvese asimismo que se requería que el jurado en el derecho civil continental alcanzara un veredicto unánime, mientras que la decisión de los tribunales continentales podía no serlo.

⁹¹ Sería ideal en el modo de resolución de conflictos un sistema exclusivo de enjuiciamiento en nombre de la víctima, con la víctima y el acusado en total control de sus respectivos casos.

civiles de carrera, la imagen del adjudicador como árbitro independiente entre el individuo y el Estado, gana en credibilidad. Pero la organización paritaria del brazo procesal del Estado también puede prestar credibilidad al diseño del proceso de tipo competición.

Esto debería quedar claro en el ejemplo del antiguo sistema inglés, aún operativo, de procesamiento de un ciudadano por parte de la Corona. Cualquier ciudadano, aunque ahora sea casi siempre la víctima, puede presentar cargos por cualquier delito, incluidos los más odiosos. El interés propio y el espíritu público hacían que este sistema fuese adecuado para el aparato judicial inglés tradicional; cuando el número de funcionarios es pequeño y no están enteramente burocratizados, es natural que se estimule que los ciudadanos comunes se presenten y participen en la aplicación de la ley penal. En tanto que el proceso planteado por la víctima no era un sistema puro de proceso privado,⁹² dichos acusadores, sin embargo, alegando con el acusado en el tribunal, aportaron rasgos pronunciadamente conflictivos a los procesos penales.

¿Y qué pasa con los fiscales públicos en los EE.UU.? Es bien sabido que gradualmente consiguieron obtener un monopolio de la iniciativa, de modo que la víctima de un crimen quedó despojada de voz, por lo menos en las decisiones para no procesar.⁹³ Por lo tanto, ¿no es inevitable que el proceso quedara convertido en un vehículo no partidario para la aplicación de la política penal del Estado? Una mirada más de cerca a la organización del brazo procesal americano revela al instante que puede seguir manteniéndose la imagería del proceso penal. Los fiscales norteamericanos

⁹² Ver *supra*, cap. 5, n. 11, y texto correspondiente.

⁹³ A. Goldstein, "Prosecution: History of the public prosecutor", en S. Kadish, ed., *Encyclopedia of crime and justice* (1983), hace un recuento de cómo el fiscal público adquirió su monopolio. La víctima retiene una influencia en la decisión de enjuiciar puesto que, en numerosos tipos de ofensas, las autoridades rara vez ponen en marcha una acción judicial a menos que la víctima desee imponer una querrela y por lo tanto prometa que testificará en el juicio.

no son una burocracia de Estado organizada jerárquicamente como lo son virtualmente en todos los países continentales. Por lo general trabajan solos, o con pocos ayudantes, libres de una supervisión jerárquica efectiva.⁹⁴ Habiendo sido elegidos localmente dependen —para mantener el cargo— del electorado antes que de sus superiores institucionales. Más que esperar ascender a una posición más elevada como recompensa por sus buenos servicios; tienen como estímulo las recompensas políticas: un buen desempeño puede resultar en ser elegido alcalde, parlamentario, o algún otro cargo político. Sin importar lo que sugieran las impresiones iniciales, incluso en el sistema federal la situación no es radicalmente diferente. Aquí, el temor a un Departamento de Justicia jerárquico ha llevado a la existencia de unos fiscales virtualmente autónomos en los EE.UU., que además y básicamente son nominados políticos transitorios. En esta situación es claro que los fiscales norteamericanos no han de ser percibidos como representantes locales de una maquinaria de aplicación de la ley nacional y uniforme, como ocurre en el continente; no intentan implementar una política de Estado contra el crimen porque raras veces existe esa política. En ausencia de instrucciones que emanen del Estado, pueden estar dispuestos a asociar esa política con sus propias visiones y adquirir un grado de posición personal en los casos penales, de modo que podrían experimentar el resultado del proceso penal como instancias de victoria o derrota personal.⁹⁵ Presumir que están implicados en una disputa con el acusado, incluso puede ser un sustituto benéfico por la falta de incentivos burocráticos a la aplicación celosa de la ley. En suma, con mucha más facilidad puede imaginarse al fiscal

⁹⁴ Ver K. Davis, *Discretionary justice*, 208 (1971). Para comparaciones con Europa, ver M. Damaska, "The reality of prosecutorial discretion", 29 *Am. J. Comp. L.* 119 (1981).

⁹⁵ En una burocracia jerarquizada el acusador siente que ha hecho un buen trabajo aun si el acusado es exculpado; más que en Estados Unidos, su recompensa depende de evaluaciones técnicas —por lo tanto relativamente neutrales— de desempeño. La imagen de casos penales "ganados" y "perdidos" se ajusta mucho más a los acusadores en Estados Unidos que en Europa.

norteamericano en un papel partidario, que un fiscal continental de nivel bajo, quien a menudo se ve obligado a iniciar un caso de mala gana, de acuerdo con los mandatos de su cargo "impersonal". El fiscal local norteamericano, tampoco aporta al caso el prestigio y peso del gobierno nacional. Porque el lugar del gran poder social puede estar fuera del gobierno, la esfera de influencia de por lo menos algunos acusados puede ser igual o exceder la del fiscal local. Por lo tanto en los EE.UU. es más fácil que en Europa imaginar al fiscal como parte, en una posición algo comparable con la del acusado, posición requerida por el concepto de proceso penal como mecanismo de resolución de conflictos. Por lo tanto también es más sencillo implantar formas de resolución de conflictos en los procesos penales norteamericanos que en los continentales.

Merecen atención algunos ejemplos comparativamente notables de estas formas. Como se puede esperar, el proceso previo al juicio entra básicamente en el modo de implementación de políticas, pero incluso en los primeros pasos, son evidentes las formas de competición. Por ejemplo, si se interpreta como un intento puramente partisano, la investigación policial ciertamente se distorsionaría; sin embargo hace alusiones frecuentes a las formas de competición. De hecho, brilla por su ausencia una investigación integradora única: la policía y el acusado preparan los casos separados, creando problemas familiares de *discovery* mutua y la conservación de una cierta igualdad entre los competidores.⁹⁶ Mucho más que en Europa, la detención preliminar puede presentar un obstáculo serio para la preparación de su caso por parte del acusado. Diversas formas de negociación entre acusación y

⁹⁶ Es tal la resistencia de la idea de dos investigaciones independientes en Estados Unidos que fácilmente ha sobrevivido al surgimiento de la institución "de bienestar" de los defensores públicos. Ahora es posible para éste y para los fiscales públicos conducir investigaciones paralelas, ambas financiadas por el Fisco. Escribiendo en la década de 1930, Thurman Arnold aun pensaba que dichas pesquisas paralelas constituirían un absurdo. Ver T. Arnold, "Trial by Combat and the New Deal", 47 *Harv. L. Rev.* 913, 922 (1934).

acusado constituyen la corriente característica del proceso previo al juicio, tal como las negociaciones de las partes en un caso civil.

Aunque el mecanismo de declararse culpable apareció históricamente por razones independientes de la visión de la justicia penal como resolución de conflictos, este rasgo característico del proceso angloamericano encaja perfectamente con las formas de resolución de conflictos. Como he sugerido repetidamente, si los procesos penales están dedicados de hecho a la resolución de una disputa, tiene poco sentido insistir en que el proceso continúe si el acusado se niega a oponerse a los alegatos y demandas de la acusación. Desde luego, la mera posibilidad de que el acusado se declare culpable crea mucho campo en los procesos penales para las negociaciones y el regateo entre las partes. Contra una concesión, el acusador puede intentar persuadir al acusado de que se declare culpable para evitar el juicio de competición. Es cierto que, como resultado de las negociaciones, el potencial de revelación de la verdad de las sentencias penales puede ser severamente disminuido. Si un acusado que de hecho cometió una violación puede ser culpado de un simple asalto, otro que sea inocente de violación puede sentirse seriamente presionado a declararse culpable de asalto para evitar el riesgo de un castigo mucho mayor si el caso va a juicio y acaba en una sentencia de culpabilidad. Pero como en una disputa civil, los veredictos exactos pierden algo de su importancia, si el supuesto no mencionado es que el proceso penal es una forma de resolver una disputa entre el Estado y un individuo autónomo. Un comparativista no debe pasar por alto el impacto del efecto de una investigación para obtener una declaración de culpa en el carácter de confrontación de los juicios de *common law*. Sólo los casos controvertidos llegan al juez, de modo que el juicio tiene un fundamento firme para las formas de competición. Esto difiere mucho de la situación en el continente, donde cada caso ha de ser llevado a juicio—incluso si el acusado ha hecho una confesión completa—y de este modo a menudo se desintegran los arreglos de la disputa. Incidentalmente esto

ofrece un terreno adicional a la impresión general de los observadores angloamericanos de que los juicios continentales no son más que la auditoría de un trabajo ya concluido. He observado que la explicación está en parte en el hecho de que los juicios continentales están bien preparados y que los documentos que contienen material de esta preparación, encuentran su camino en el juicio. Es aparente que, incluso cuando los juicios continentales no están tan completamente preparados como están, su etiqueta distintiva, seguirán siendo los casos de rutina, no contestados, que se erradican del proceso de *common law* mediante el acuerdo de una declaración de culpabilidad.

He tratado en diversos contextos con las formas de competición y el juicio de *common law* y no entretendré al lector con más repeticiones. No obstante, una forma debe ser reiterada, pues a menudo los que comparan los juicios continentales y angloamericanos la pasan por alto; los temas que los europeos tratan como prerequisites unitarios de castigo penal en los sistemas angloamericanos, pueden separarse en distintos temas, como en los litigios civiles, y cada parte debe presentar, alegar y probar su tema respectivo. Por lo tanto corresponde al fiscal probar un robo, pero corresponde al acusado plantear el tema de haber actuado en condiciones extremas, amenazado por una tercera persona. Aunque la rigidez de esta separación se ha relajado grandemente en años recientes, todavía no desaparece del todo. En la medida en que la defensa siga manteniendo el monopolio de presentar algunos temas defensivos, todavía puede forzar en el sistema judicial un resultado substancialmente erróneo. Por tanto, si por alguna razón que conoce mejor el acusado no consigue plantear la defensa de condiciones extremas, puede ser declarado culpable incluso si aparentemente es inocente en términos de las doctrinas substantivas aplicables a los hechos del caso.⁹⁷ En tanto que esta situación es claramente indeseable en un sistema de implementación de polí-

⁹⁷ Ver *supra*, cap. 4 texto que acompaña notas 23-25.

ticas, puede justificarse en el proceso de resolución de conflictos del Estado del *laissez faire*.

Al invocar la ideología política, ya he tocado el otro fuerte refuerzo de las formas de competición en los procesos criminales angloamericanos, muy separados de la organización paritaria tradicional tanto del tribunal como de la acusación. Durante el período de los siglos dieciocho y diecinueve, cuando se estaban desarrollando las formas de resolución de conflictos, aplicándolas a los procesos civiles de los países angloamericanos, diversas corrientes de la ideología liberal ejercían mucha influencia en la imaginación jurídica occidental. Como ya he señalado en el capítulo 3, la idea de que para administrar justicia penal se debe resolver una disputa entre el gobierno y un miembro autónomo de la sociedad civil se cristalizó completamente en esa época y no antes. También surgió en ese período la idea de que los intereses del Estado deberían ser tratados meramente como otro interés privado. En consecuencia, se creó un espacio conceptual para transferir los estilos de argumentación que se usaron primero en los litigios civiles, a la administración del derecho penal: imágenes tales como "equilibrar las ventajas de los litigantes" o de dar a los litigantes "armas iguales", asumieron una considerable fuerza intelectual en dar forma a los arreglos procesales.⁹⁸ La organización paritaria de la autoridad, tanto facilitó como dio mayor plausibilidad a estos argumentos que hicieron posible el diseño formal del proceso penal como competición, y que debería desarrollarse mucho más en los países angloamericanos que en los continentales. De modo que no es del todo raro o inesperado que desde la

⁹⁸ Dada la preocupación liberal por la equidad formal, el énfasis estaba en construir "armas defensivas" aun más sofisticadas para el acusado en su competencia con el Estado. Lo que subyacía era el problema de quién podía costear el uso de oportunidades procesales cada vez más costosas, así como el impacto de estos desarrollos en el costo total del sistema judicial si los casos normalmente llegaban a la etapa de juicio. Las negociaciones entre acusadores y defensores con el fin de evitar un juicio costoso parecían aceptables a lo que Dewey llamaría la "ética del tráfico" (o *trafficking ethics*). Ver J. Dewey, *German philosophy and politics*, 57-58 (1915).

perspectiva continental contemporánea, el proceso penal angloamericano parezca demasiado inmerso en el estilo de los juicios privados, demasiado indiferentes a la necesidad de la aplicación exacta y eficaz del derecho penal sustantivo.⁹⁹

IV. EL PROCESO DE IMPLEMENTACION DE POLITICAS DE LA ESTRUCTURA DE PODER PARITARIA

En la última categoría de mi tabla clasificatoria entran sistemas en que el proceso penal está dedicado a la implementación de una política de Estado, pero es administrada por funcionarios paritarios. No hay una analogía precisa en la teoría convencional para el estilo de proceso resultante, activista paritario. El concepto ampliamente aceptado del sistema inquisitivo se acerca a ello, porque también expresa un proceso judicial independiente de la resolución de disputas y encaminado a la aplicación de la ley. Pero como he dicho repetidamente, el proceso inquisitivo cubre rasgos profundamente arraigados en la organización jerárquica de la autoridad, y está construido contra el fondo de un Estado insuficientemente interventor como para permitir el completo despliegue de las formas activistas de justicia. Para que los arreglos activistas paritarios emerjan, el modo inquisitivo debe

⁹⁹ El observador continental queda impactado, incluso ofendido, al saber que, aun si es exculpado, el acusado en Estados Unidos debe pagar las costas y los elevados honorarios de sus abogados (a menos que califique para la ayuda legal). Tamaño disgusto se entiende por el supuesto continental de que el proceso penal norteamericano está tan dedicado a la implementación de políticas como el suyo, por lo que las exenciones de culpa tienden a estar plausiblemente relacionadas con la inocencia del acusado (dada la orientación hacia el hallazgo de la verdad). A medida que descubre que en Estados Unidos las exculpaciones a menudo dependen más de la destreza para litigar de la defensa que de la inocencia del acusado, la reacción negativa se difumina. Para un ejemplo de esquemas de indemnidad continental para los exculpados, ver T. Kleinknecht, *Strafprozessordnung*, trigésimo segunda ed., comentario al §467(1), 1165 (München, 1975).

ser purgado de sus elementos jerárquicos, adecuándose a rasgos afines a un Estado auténticamente gestor; ha de describirse una topografía procesal para la cual no hay mapas.

Permanece el concepto de investigación: la justicia activa requiere que se lance una investigación sobre la mejor respuesta política al evento precipitador. Pero en el aparato judicial coordinado, esta investigación es sui generis: la investigación metódica realizada por los funcionarios, que puede prolongarse en el tiempo y ser dividida en etapas con subtareas para funcionarios especializados, está ausente. También está ausente un expediente completo —crucial para la toma de decisiones— que coagule los resultados de actividades muy diseminadas en una totalidad sólida. Las investigaciones realizadas por los funcionarios paritarios están menos estructuradas y más comprimidas temporalmente; como he observado, el aparato de justicia funciona en arranques de actividad esporádicos, dedicando bloques de tiempo continuos a sus tareas.

La recopilación de material para la decisión y los demás pasos necesarios, se confían fácilmente a foráneos, incluyendo ciudadanos cuyos intereses están directamente implicados con la investigación oficial. Se debe recordar, sin embargo, que el objeto del proceso judicial requiere que estas personas de fuera no estén en posiciones donde puedan frustrar o comprometer los objetivos del Estado activista; el control último del proceso, por tanto, se mantiene en manos oficiales. La participación desde fuera en las investigaciones paritarias tiende a comprender una mezcla de quejas e informes a las autoridades, y etcétera, y por lo tanto los intereses en propio beneficio sirven a la consecución de objetivos mayores. En este punto ha de señalarse un contraste importante con el estilo activista jerárquico: bajo la luz difusa típica del entorno paritario, no hay discontinuidades claras entre las esferas oficial y no oficial. Donde abundan los híbridos ambiguos de tareas oficiales y no oficiales y florecen las acciones semioficiales, el uso de individuos privados para aplicar programas activistas no puede ser tan claramente inaceptable como lo es en una administración activista de justicia, jerárquica.

En el modo activista, los funcionarios paritarios comienzan e instituyen procesos por sí mismos, independientemente de cualquier controversia, queja o requerimiento presente. En las sesiones dedicadas al material recogido, inicialmente pueden retraerse, permitiendo que los de fuera presenten temas necesarios para la decisión; pero cuando les parece que para conseguir un resultado correcto lo requiere, los funcionarios intervienen en los eventos para sondear por propia iniciativa o pedir que los participantes de fuera hagan u omitan determinadas acciones. A diferencia de su postura en el modo reactivo, no son indiferentes al resultado del proceso; la ideología activista requiere que se comprometan con la realización de una política de Estado y que lleguen a resultados óptimos. En tanto que raras veces ejercen sus grandes poderes en el marco reactivo, ahora a menudo hacen uso de éstos, sin estar limitados por la rutina burocrática, la reglamentación rígida o la supervisión jerárquica.

Como los intereses y puntos de vista de los individuos que participan chocan con frecuencia, en las investigaciones paritarias a menudo surgen argumentos encendidos, pero como los procesos están divorciados de las disputas bipolares, estos argumentos pueden ser policéntricos. La ausencia de contornos agudos en las relaciones entre los participantes en los procesos paritarios merece ser subrayada una vez más. Los altercados no oficiales fácilmente pueden tener matices de disputas semioficiales sobre conceptos alternativos de las acciones deseables. Pero hay más: la descentralización de la autoridad abre la posibilidad de que haya disputas *oficiales* genuinas sobre la política estatal. No obstante lleva a error estimar el volumen de estas controversias oficiales por extrapolación de la experiencia de los Estados esencialmente reactivos con unos pocos programas activistas. En este marco "mixto", no sólo los miembros de la sociedad civil pueden adoptar diferentes visiones sobre el bien social con libertad, sino también los diversos centros fragmentados de poder, incluyendo el judicial.

En un Estado verdaderamente gestor, sin embargo, los funcionarios tienen su filosofía amplia, y los dictados de la

elite gobernante disminuyen grandemente las posibilidades de que surjan choques oficiales de temas políticos. La unidad de los funcionarios paritarios a menudo se puede asegurar independientemente de los organigramas jerárquicos. Sin embargo ocurren altercados oficiales sobre la mejor respuesta política a un problema, y dan rasgos de conflicto a las investigaciones paritarias. Además, cuando la distinción entre un cargo y su titular es imperfecta, como ocurre en las organizaciones paritarias, quejarse contra un cargo es, en esencia, similar a quejarse contra un individuo. Una vez más, podría verse cómo un aparato paritario de autoridad otorga un entorno en que las formas de competición —aunque modificadas— parezcan aplicables, incluso en procesos dedicados a la implementación de una política de Estado antes que a estrechas disputas entre personas.

El deseo de estabilidad que proporciona la impronta distintiva de justicia en el Estado reactivo no debería proyectarse en el marco que estamos considerando ahora. Cuando se trata de temas que implican al Estado, un funcionario paritario siempre está dispuesto a reconsiderar su decisión, si descubre que fue errado o que requiere modificaciones a la luz de nuevas circunstancias. Si siente que la decisión por un funcionario paralelo es errada, está listo para bloquear su ejecución o contemplar alguna otra acción limitante. Porque el aparato de justicia está repleto de redundancias de jurisdicción y autoridad vagamente compartida, hay una legión de posibilidades de que se produzcan estas acciones "colaterales", incluso cuando se permiten los valores compartidos y la unidad ideológica de los funcionarios paritarios. Desde luego, como las políticas educacionales, económicas y otras del Estado a menudo requieren acciones rápidas y decisivas, este rasgo del proceso paritario activista puede ser fuente de considerable frustración. Es sólo un síntoma de una tensión más amplia entre la función activista y la estructura paritaria del gobierno, tensión a la cual ya he aludido varias veces. Mientras más activista sea el gobierno, mayor será la tensión y el aparato de justicia comenzará a parecerse más a un pulpo cuyos tentáculos carecen de las interconexiones neu-

ronales adecuadas. Pero uno no debería atribuir a los reclusos a tiempo parcial, los jueces generalistas y los protagonistas procesales semioficiales que componen el aparato de justicia paritario, la misma preocupación de los expertos acerca de las disfunciones. En su esquema estas disfunciones, incluso si se perciben con claridad, pueden ser un precio aceptable por un estado de cosas deseable.¹⁰⁰

Pero al identificar estas tensiones, he llegado a un buen punto de partida para la revisión de los sistemas de justicia actuales que acercan la morfología procesal descrita hasta aquí en términos abstractos. Las colocaré en las jurisdicciones angloamericanas habitualmente vistas a través de lentes que se centran en rasgos de resolución de conflictos a menudo superficiales, dejando algo borroso el aspecto de implementación de políticas de la administración de justicia.

Formas históricas de la justicia angloamericana

EL JURADO AUTOINFORMADO. Aunque el prístino jurado inglés ya se ha convertido en un fresco desvaído y sin posibilidades de restauración, es razonablemente cierto que a los miembros de este jurado, convocados por los jueces reales para expresar la voz rural, se les permitía llevar a cabo su propio trabajo "detectivesco". Por lo menos en parte, la operación de este sistema de jurado consistía en investigaciones informales llevadas a cabo por funcionarios legos temporales, un caso claro de la forma paritaria activista.

INVESTIGACIONES Y ADJUDICACIÓN POR JUECES DE PAZ. Menos oculta en los recodos de la historia está la jurisdicción de los jueces de paz, cuyo cargo tenía una gran autoridad en la aplicación del derecho penal.¹⁰¹

¹⁰⁰ Ver *supra*, Introducción, n. 19 y texto correspondiente.

¹⁰¹ Ver S. Webb y B. Webb, *English local government. The parish and the county*, vol. 1, 294-304, 319-446 (1906).

Tenían poderes para llevar a cabo individualmente investigaciones de delitos graves y, compuestos en paneles, podían juzgar delitos menores. Sus decisiones eludían el control regular de la autoridad central y su actividad era poco regulada y bastante informal; las huellas de sus acciones no se guardaban en archivos. Comparativamente hablando, eran claramente más "autocráticos" y más poderosos que los investigadores contemporáneos de bajo nivel en el proceso inquisitivo continental. En suma, los procesos ante ellos revelaban características de un estilo inquisitivo "paritario".

EL GRAN JURADO. Tal como funcionara durante ciertos períodos de su historia, el gran jurado proporciona otra ilustración de la forma inquisitiva adaptada a la participación de funcionarios legos ad hoc. En contraste con la práctica actual en los EE.UU., no había un fiscal público que actuara ante los jurados, de modo que sus procesos han de imaginarse como investigaciones amateurs informales. A diferencia de los procesos de resolución de conflictos, la acción del gran jurado no se basaba necesariamente en las quejas contra una persona designada, ni siquiera eran dirigidas a un delito en particular. Eran posibles las investigaciones amplias sobre temas que afectaban a la comunidad, más amplias que la *inquisitio generalis* de los antiguos procesos penales en el continente.¹⁰² Si los procesos del gran jurado resultaban en una acusación y el acusado se declaraba culpable, las sentencias se dictaban sobre la base de investigaciones informales por amateurs locales. Pero las acusaciones podían ser acompañadas por informes dirigidos a problemas más amplios que el caso particular de conducta penal ante el jurado. Esos informes podían verse como análogos, a grandes rasgos, a la "sentencia especial" que puede dictar un juez soviético en el contexto activista jerárquico.

¹⁰² Para la historia del gran jurado, ver G. Dession e I. Cohen, "The inquisitorial functions of grand juries", 41 *Yale L. J.* 687 (1932). Sobre la *inquisitio generalis*, ver B. Carpzov, *supra*, n. 8, cuést. 107, Nos 5-10.

EL PROCESO PENAL EN ASSIZES. En la sección precedente he tratado la incorporación de formas de competición en el proceso penal británico, forma que comenzó en el curso del siglo dieciocho. Pero el lector puede preguntarse cómo se estructuró su proceso en el curso de los siglos dieciséis y diecisiete, cuando la justicia penal emergía de las circunstancias medievales y los jurados ya no realizaban sus propias investigaciones. Se conocen las grandes líneas del proceso con certeza razonable, y deben incluirse aquí.

Los jueces de paz debían recoger y filtrar las pruebas que les presentaban los informantes, y según los méritos del proceso, darían curso al juicio del acusado. Puede pensarse que el juicio consecuente era predicado con las ideas de resolución de conflictos: se le preguntaba al acusado cómo se declaraba y sólo había juicio si se declaraba inocente de la acusación. Pero en este momento ya es bastante obvio que importar a los períodos tempranos los conceptos de disputa entre miembros de la sociedad civil y el Estado, sería anacrónico. Desde el punto de vista histórico, los alegatos eran producto del rechazo del siglo trece por la experiencia de la Iglesia Católica; la sustitución del juicio falible humano de los jurados, por el juicio de la deidad requería la aceptación del acusado.¹⁰³ En tiempos más recientes, la vinculación del juicio a la contestación (sin competición no hay juicio) era característico de la administración de justicia no metódica y no sistemática. A continuación de una investigación somera y poco profesional sobre los hechos del delito, el sistema estaba preparado para imponer —sin juicio— hasta los castigos más serios tolerados por el espíritu de esos días, a menos que por contestación a los cargos, el acusado insistiera en explicar las razones de la acusación supuestamente equivocadas.¹⁰⁴ En lo básico los jui-

¹⁰³ Ver R. Van Caenegem, *The birth of the English law*, 146, n. 193 (1973).

¹⁰⁴ J. Langbein, en "Shaping the eighteenth-century criminal trial: A view from the Ryder sources", 50 *U. Chi. L. Rev.* 1, 123, 133 (1983) formula interesantes afirmaciones acerca del propósito del juicio "preadversarial" de *common law*.

cios eran "altercados" desestructurados o informales entre acusado, testigos y la víctima que se querellaba. En tanto que *in nuce* había "dos casos" presentes, todavía estaban indiferenciados. Tanto el juez como los jurados intervenían libremente en los argumentos, práctica que a veces llevaba a intercambios mutuos entre las dos partes componentes del tribunal. En tanto que técnicamente el acusado no era testigo y por lo tanto no podía ser examinado bajo juramento, era fácilmente utilizado como recurso testimonial y sometido a interrogatorio judicial extensivo. Dada la informalidad conversacional de los procesos y el carácter lego del jurado, no se podía esperar que el juez se ciñera a distinciones técnicas finas entre los usos testimoniales y no testimoniales de los planteamientos del acusado. Además los juicios eran también evaluaciones del carácter del acusado, revelado independientemente de cualquier testimonio. Raras veces los abogados parecían apoyar los cargos, y hasta mediados del siglo dieciocho, se impedía a los abogados de la defensa que participaran en juicios criminales (*felony*).¹⁰⁵ El juicio temprano era esencialmente una ocasión para que el juez estableciera si los cargos eran correctos o no, o para expresarlo de otro modo, si existían los requisitos previos que justificaran la imposición de un castigo.

Pese a la posterior incorporación liberal de arreglos de competición en el proceso penal angloamericano, sería ingenuo adoptar a primera vista lemas ideológicos y considerar todo el proceso penal "adversarial" de la época liberal como vehículo para resolver disputas entre el gobierno y el ciudadano acusado de un delito. Intentar demostrar aquí que esta imagen no recoge los momentos iniciales del proceso penal sería más agotador que instructivo. Es más importante disipar la idea de que las etapas de determinación de culpa del juicio se volvían un mecanismo de resolución de disputas. Es cierto, en la mayoría de los casos parecería superficialmente

¹⁰⁵ Estos juicios sin abogados han sido explorados por J. Langbein en "The criminal trial before the lawyers", 45 *U. Chi. L. Rev.* 263-306 (1978). Ver también Langbein, *supra*, n. 104.

ser así: una declaración de no culpabilidad era precondition para que comenzara el juicio. Pero no hay que pasar por alto que el juez podía negarse a aceptar una declaración de culpabilidad, de modo que podía haber un juicio en ausencia de una controversia genuina entre la acusación y la defensa, incluso aunque rara vez la naturaleza de epifenómeno de la disputa podía salir a la superficie.¹⁰⁶ Por lo menos en algunos territorios de los EE.UU. el juez también estaba autorizado a crear artificialmente la disputa ausente entre el fiscal "regular" y un individuo nombrando un fiscal especial e instruyéndolo para que iniciara el proceso.¹⁰⁷ Tampoco habría de imaginarse que el juez del litigio mantendría el papel pasivo de árbitro cualesquiera fuesen las circunstancias. Todavía no existía el derecho del Estado del bienestar a la asistencia legal gratuita, de modo que cuando un acusado indigente se declaraba inocente, a menudo el juez asumía una postura "activista" y trataba de elucidar los hechos favorables a la defensa por sí mismo.

El proceso posterior a la declaración de convicto estaba enteramente libre de alusiones a las formas de resolución de conflictos, y las apelaciones para revisión de la sentencia eran prácticamente inexistentes, lo cual era también un ejemplo gráfico de la toma de decisiones discrecional y de un nivel.¹⁰⁸ Se podían imponer sentencias sin juicio cuando había una

¹⁰⁶ Mientras el reconocimiento de culpabilidad del acusado se basaba en un acuerdo con el fiscal, la no aceptación de ese reconocimiento por parte del juez no necesariamente abortaba la controversia: entonces el fiscal normalmente presentaría cargos más graves y el acusado se defendería de ellos.

¹⁰⁷ Estas facultades sobreviven; a veces se hallan descritas en un estatuto. Ver *In re Ringwood fact. Find. Comm.*, 324 A.2d 1, 4 (N. J. 1974). Más a menudo, sin embargo, son consideradas parte de las facultades "inherentes" de la judicatura. Ver, p. ej., *Forsythe v. Coate*, 546 p. 2d 1060 (Mont. 1976). Observemos que en Connecticut, los fiscales son designados por los jueces. *State v. Moynahan*, 325 A. 2d 199 (Conn. 1973). La mezcla de facultades resultante es una fuente de perplejidad para los observadores continentales.

¹⁰⁸ Otra faceta de la autoridad paritaria era la flexibilidad discrecional con la que el juez podía posponer la ejecución de la sanción penal (un poder negado a los jueces continentales de la época), lo que pavimentaba el camino para los modernos mecanismos de rehabilitación, como la libertad condicional.

declaración de culpabilidad, de modo que la disposición del caso se apoyaba directamente en los resultados de las investigaciones llevadas a cabo por diversos funcionarios legos —alguaciles, jueces de paz, etcétera—. En suma, por tanto, aunque ricamente adornada con elementos de competición, la justicia penal angloamericana estaba —incluso en los mejores días del *laissez faire*— en equilibrio en el modo de implementación de políticas, y con ello entra en el recuadro de clasificación que estamos considerando.

Justicia activista contemporánea en los Estados Unidos de Norteamérica

La tendencia mundial hacia un papel mayor del Estado —tan dramáticamente evidente en Gran Bretaña— también puede observarse en los EE.UU. Desde el New Deal, y en una atmósfera de ingeniería social gestora, se han instituido numerosos programas de gobierno, y han comenzado a proliferar las reglamentaciones administrativas, expandiéndose grandemente la agenda del gobierno. Durante cierto tiempo la moda ha sido discutir la emergencia de un Estado "activista" intervencionista. Sin embargo no hace falta decir que el gobierno de los EE.UU. no ha adoptado un programa general de transformación social, ni se ha hecho cargo del control de la economía, desplazando al mercado como organizador de la producción y los intercambios. Grandes esferas de la vida social permanecen al margen del control gubernamental, para ser guiadas por las fuerzas del mercado. Interpretando un curioso contrapunto con la ideología del activismo, la vieja creencia política de que el Estado es una fuerza perversa que hay que contener, ha sobrevivido a la creciente demanda de intervención del Estado y dependencia en sus programas.

Por lo tanto, desde el punto de vista privilegiado que nos confiere nuestro interés comparativista, estas percepciones internas del activismo requieren corrección; en comparación con un Estado auténticamente gestor —lo he llamado activista— el activismo de los EE.UU. es bastante limitado y progresa de

modo desigual: la política es una mezcla inestable de impulsos activistas y reactivos en que siguen predominando estos últimos. De hecho muchos aspectos de la intervención estatal están impulsados por el deseo de mantener una sociedad guiada por la mano invisible del mecanismo de mercado antes que por la mano visible de los planes de gobierno conscientes. No obstante no importa dónde se ubique la forma presente de la política norteamericana en el continuo activista-reactivo, y pese a intentos más recientes para contener la propagación del intervencionismo estatal, sigue siendo cierto que existen importantes políticas regulatorias y asimismo programas gubernamentales. Ejercen presión en el sistema judicial heredado e inducen transformaciones que analizaré brevemente.¹⁰⁹

Mi preocupación está en el activismo *paritario*. Pero, ¿se caracteriza todo el Estado norteamericano por la presencia de legos, la descentralización, la hostilidad hacia el legalismo y otros rasgos similares que he asociado con el tipo de autoridad paritario? En perspectiva interna, el Estado norteamericano activista es inseparable de la centralización burocrática. Para un observador externo, sin embargo, es una de las facetas más notables del tipo norteamericano de activismo de Estado que su aparato siga penetrado por características atribuibles a la autoridad paritaria. Estos rasgos supervivientes —especialmente en la maquinaria de justicia— están más pronunciados que en cualquier otro Estado industrial moderno. Pese a que toqué este tema en el primer capítulo, esta sólida contienda requiere más substanciación, y ha de volverse sobre el tema.

Los observadores foráneos no negarán la burocratización del gobierno norteamericano de mediados de siglo, pero probablemente lo evaluarán como comparativamente modesto y esporádico. Cuando en otros países se reservan las decisiones a los funcionarios de carrera, en los EE.UU. a menudo lo son por asignación política. Más fácilmente que en cualquier otro lugar, las posiciones oficiales entran de modo ad hoc y lateralmente,

¹⁰⁹ También han ocurrido importantes cambios en las ideas de lo que constituye la forma paradigmática de derecho. Ver J. Mashaw, "Law in the activist state", 92 *Yale L. J.* 1129-73 (1983).

con carreras que alternan entre el sector privado más lucrativo y el empleo público menos remunerativo. Esto se observó en el caso de los fiscales, pero en muchos Estados también es cierto respecto a la policía y el aparato judicial. Asimismo es notable comparativamente la ausencia de exclusividad burocrática: fácilmente se comparten las funciones o incluso se delegan completamente a personas externas, hasta legos o especialistas que no son funcionarios de gobierno. Desde luego, se sigue llamando a los jurados para que participen en la sentencia, aunque los temas que tienen que decidir, a menudo requieren, ahora, conocimientos al día en normativas complicadas. La aplicación de algunos programas importantes se confía a grupos o individuos privados, incluso si esa delegación lleva a una implementación aleatoria o a la redundancia con la aplicación oficial. Los fiscales privados son actores bastante preburocráticos, a la luz de las tendencias burocráticas hacia una acción sistemática y la separación de las esferas privadas de las oficiales. En un estilo "paritario" típico, a menudo se mezclan las funciones oficiales, las distinciones son borrosas y se superponen las áreas de competencia. Por lo tanto el Congreso, cuando tiene una dificultad para redactar el presupuesto, puede dedicarse a la pequeña gestión de algunos temas que parecen corresponder al núcleo de las prerrogativas del ejecutivo. Pero en ninguna otra parte esto se ilustra mejor que en el ejemplo de esos jueces federales que en casos de *injunction* estructurales van mucho más allá de las órdenes específicas o prohibiciones para dirigir personalmente y gestionar la transformación de prisiones, colegios u otras instituciones. En tanto que ni siquiera Montesquieu, cuando teorizaba en sus viñedos gascones, consideraba una separación funcional absoluta, estos *freins et contrepoids*, tal sobreposición de las funciones administrativa, legislativa y judicial lo llevarían a la desesperación.¹¹⁰

¹¹⁰ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, cap. 6. Un decidor ejemplo de la mezcla de administración, regulación y adjudicación en la actividad judicial en los estratos federales inferiores es la reforma del sistema carcelario de Arkansas. Ver O. Fiss y D. Rendleman, *Injunctions*, seg. ed., 528-752 (1984). El famoso caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) ilustra la actividad "incidental" pero abiertamente legislativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Más sorprendente para un ojo foráneo es la continua fragmentación y descentralización de la autoridad. Por tanto cuando un estatuto regulatorio o de bienestar social puede crear una oficina central, como la Environmental Protection Agency, esta oficina no necesita tener ramas en todo el país con un vigor uniforme de aplicación de la política activista. En cambio se puede delegar su mandato a los Estados y desde allí incluso a las localidades. Un Estado puede aprobar un estatuto penal, pero como hay pocas instituciones procesales de todo el Estado, la aplicación de dicho estatuto sigue confiándose a los fiscales locales. O una actividad de bienestar social puede tener fondos federales, como los servicios legales a los pobres, pero se deja a los que reciben localmente esos fondos que recurran a sus propios recursos para llevar a cabo las tareas.

No todas las agencias administrativas son parte de un ejecutivo unificado, como los ministerios de bienestar en otros países, de modo que los funcionarios a cargo de la aplicación de la ley en esas agencias independientes no pueden ser destituidos por el ejecutivo jefe. En muchos lugares en que un extranjero esperaría encontrar unidad en la cima, encuentra en cambio asociaciones débiles de centros de poder en conflicto.¹¹¹ Incluso con una única "jerarquía" —por ejemplo un sistema de tribunales del Estado— se buscan en vano las relaciones rígidas de supra y subordinación. La tendencia de los jueces de nivel bajo a iniciar acciones independientes, no está contrarrestada por ningún énfasis significativo en mecanismos tales como la promoción interna; mientras más se baje en algunas jerarquías de tribunales estatales, los jueces dependerán más de sus elec-

¹¹¹ Esto es cierto aun en el caso de las fuerzas armadas, con su disgregado Comité Conjunto del Estado Mayor. Más cercano a nuestros intereses, es común que los miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos se nieguen a aceptar como disposición opiniones con las que no están de acuerdo. Por ejemplo, en *Rook v. North Carolina*, 102 S. Ct. 1741 (1982), los jueces Brennan y Marshall rechazaron la opinión de la mayoría acerca de la pena de muerte como se había expresado previamente en *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

tores que de sus superiores.¹¹² Cuando los jueces están organizados en paneles, siguen ejerciendo poder en un estilo personal vigoroso que recuerda a Max Weber y los modos preburocráticos de dominio. Entonces, por ejemplo, los miembros individuales de cortes de apelaciones federales muestran su rechazo a aplicar normas adoptadas por todo el tribunal (decisiones *en banc*) si esas normas llevan a lo que consideran resultados injustos. ¿Estaría más restringida su independencia si fuesen miembros de un tribunal que no tuviese audiencias divididas y nunca decidiera *en banc*? Muy naturalmente, esas afirmaciones de independencia pueden afectar negativamente la claridad y uniformidad de la jurisprudencia que emana de las cortes federales.¹¹³ No existen mecanismos indirectos para facilitar una apariencia unitaria, tales como la formación común en algún centro análogo a las escuelas nacionales administrativas de Francia. Está claro que estas rígidas actitudes legalistas a duras penas encajan en el ambiente institucional: las desviaciones a discreción de las normas se aceptan fácilmente y a menudo se celebran; se prefieren las pruebas de equili-

¹¹² Ver H. R. Glick y K. N. Vines, *State court system* (1973); P. S. Atiyah, *supra*, cap. 1, n. 63. También resulta impactante, comparativamente, el hecho de que los jueces de primera instancia norteamericanos ejercen facultades tan importantes que un sistema más jerarquizado sólo los confiaría al escalafón más alto de la autoridad judicial, o a un prestigioso cuerpo no judicial. El ejemplo más decidor aquí es la facultad de echar por tierra actos legislativos si los considera inconstitucionales. En Europa tal poder está radicado en el elevado Tribunal Constitucional, una suerte de superlegislatura, o bien se delega en consejos constitucionales especiales. Ver *supra* c. 2, N. 39.

¹¹³ Un destacado ejemplo de los años 60 fueron las variaciones irreconciliables acerca de la regla de Mallory sobre la admisibilidad de la confesión, una norma adoptada en pleno (*en banc*) por la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia. Ver A. L. Alexander, "*En banc bearings in the federal Courts of Appeals*", 40 *N.Y.U.L. Rev* 563, 582-85 (1965). Los sistemas continentales de cortes están gobernados por mecanismos más regulares y mucho más rigurosos para reparar el conflicto intramuros. Por supuesto, también puede brotar incertidumbre de las decisiones de la Corte Suprema, donde, debido a numerosas opiniones concurrentes y disidentes, a veces se hace virtualmente imposible alcanzar una visión "institucional".

brio de diversos factores, que dan mucho margen a los adjudicadores, a las reglas que determinan los resultados.¹¹⁴

En suma, las características que he asociado con la autoridad paritaria han sobrevivido a los cambios inaugurados tras el New Deal. Por lo tanto muchas de las *funciones* del Estado americano contemporáneo son una mezcla de impulsos activistas y reactivos, de modo que la estructura *actual* del aparato del Estado —especialmente la administración de justicia— es un híbrido de formas burocráticas y preburocráticas. Las políticas activistas a menudo son implementadas por un aparato cuyas principales características son sus durables atributos paritarios. Esta situación explica parcialmente por qué los temas “públicos” en los EE.UU. no se asocian directamente con el “Estado” como ocurre en tantos otros Estados de bienestar. El centro de la vida política de los EE.UU. no está ligado tan de cerca al “gobierno” y sigue situado en la “sociedad” en general. ¿Qué formas de justicia aparecen en este medio? Puede esperarse que sean amorfas e inestables.

UN MODELO DE PROCESO PENAL DESDE EL ESTADO DE LAISSEZ FAIRE AL ESTADO DE BIENESTAR. Aunque aparece una creciente preocupación acerca del interés público del proceso penal, incluso una mirada superficial a esta inquietud “activista” revela que en realidad es una mezcla de impulsos activistas y reactivos. Tal como el Estado del bienestar norteamericano ha intervenido en la economía para corregir los fallos de los mercados competitivos antes que reemplazarlos, su intervención en el proceso penal se encaminó a enderezar la competición de las partes antes que a eliminarlas. La igualdad meramente formal de proceso y defensa, o la somera simetría de los derechos procesales, dejaron de ser la preocupación

¹¹⁴ Como los tribunales superiores de Estados Unidos poseen vastos poderes discrecionales para controlar sus propios registros de las causas, pueden favorecer sus instintos políticos y seleccionar como orden del día aquellas materias que revistan de relevancia política. De este modo se incrementa inevitablemente el potencial judicial para tomar decisiones políticamente “creativas” en vez de estrictamente “legales”.

central de la mentalidad jurídica. Más bien se vio que la “igualdad substantiva” requería que el Estado hiciera que la oportunidad de las partes fuese equitativa para usar sus armas procesales. Al acusado indigente se le garantizó ayuda legal gratuita, y evolucionó la visión de que las sentencias debían cambiarse si la defensa asignada era ineficaz. Como otro paso que se apartaba de las posiciones de *laissez faire* fuertes, la ayuda legal gratuita ya no quedó a merced de los instintos caritativos de la justicia privada; se crearon oficinas de defensa pública en todo el país. En consecuencia, en este momento pueden enfrentarse dos oficinas con financiación pública: una que debe defender el interés público, y la otra especializada en salvaguardar el interés privado de un cliente individual. No obstante la autonomía de las partes no ha dejado de inspirar respeto: el acusado indigente conserva el derecho a rechazar la ayuda legal y actuar como su propio abogado.¹¹⁵ Tampoco se podría imaginar que el movimiento, más allá de un equilibrio formal de ventajas, ha progresado de modo parejo en relación a todos los aspectos cruciales del proceso penal. Se siguen estimulando las negociaciones sobre la defensa Plea Bargaining y están legitimadas por los tribunales, incluso en situaciones en que se ha hecho poco para equalizar el “poder de negociación” de la acusación y la defensa.

No quiero sugerir que no existe un potencial para que haya cambios que *limiten* —más bien que *apoyen*— la libre gestión de los casos penales por las partes. En los años 60 y 70 hubo muchas indicaciones de que se pondría en marcha este potencial de restricción, siempre que las disposiciones activistas siguieran ganando fuerza. De interés particular en este contexto es la significativa, aunque desapareja, declinación en importancia de las divisiones rígidas de los temas en un grupo para la acusación y el otro para la defensa. Se ha visto que la justicia reactiva requiere que a cada parte se le dé monopolio sobre la introducción de un asunto que forme parte de sus temas respectivos. Los jueces no deben interferir

¹¹⁵ Ver *Faretta v. California*, 422 U. S. 806 (1975).

con las "elecciones tácticas" de las partes, aunque inevitablemente estas elecciones afectan la exactitud de los resultados. Desde luego los poderes de discrecionalidad del juez norteamericano siempre permitieron la interferencia con el monopolio de las partes, pero los jueces reactivos raras veces encontrarán que ejercer estas prerrogativas sea de "interés público". En la medida que los activistas ganan fuerza, ya no se garantiza esta pasividad; en un caso penal los temas aparecen cada vez más como precondiciones para la adecuada aplicación de una política penal, precondiciones que deben determinarse en interés de la justicia. Como resultado, la división efectiva de los temas en dos casos secuenciales se ha debilitado mucho y ahora tiende a ser meramente probatoria. Por lo tanto aunque un tema sea "para la defensa" todavía puede ser planteado por el tribunal —algunas veces incluso por la acusación— pero la defensa sigue teniendo el peso de producir algunas pruebas al respecto y en algunos casos también debe aceptar el riesgo de fracaso para persuadir al investigador de la existencia de una materia defendible.¹¹⁶

Los años 60 ofrecieron muchos ejemplos de medios alternativos por los cuales puede limitarse la dirección independiente de la defensa. Sensibilizados por temas mayores, los jueces activistas estuvieron dispuestos a escrutar y a veces no permitir la renuncia a derechos, tan crucial en el proceso penal del Estado reactivo.¹¹⁷ También están más

¹¹⁶ Ver *supra*, cap. 4, n. 23 y 24 y texto correspondiente. Es cierto que la "carga de producción" del acusado a veces puede sostenerse si hay alguna prueba exculpatória en la evidencia ofrecida por "cualquiera" de las partes. Los comparativistas deben notar otro efecto probatorio residual de la división de temas: un tema de la defensa puede tocarse en el juicio sólo después de la entera consideración de la acusación. Más recientemente, *Faretta* (ver n. 115) y su progenie han desalentado la disposición de los jueces por introducir defensas afirmativas. Ver S. Kadish, S. Schulhofer y M. Paulsen, *Criminal law and its processes*, cuarta ed., 839-40 (1983).

¹¹⁷ Ver *supra*, cap. 4, n. 6 y texto correspondiente. Este escrutinio aumentó en la década de 1960, pero parece haber una tendencia más reciente hacia "menos" escrutinio. Comparar *McCarthy v. United States*, 394 U.S. 459 (1969) con *Marshall v. Lonberger*, 459 U.S. 422 (1983) y *Comm. v. Anthony*, 475 A.2d 1303 (Pa. 1984).

dispuestos a invocar su poder de aceptar declaraciones de culpabilidad.¹¹⁸ Desde luego, los impulsos activistas también pueden llevar a oponerse a prerrogativas procesales; que el Estado retire cargos puede cuestionarse, y si un juez se interesa mucho en un tema, se pueden ordenar procesos.¹¹⁹ Apenas debería sorprender que los límites de la interferencia judicial con la gestión del proceso y la defensa, estén velados por incertidumbres. La autoridad aún fuertemente paritaria tolera las mezclas vagas y las sobreposiciones de poder.

Cuando prevalecen las actitudes activistas, el juez del proceso pierde la soberanía en su decisión de ser un mero árbitro del conflicto incidental de las partes. Ahora las cortes de apelación están cada vez más dispuestas a encontrar el llamado "error evidente" en los procesos ante el juzgado, esto es, errores que requieran intervención judicial en ausencia de cualquier objeción planteada por los litigantes.¹²⁰ Observen también la proliferación desde los años 30 de los estatutos y reglamentos procesales que dan poder explícito al juez del proceso para llamar testigos *sua sponte*. Cuando se concede, raras veces este poder se ejerce en la práctica y, si se ejerce, típicamente se usa para obtener opiniones y no testigos de los hechos. Pero cuando el juez percibe un fuerte interés público en el caso, puede adoptar un papel vigoroso de sondeo. Lo que le impide proyectarse aún más en el proceso en curso es, en gran medida, atribuible a rasgos que he relacionado con la autoridad paritaria. No tiene un expe-

¹¹⁸ Para la negación del derecho de declararse culpable, ver *Lynch v. Overholser*, 369 U.S. 705 (1962); *People v. Chadd*, 28 Cal. 3D 739 (1981). Lo que no significa que la interferencia judicial con la autonomía para alegar no sea todavía un acontecimiento extraordinario, especialmente en cuanto a las declaraciones para allanarse o declararse culpable (*nolo contendere pleas*).

¹¹⁹ Ver A. Goldstein, *The passive judiciary*, 54 (1981). La facultad de ordenar la iniciación de una causa penal o de designar un fiscal es ajena ("demasiado inquisitorial") a los modernos sistemas de justicia penal continentales. Notemos la paradoja.

¹²⁰ La disposición de los tribunales de alzada de invocar la regla del error manifiesto no debería exagerarse, sin embargo, especialmente en la más reciente derecho emanado de los casos. Ver *U.S. v. Frady*, 456 U.S. 152 (1982); *Engle v. Isaac* 456 U.S. 107 (1982).

diente del caso y en su ignorancia, se siente impulsado a permitir que las partes mantengan la iniciativa del proceso en la sala.¹²¹

Las demandas por una política penal más uniforme y más profesionalismo crean una tensión en las estructuras paritarias existentes. Hasta mediados de los años setenta, en los EE.UU. no existía un derecho autónomo a apelación de la sentencia, de modo que se hicieron intentos para reducir la disparidad en sentencias por instrumentos típicamente paritarios e ineficaces, como las pautas para dictar sentencia y las conferencias donde los jueces trataban de establecer políticas comunes que pudieran aplicarse sobre una base voluntaria. Donde en otros sistemas de preferencia se impondrían ciertas políticas mediante métodos jerárquicos internos, en los EE.UU. a menudo están presionados de un modo casi siempre paritario por el rechazo de un centro de poder a reconocer el trabajo de otro. La exclusión judicial de las pruebas obtenidas de forma ilegal por la policía es un ejemplo revelador; las fuerzas de policía local eluden las normas internas impuestas jerárquicamente.

El cuadro que aparece al final, es de un sincretismo dinámico. Surgen combinaciones intrincadas e inestables que mezclan formas nuevas inspiradas por las cambiantes preocupaciones activistas con formas más tradicionales inspiradas por ideas de resolución de conflictos. Estas formas combinadas interactúan con el perdurable, aunque decadente, modelo tradicional de una autoridad distribuida ampliamente, creando

¹²¹ La situación cambia en la etapa de dictar sentencia, cuando el juez tiene a su disposición el informe presentencia y vastos poderes para ordenar que se le presente información adicional. Aquí, por ejemplo en ciertos casos de delitos administrativos o económicos, los jueces pueden mostrarse tan "activistas" como para lanzarse en procesos corporativos de decisión con el fin de remediar "disfunciones" relacionadas con un comportamiento criminal corporativo. Un reforzamiento de la ideología activista tiende asimismo a intensificar la tensión entre el proceso penal como una batalla de la defensa y el interés superior en el desvelamiento de la verdad. Ha ocasionado propuestas extremas, como que la defensa sea obligada a informar al juez de algunos hechos de los que se ha enterado a través de sus clientes. Ver M. Frankel, "The search for the truth: An umpireal view", 123 U. Pa. L. Rev. 1 (1979).

pastiches únicos que desafían las categorías analíticas, pero se mantienen dentro del modo de activismo paritario.

LITIGIOS DE INTERÉS PÚBLICO. Los ejemplos de la implementación de política paritaria que causan más perplejidad se encuentran en la práctica más reciente en los EE.UU. de utilizar los procesos civiles "en interés público". Estos casos adoptan muchas formas, pero la variante de más interés aquí es el juicio de un acusador que actúa por parte de un gran grupo de interés contra los funcionarios de un colegio, hospital, prisión, o institución de gobierno independiente. La justicia que se busca excede los meros daños por acciones pasadas o los límites de los *injunctions* convencionales contra atropellos del derecho que son inmediatamente próximos. El objetivo principal del demandante es cambiar la conducta futura del acusado o producir "reformas estructurales" de una institución. Este litigio probablemente implicará al tribunal en una actividad administrativa (de supervisión) e incluso en el ejercicio de una "minilegislación". La actividad del tribunal se corona con la emisión de un documento que manifiesta las nuevas reglas de conducta que han de observar los funcionarios de la institución que debe ser reformada. En suma, el tribunal se implica en una combinación de acciones administrativas, legislativas y adjudicativas, y la parte adjudicativa de la mezcla puede ser bastante modesta.¹²²

¹²² Para discusiones acerca de la litigación de interés público, ver A. Chayes, "The role of the judge in public interest litigation", 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976); O. Fiss, "The Supreme Court 1978 Term; Foreword: The forms of justice", 93 Harv. L. Rev. 1 (1979). Puede observarse sin dificultad el incremento del control judicial sobre los pleitos civiles fuera del reino de las "órdenes judiciales estructurales". La preocupación activista por temas como regulación de seguridad, antimonopolios, derechos del consumidor y materias similares ha hecho brotar una litigación extremadamente compleja que involucra a un gran número de litigantes. Si cada demanda y cada acusado llevara su caso en forma independiente, se produciría una duplicación de los esfuerzos, amén de una gran confusión. No puede maravillarnos, entonces, que haya adquirido fuerza, sobre todo en los tribunales federales, la tendencia a involucrar al juez en la conducción de tales casos con partes múltiples. Ver *Manual for complex litigation*, quinta ed. (1982).

Es cierto que incluso en aquellos casos no se descartan las formas tradicionales de resolución de conflictos. Se requiere una queja o controversia para poner en marcha las ruedas de la justicia, y se observa meticulosamente la secuencia de pasos adversariales (como el intercambio de cartas, interrogatorios directos y careos, etc.). Pero los arreglos tradicionales del proceso civil se convierten en una cobertura cada vez más transparente para lo que es esencialmente un proceso de implementación de políticas. Ahora el litigio, que ya no se usa como vehículo para la resolución de conflictos, es estimulado activamente, y se crean incentivos financieros para que los grupos de interés presenten demandas y pidan un proceso judicial. Si "gana" el litigante que defiende el interés público, recibe los costos de su fiscal del oponente vencido, pero si "pierde", no necesita compensar al ganador por las costas legales. Podrían iniciarse investigaciones factuales de amplia gama, consideradas inaceptables ("expediciones de pesca") en el modelo antiguo, para establecer si existe la necesidad de reforma, incluso si conduce a nuevas disputas o exacerba las antiguas.¹²³ El control de las partes de los límites del juicio se erosiona por la inyección del interés público en el caso; requisitos ambiguos permiten al juez integrar partes adicionales al juicio —partes que están mejor preparadas o situadas para mover el proceso en la dirección que prefiere el tribunal. Los juicios son menos la pieza central climática de un litigio que la ocasión de sacar a la luz temas de política pública: estos temas pueden ser "juzgados" incluso si no aparecen en la demanda¹²⁴ y tienen un seguimiento en el curso del proceso de reparación en marcha, por apelación o por procesos colaterales. El poder

¹²³ Sobre las reformas legales de las leyes del derecho *discovery* en la década de 1930, que permitieron tales investigaciones más amplias, ver *supra*, cap. 4, n. 57, 67 y 68.

¹²⁴ *F. R. Civ. P.* 15(b). Nótese que las enmiendas a las presentaciones de las partes ahora pueden realizarse incluso "después" del juicio. Aun cuando no hayan sido enmendadas, sino en realidad "intentadas" por un consentimiento implícito, algunos aspectos puede resolverlos el juez.

judicial que da libremente la mejor respuesta política a un problema, no está limitado rígidamente por la forma y alcance de la solicitud de alivio y no se puede reconciliar fácilmente con la idea del litigio como instrumento de resolución de conflictos.¹²⁵ En suma, el litigio por interés público se parece cada vez más al lobo marsupial que tiene apariencia de lobo, pero que es en realidad una clase de zarigüeya.

Pese a estas características de implementación de políticas, tan pronunciadas, el litigio en interés público conserva matices de la justicia "reactiva". Los demandantes —a menudo grupos privados— persiguen intereses parciales, que se mezclan con sus propios intereses, antes que los objetivos comunes del Estado. En contraste con la visión de los Estados auténticamente gestores, la visión de sociedad subyacente en los litigios en interés público es uno de los presupuestos de conflicto —el hombre y la mujer, el blanco y el negro, el consumidor y el productor, el rico y el pobre—, visión que ampara una afirmación agresiva de derechos antes que, la definición de tareas, deberes u obligaciones. A menudo tampoco hay ningún interés estatal discernible; la naturaleza del bien público es un tema de controversia intensa. Frecuentemente los jueces no tienen visiones políticas fuertes que los definan y más a menudo son árbitros que actores ideológicos. Sus decretos incorporan consensos y acuerdos¹²⁶ más que los resultados de una teoría social amplia con cuya implementación están comprometidos.

La reciente prominencia en los EE.UU. de los juicios en interés público no sólo refleja impulsos activistas moderados; también está íntimamente ligada a una estructura de gobierno en que la autoridad está muy distribuida. Cuando hay tantos frenos y contrapesos, llevar a cabo ideas activistas es una empresa difícil: las controversias vehementes

¹²⁵ Ver *F.R. Civ. P.*, 54 (c); *Bail v. Cunningham Brothers, Inc.*, 452 F.2d 182 (7th Cir. 1971).

¹²⁶ Los decretos judiciales en los litigios de interés público son a menudo negociados y acordados mediante documentos. Ver A. Chayes, *supra*, n. 123, 1309. Para ejemplos, ver O. Fiss y D. Rendleman, *supra*, n. 111, 774-78.

sobre alternativas de políticas producen más esperas animadas que movimientos discernibles. Lo que queda para un grupo activista, frustrado por las tablas en otras ramas del gobierno, es encontrar un juez "paritario" que, de acuerdo con su idea de cambios deseables, esté dispuesto a introducir el interés público en el litigio que tiene entre manos. Por lo tanto un programa que en Estados activistas estructurados de otro modo, puede ser formulado en la legislatura e implementado por acciones ejecutivas vigorosas, tiene su última oportunidad en los tribunales estadounidenses: un juez independiente y poderoso, con el legado de sus poderes mal definidos todavía fuertemente presentes, podría ser al mismo tiempo una minilegislatura, un administrador y el actor del papel judicial más específico.

No se puede negar que cuando está implicado un sistema judicial imperfectamente jerárquico en hacer e implementar una política, se introducen, en el sistema legal, grandes incertidumbres e inestabilidad, con mucha independencia de las ambigüedades que resultan de la ausencia de una teoría única y amplia del bien social. Diferentes jueces pueden emprender su propio viaje de descubrimiento de las mejores soluciones. El proceso de apelación, injertado en un proceso tradicionalmente de un nivel, no está diseñado para ser un mecanismo que se emplea con regularidad; los tribunales superiores pueden ser muy selectivos para decidir cuándo y en qué casos se puede anunciar una política pública y contribuir con ello a una unidad mayor. Pero incluso el ápice del sistema judicial raras veces emite una opinión institucional única; cuando cada juez conserva su visión independiente —muy en armonía con el ideal paritario— las voces legales que emanan del cuerpo judicial más augusto pocas veces son unánimes. Bien pudiera ser que una sociedad condicionada a una autoridad constituida jerárquicamente encuentre intolerables los niveles resultantes de disonancia, incertidumbre e inestabilidad. Pero los ciudadanos estadounidenses consiguen vivir con ello. Las ideas sobre el nivel deseable de orden y unidad no deben proyectarse desde un medio que produce estilos de jardine-

ría formalmente geométricos en un medio cuyo arte topológico consiste en agrupaciones poco ordenadas de plantas, piedras y agua entregadas a sus propios recursos.

EPILOGO

He concluido con estas puntualizaciones el trazado de la fortuna de la justicia activista y reactiva en las organizaciones jurídicas jerárquicas y paritarias. Al mismo tiempo, la tarea planteada en este volumen ya está completa: se ha creado el marco dentro del cual se puede examinar el proceso judicial arraigado en actitudes hacia la autoridad estatal e influenciado por el papel cambiante del gobierno. Muchas conexiones entre justicia y política incorporadas en este marco fueron sugeridas antes por teóricos sociales y políticos, pero yo he intentado dar más coherencia a sus visiones y trazar las conexiones que descubrieran aspectos más detallados del proceso judicial.

Al separar las formas procesales relacionadas con la organización de la autoridad, de aquellas relacionadas con el funcionamiento del Estado, he sugerido un enfoque más discriminatorio que la teoría convencional. El plan, por lo tanto, prometía una orientación algo mejor en medio de tantos rostros y actitudes de la justicia: puede agudizarse el sentido de las semejanzas y las diferencias, y pueden detectarse nuevas relaciones donde antes no se percibía ninguna. Además, muchas instituciones procesales que parecían extrañas a un foráneo, se hacen más comprensibles si puede

demostrarse su afinidad con ciertos tipos de autoridad estatal. Pueden seguirse hasta sus fuentes los malentendidos que surgen entre los que están condicionados con organizaciones políticas diferentes. En suma, podría mejorarse en cierto modo la capacidad de moverse entre las culturas procesales en este mundo agitado. Las disposiciones opuestas de los Estados y los modelos divergentes de sus organizaciones, que se han presentado aquí, también mejoran el entendimiento de nuestra propia administración de justicia. Incluso dentro de un mismo país, las actitudes hacia la autoridad del Estado son profundamente ambivalentes. Parafraseando a un poeta, a menudo, en nuestro propio medio, dos caminos de la justicia son divergentes: queremos avanzar por ambos, siendo un solo viajero. En tanto que nos gusta lamentar la burocratización de la justicia, también guardamos valores queridos e inseparables de ella; queremos que nuestros jueces sean imparciales, y también queremos que muestren una implicación "activista".

Pero este enfoque tiene limitaciones internas, limitaciones que deben identificarse claramente en estas últimas páginas. En todo este volumen he analizado el proceso judicial informado por factores de la dimensión política de la vida social. Lo he hecho en la creencia, reconocida al comienzo, de que los factores políticos tienen un papel central en los grandes esbozos del sistema procesal. Sin embargo, estos factores no son los únicos determinantes de la forma procesal. Incluso un legislador que tuviese carta blanca para adaptar las formas de justicia a sus propias convicciones políticas, no tardaría en descubrir las limitaciones de la ideología política como fuente de inspiración. A menudo sería incapaz de establecer qué procedimiento es preferible a la luz de sus creencias políticas, y por lo tanto estaría compelido a hacer elecciones sacadas del inventario existente de la experiencia moral y cultural, del tejido de las creencias heredadas, y consideraciones similares. La historia de los experimentos soviéticos y chinos en la administración de justicia testimonia esta dificultad al traducir el verso de la ideología en la prosa de la forma procesal. Claramente, entonces, incluso bajo

condiciones propicias, las imposiciones de la esfera política sólo corresponden a un número limitado de fenómenos procesales. Este esquema debe usarse teniendo en mente estas clarificaciones.

Los procesos de implementación de políticas y de resolución de conflictos fueron construidos en torno a dos objetivos distintivos de la justicia, con el supuesto, como premisa, de que el proceso judicial está estructurado para adecuarse a ellos. Pero es obvio que las autoridades jerárquicas y paritarias no tienen una preocupación equivalente en distinguir estos dos aspectos del proceso judicial o en insistir en una clara línea divisoria entre la adjudicación (aplicación de una norma) y la legislación (creación de una norma). En tanto que la burocracia jerárquica se especializa y diferencia sus funciones, la autoridad paritaria tiende a fundirlas. Tampoco los dos tipos de autoridad están igualmente preparados para adaptar la forma procesal a su objetivo reconocido: en tanto que las burocracias son sensibles a este problema y están preparadas para remediarlo, la autoridad paritaria no gusta de las modificaciones racionalistas de los procesos existentes, prefiriendo un enfoque prudencial y acumulativo de modificación gradual. La forma en que esta asimetría afecta mi planteamiento es clara: los modelos de resolución de conflictos y de implementación de políticas, al estar organizados en torno a objetivos discretamente definidos, están "sesgados" a favor de un tipo más racionalista de autoridad; inevitablemente el proceso ante los funcionarios paritarios presenta mezclas más complejas de formas activistas y reactivas, mezclas que requieren una cualificación de los términos en que los he encasillado a fin de analizarlos.

Y esto me lleva a la última advertencia. Este libro intentaba discernir y definir los estilos distintivos en la masa embrollada en que se administra la justicia en el mundo. El motivo de este esfuerzo fue la creencia de que, sin una tipología adecuada, nunca podrán comenzar los estudios comparativos de una forma procesal. Pero como apliqué mi esquema a sistemas existentes, surgió que la mayoría de ellos eran pastiches de los estilos puros que he identificado.

Si el mundo real está lleno de mezclas, puede haberse preguntado el lector, ¿qué sentido tiene desarrollar estilos puros? Para volver a usar una analogía anterior, la mayoría de las veces ¿no nos hemos fijado en el café y la leche, olvidando que la norma debería de ser el capuccino?

La respuesta a la búsqueda, a la cual ya he aludido, es parecida a la que daría un estudiante de elementos químicos a la señalización crítica de la ubicuidad de los componentes: se espera que se pueda realizar algún tipo de química analítica sobre los procesos existentes y que, durante su curso, puedan sacarse a luz y observarse algunos de sus misterios. Desde luego, no se debería esperar, de este tipo de análisis, más de lo que pueden dar: que un edificio pueda clasificarse como ejemplo de un estilo en particular, o como una mezcla de estilos, nos dice muy poco acerca de la singularidad del edificio. Pero hay que comprender que las exploraciones de la individualidad sólo son posibles tras haber obtenido instrumentos conceptuales con los que ver y discutir la individualidad en términos de nociones genéricas. Si mi esquema contribuye al almacén de conceptos en que puede identificarse y analizarse la variación de las formas procesales, y sugiere líneas nuevas y fructíferas de investigación, podremos vivir con las imperfecciones propias de este esquema.

INDICE TEMATICO

- Abogacía: y proceso jerárquico, 96;
regulación del, en el estado activista, 303
- Abogado: en el mecanismo jerárquico de justicia, 48, 111-3;
apoyo obligatorio, 300;
asistente de su cliente, 245;
bajo *ancien régime*, 302-3, 304;
como funcionario de la corte, 246;
director de litigios, 244, 246, 248;
en el mecanismo paritario de justicia, 77-8, 81, 96-8;
en el procedimiento de estado activista, 246, 298-306;
en el procedimiento de estado reactivo, 243-50;
en el proceso penal continental reformado, 328;
en la China de Mao, 340;
exclusión del proceso penal, 303;
lealtad al cliente, 301, 302;
papel del, en juicios ingleses, 246, 378;
papel en el descubrimiento de hechos, 245;
y control de la parte, 244;
y las reformas Frederickianas, 346
- Abogado defensor. *Ver* Abogado
- Abogado del diablo: en procedimientos de canonización, 281, 316
- Abogados. *Ver* Abogado
- Absolutio ab instancia*, 292
- Acciones del relator, 112
- Acciones *Qui tam*, 74
- Actio popularis*. *Ver* acusador "popular"
- Acusado: derecho a representarse a sí mismo, 164, 182;
apoyo obligatorio por parte del abogado, 245, 300;
"derecho a mentir", 224, 286, 289;
derecho a negarse a ser interrogado, 220;
derecho al silencio, 221, 286;
incapacidad testimonial, 395;
indigente, 403;
obligación a testificar, 285;
posición para negociar concesiones de la sentencia, 331;
Ver también Parte, como maestro de litigio
- Acusador "popular": en la administración de justicia inglesa, 268n, 381
- Acusadores sociales, en el proceso penal soviético, 336-7
- Adjudicación, 131, 134;
ideas diversas sobre la, 151-8;
unión con la administración, 153;
y legislación, 415

Administración, 134, 153
Aequitas, 59
 Alemania Occidental, 330
Amici curiae, 112, 264
 Anarco-sindicalismo, 130
Ancien régime: organización judicial
 bajo el, 59-63;
 exclusión del abogado bajo el,
 303;
 juez investigador en el proceso
 penal, 173-4, 266, 292, 320;
 proceso civil bajo el, 355-8
 Apelación, derecho a la: como parte
 del proceso debido, 89-90, 107-8
 Aquino, Santo Tomás de, 321
Arbitrazh, 351
 Archivo del caso, 62, 107-8, 405;
 en el proceso jerárquico, 90-2,
 352-3;
 en sistemas continentales, 94-5,
 316, 320, 363;
 importancia en el juicio, 94-5, 330;
 y proceso paritario, 369
 Arresto. *Ver* Procedimientos previos
 al juicio, detención
Arrêts de règlement, 69
 Asesores legos, 67, 120-1, 338n
Assistânzrate, 347
Audiatur et altera pars, 236
 Agustín de Hipona, 146
 Austria: sistema subsidiario de perse-
 cución, 368

 Bail, 101n
 Banco combinado. *Ver* Asesores le-
 gos
 Bodin, Jean, 316
 Burocracia, 34, 36, 40, 73, 118, 398-9,
 415

 Capitalismo, 18, 19, 21;
 mercados, 130, 157
 Carga de la prueba, 207-9; 217-9;
Ver también Evidencia
 Carpozov, Benedict, 242n, 304
 China, Comunista, 12, 28, 162;
 comparación con el sistema so-
 viético, 341;
 proceso penal, 340-1
 China, Imperial: administración de jus-
 ticia, 154, 275

Ciencia legal continental, 59, 65
 Conciencia falsa, 147
 Confesión: en contraste con alegato
 de culpabilidad, 165, 328;
 consecuencias del rechazo, 287;
 como circunstancia atenuante, 287;
 forzada, 257, 285
 Confrontación: de testigos, 237
 Constitución: Norteamericana, 83;
 y derecho a apelar, 90;
Ver también Revisión judicial
 Corte de equidad: Isabelina, 112
 Corte del Tribunal de Hacienda (Ex-
 chequer Chamber), 75
 Cortes de apelación: y regla del "error
 simple" y "error evidente", 174,
 241n, 405;
 y activismo norteamericano, 410;
 y argumentos orales, 240;
 y discreción de los jueces del tri-
 bunal, 405;
 y error prejudicial, 178
 Cortes de camarada, 338, 340
Coutumiers, 64

Da mihi factum, dabo tibi jus, 201
 Decisiones: invalidación por violación
 procesal por parte de la autori-
 dad jerárquica, 88-9;
 al estilo activista paritario, 391;
 en China, 342;
 en el estado activista, 257, 307-10;
 en el estado reactivo, 177, 250;
 en el sistema soviético, 308, 334;
 en los sistemas continentales, 308;
 estabilidad de las, en el estado
 reactivo, 250-1
 Decisor (Órgano decisorio): diversos
 conceptos de oficio, 70-3, 233;
 conocimiento jurídico, 240, 294;
 conocimiento objetivo extraprocesal,
 236, 293;
 diversos significados de pasividad,
 352, 370, 405;
 en el estado activista, 289-98;
 en el estado reactivo, 233-43;
 en la ley angloamericana, 238-42;
 en la ley continental, 238-42;
Ver también Jurado; *Officium ju-
 dicitis*
 Declaración de culpabilidad, 11, 174,
 396, 397;

en el proceso de implementación
 de políticas, 165;
 en Norteamérica, 192, 385, 406;
 origen, 393;
Ver también Negociación de ale-
 gatos
 Declaraciones, 98, 119
 Defensa por locura, 184, 196, 232
 Defensor público: en el proceso pen-
 nal norteamericano, 385
 Defensores sociales, en el proceso pe-
 nal soviético, 336-7
 Descubrimiento, 118-9, 188;
 en el procedimiento civil conti-
 nental, 228-9, 359;
 en el proceso para la implemen-
 tación de políticas, 284;
 en el proceso para la resolución
 de conflictos, 226-31;
 en países angloamericanos, 229;
 y objetivos del proceso legal, 99,
 229
 Descubrimiento de hechos: en el pro-
 ceso para la resolución de con-
 flictos, 207-17;
 actividades que abarca el, 214;
 en el proceso de implementación
 de políticas, 276-83;
 precisión del, en los sistemas con-
 tinental y de derecho consuetu-
 dinario, 211-2
 Devolución: en el sistema legal sovié-
 tico, 338
 Discrecionalidad judicial, 205, 216, 276,
 402;
Ver también Oficialidad paritaria;
 Oficialidad jerárquica
 Doble amenaza, 106
Dominus litis. *Ver* Parte, como maes-
 tro de litigio

Editio. *Ver* Descubrimiento
 Ejecución dual: en el derecho civil con-
 temporáneo norteamericano, 271
 "Empresa privada": en el proceso le-
 gal, 73, 96-8, 111-3
 Equidad, en contraposición al dere-
 cho consuetudinario, 65-6, 76, 80,
 205
 Estado activista, 127, 139-52, 270;
 derechos en el, 145, 262;

descubrimiento de los hechos ad-
 versarios en el, 280;
 idea de adjudicación, 154;
 "liberal", 127, 397-402;
 participación de los ciudadanos en
 los procedimientos, 264;
 retroceso de los extremos, 162;
 y proceso inquisitivo, 151-2, 253
 Estado activista norteamericano, 397-
 402
 Estado de bienestar: impacto en la
 administración de justicia, 160-1,
 188, 402
 Estado *laissez faire*. *Ver* Estado reac-
 tivo
 Estado reactivo, 127, 128-39;
 formas conciliatorias de justicia en
 el, 136;
 idea de adjudicación, 135, 153-4,
 212;
 impulsos activistas en el, 159-62;
 y búsqueda de la verdad, 212;
 y soluciones, 204
 Estructura gubernamental: y el proce-
 so legal, 23-4;
 relacionada con las funciones de
 gobierno, 29-30, 313, 391
 Evidencia: prueba legal, 98-9; prueba
 libre, 98-9;
 obtenida ilegalmente, 309-10, 407;
 recolección de, 101-3;
 supresión de la, 251-2;
 visita al *locus*, 236;
 y archivo oficial, 108;
 y normas de suficiencia de prue-
 bas, 211;
 y toma bilateral de pruebas, 166,
 216, 361;
Ver también Descubrimiento de
 hechos; Privilegio, Testigo
 Experiencia, juicio por, 394
 Expertos: en el proceso jerárquico, 97

 Federico el Grande, 347;
 reformas de procedimiento civil,
 273, 299n, 347
 Feudalismo, 18, 19
 Fiscal: historia, 57, 323;
 bajo el *ancien régime*, 59, 322-3;
 en la modalidad para la implemen-
 tación de políticas, 269, 316;

- en la modalidad para la resolución de conflictos, 179-81;
en Norteamérica, 381-2;
y demandas de víctimas francesas, 367-8;
y reformas posrevolucionarias en el continente, 327
- Fiscal de Estados Unidos, autonomía del, 383
- Fiscal especial, en Norteamérica, 397
- Formalismo. *Ver* Rigorismo
- Formas de disputa de la justicia, 12-3, 25, 122, 138-9, 153, 163;
e incentivos para litigar, 177;
en el proceso penal angloamericano, 383;
y oficialidad paritaria, 158
- Formas de indagación de la justicia, 12-3, 25, 122-3, 151, 153, 163, 326;
Ver también Proceso inquisitorial;
Proceso para la implementación de políticas
- Fortescue, John, 73
- Función del estado: y proceso legal, 25-8;
en la tradición continental, 156-8;
en la tradición inglesa, 156-8;
relación con la estructura de gobierno, 29-31, 122
- "Gestor del proceso", 279
- Gran jurado, 393
- Grupos de interés público, comparados con ciudadanos en el proceso civil soviético, 349
- Hechos notorios. *Ver* Notificación judicial
- Homo de Achnai, 296
- Ideología liberal, 21-2, 158;
y el proceso civil angloamericano, 378-9;
y el proceso civil continental, 358-61;
y el proceso penal angloamericano, 386;
y el proceso penal continental, 327-8
- Iglesia Católica-Romana: mecanismo de justicia, 55, 58-9;
procedimientos de canonización, 281, 317;
proceso legal de la, 321, 355, 364;
Santa Inquisición, 152n, 323
- Informantes: bajo el *ancien régime* continental, 268
- Inquisitio hereticae pravitatis*. *Ver* Santa Inquisición
- Inspectio ocularis*, 236n
- Interrogatorio riguroso (Careo), 111-3, 166, 214, 370;
Ver también Evidencia
- Irán, 29
- Judices idiotae*, 56
- Jueces de paz, 60, 76, 102, 375-6, 393
- Juez: continental, 38, 56, 59-70, 102, 155, 176, 201, 216;
atributos esenciales en la tradición continental y angloamericana, 70-5, 199-200, 233, 376;
inglés, 70-5, 80, 120-1, 199, 380;
norteamericano, 80-1, 82, 120-1, 192, 404;
soviético, 340, 347-8;
Ver también Decisor
- Juez investigador, 102n, 279, 315, 328
- Juicio: en el proceso jerárquico y paritario, 90, 370;
al estilo "debate en el juicio", 110-1, 314;
continental, desde el punto de vista angloamericano, 93-4, 331, 385;
derecho consuetudinario desde el punto de vista continental, 376-7;
en China, 342;
en el sistema soviético, 347;
en jurisdicciones angloamericanas, 369, 395, 397;
en sistemas continentales, 94, 328, 330, 331, 343;
en transcripciones, 173;
estilo a plazo, 92-5;
variaciones modales, 92
- Juicio anulado, 105, 177-8
- Juicio final, 154
- Jura novit curia*, 201
- Jurado: trasladado a Francia, 67, 358;
autoinformante, 73, 392;
de Rusia Imperial, 339;
en jurisdicciones de derecho con-

- suetudinario, 199-200, 239, 378-9, 381, 393;
Ver también Asesores legos
- Justicia individualizada, 118, 121
- Justicia substantiva: definida, 51-3;
y el proceso paritario, 113-5;
y legalismo, 120-1
- Justiniano, Código de, 57, 303n, 321
- Kafka, Franz, 86
- Legalismo: variaciones modales del, 43-4;
en comparación con la justicia substantiva, 120-1;
en el sistema soviético, 307-8, 339;
norteamericano, 83
- Legalismo lógico, 78, 158;
definido, 43-4;
orígenes, 58;
y codificación, 65;
y regulación procesal, 98-100
- Legalismo pragmático, 43, 53, 78, 120
- Legislación, 49, 65, 69, 79, 132, 142
- Ley penal: en el estado reactivo, 133, 134;
en el estado activista, 142, 143, 149, 275-6
- Ley de Canon. *Ver* Iglesia Católica-Romana
- Litigio de interés público: en Norteamérica, 31, 160, 192, 205, 277, 407-11;
en el proceso civil continental, 363
- Luis XIV, 61
- Maquinaria norteamericana de justicia. *Ver* Mecanismo de justicia angloamericana
- Marx, Karl, 18
- Mecanismo de justicia angloamericana, 70-84;
centralización, 75;
crecimiento del proceso legal, 158, 415;
desarrollos norteamericanos, 81-4;
justicia substantiva, 75;
reformas en Inglaterra, 78;
tecnicidades del procedimiento, 78;
decisor paradigmático, 72;
variantes inglesas y norteamericanas del, 398-402;
y justicia para la solución de conflictos, 158
- Mecanismo continental de justicia: orígenes, 55-60;
después de la Revolución Francesa, 66-70;
investigadores, 102;
y forma procesal, 158, 415;
y precedente, 62-3, 68-9;
y reyes de Francia, 60-5
- Mecanismo de alegatos, 76, 165, 394;
Ver también Declaración de culpabilidad
- Mediación: en el estado reactivo, 137
- Mendelssohn-Bartholdy, Albrecht, 116n
- Montesquieu, Charles, 63, 399
- Ne eat judex ultra petita*: en la justicia civil continental y en sistemas comunistas, 204
- Negociación de alegatos: y la justicia jerárquica y activista, 164, 316;
análogos en jurisdicciones continentales, 331-2;
en Inglaterra, 206n;
en Norteamérica, 192, 195-6, 205, 385, 387
- New Deal, 397-401
- Nolo contendere*, 174
- Notificación judicial, 197, 199, 239, 292
- Nullum crimen sine lege previa*, 143
- Officium judicis*, 56, 71, 201;
Ver también Juez; Oficina judicial
- Oficialidad paritaria, 45-54, 311, 374;
actitud hacia las reglas técnicas, 113-4;
impacto en el proceso de implementación de políticas, 388-411;
impacto en el proceso de resolución de conflictos, 158, 368-88;
punto de vista concreto, 117;
y burocracia norteamericana, 398-9;
y mecanismo judicial angloamericano, 70-84
- Oficialidad jerárquica, 37-45, 311;
exclusividad de, 96;
impacto en el proceso de implementación de políticas, 313-52;

- impacto en el proceso para la resolución de conflictos, 388-411;
preferencia de reglas, 98-9;
punto de vista abstracto, 118;
y mecanismo continental de justicia, 55-70
- Oficina judicial: diversos conceptos sobre, 68-9, 70-4, 199-200, 233, 376
- Orden judicial estructural, 407-11
- Organización socio-económica: y administración de la justicia, 18-21
- Pactum vincit legem et amor iudicium*
138, 244
- Parlamento de París, 60;
y parlamentos provinciales, 63
- Parte, como fuente de información:
en el litigio angloamericano, 217-9, 225;
en el estado activista, 263, 283-4;
en el litigio continental, 220-1;
en el litigio soviético, 347;
en estados de bienestar continentales, 363;
impedimento para testificar, 223, 359;
interés propio y manifestación de la verdad, 222-3;
modificación de reglas para testigos, 222-3;
Ver también Acusado
- Parte, como maestro demandante, 163-4, 181-4, 193-4;
en el estado activista, 262-3;
en el litigio de interés público, 409;
en el proceso civil inglés, 278-9;
en el proceso jerárquico, 354;
en el proceso paritario, 371, 374, 395;
en jurisdicciones continentales, 205, 356, 358-61;
rol protector de los abogados, 374;
Ver también Proceso para la resolución de conflictos; Acusado
- Participación ciudadana: en la administración de justicia absolutista, 264-5;
en el sistema legal soviético, 339, 347, 348;
- en el proceso activista paritario, 390
- Perjurio: por la parte civil, 224-5;
conocimiento del, por parte del abogado, 302;
por parte del acusado, 224-5;
y privilegio testimonial, 285-6, 359
- Plus amplement informé* 292
- Polanyi, Karl, 280
- Politización de la justicia, 121, 135, 203n
- Precedente: y el poder judicial continental, 62-3, 66, 68-9, 80
- Prévôts*, 60
- Privilegio, testimonial: en contra de la autoincriminación, 220;
de la parte civil continental, 220-1, 224, 358, 359, 363;
de testigos continentales, 221-4;
del acusado continental, 286;
en comparación con la ley continental y angloamericana, 380;
en el estado activista, 256, 284;
en la ley soviética, 333
- Procedimiento penal: y *ancien régime*, 154-5, 260, 315;
en comparación con el de Mao y el Soviético, 343;
en comparación con el juicio continental y norteamericano, 385-6;
en Inglaterra, 381-8, 394;
en la China de Mao, 340-3;
en la Unión Soviética, 333-40;
en Norteamérica, 195, 402-6;
reformas continentales posrevolucionarias en el, 325
- Procedimientos previos al juicio: detención, 100, 335, 384;
distinción entre continental y angloamericanos, 103;
en el sistema soviético, 335
- Proceso acusatorio, 12, 139, 323, 365
Ver también Sistema adversario;
Formas de disputa de la justicia;
Processus per accusationem
- Proceso administrativo: diferenciado del proceso civil, 119-20
- Proceso civil: distintos parámetros en el sistema continental y angloamericano,

- continental, 358-64;
conversión a modalidad penal, 275;
en Inglaterra, 375-81;
en Norteamérica, 173, 188-9, 192, 205, 407-11;
Frederickiano, 346;
Romano-canónico, 355-8;
Soviético, 347-9;
- Proceso de apelación: historia, 57;
como proceso extraordinario, 106;
como proceso ordinario, 87;
continental, 87-90; 317, 334;
del Lejano Oriente, 87;
soviético, 87, 309, 334, 340, 350;
y *ancien régime*, 315, 321;
Ver también Revisión superior;
Reconsideración de decisiones
- Proceso "Dominado oficialmente", 152
- Proceso inquisitivo: en el continente, disponibilidad del abogado, 243;
bajo el *ancien régime*, 323, 365;
en comparación con el procedimiento penal soviético, 335-6;
formación y justificación para el, 323;
salidas del, después de la Revolución Francesa, 325-32
- Proceso jerárquico, 85-101;
conmensurabilidad con el proceso paritario, 117-22;
relación con el proceso adversarial e inquisitivo, 122;
y proceso para la implementación de políticas, 313-52;
y proceso para la resolución de conflictos, 352-68
- Proceso judicial, modelo silogístico del, 44-5
- Proceso para la implementación de políticas: unión con el estado activista, 26, 147-52;
como del tipo ideal, 27, 163-7;
en sistemas angloamericanos, 271, 392-411;
interacción con la autoridad jerárquica, 313-52;
interacción con la autoridad paritaria, 388-411;
participación ciudadana en el, 148, 264-5, 319, 388-9;
- relación con el proceso inquisitivo, 26-7, 152, 319-20;
relación con el proceso para la resolución de conflictos, 415
- Proceso para la resolución de conflictos: unión con el estado reactivo, 26, 134-9;
como del tipo ideal, 28, 163-7, 169-70;
interacción con los tipos de autoritaridad, 352-88;
relación con el proceso adversarial, 26-7, 139, 169;
relación con los sistemas angloamericanos, 170;
relacionado con el modelo de implementación de políticas, 415;
precisión de veredictos en el, 194-5;
y alegatos por la defensa propia, 165;
y legitimación procesal, 176-9;
y mercados perfectamente competitivos, 186
- Proceso paritario, 101-17;
conmensurabilidad con el proceso jerárquico, 117-22;
combinación de la acción oficial y privada, 265-8;
importancia del abogado en el, 374;
relación con el proceso adversarial e inquisitivo, 122;
y proceso para la implementación de políticas, 388-411;
y proceso para la resolución de conflictos, 368-88
- Proceso privado, 344, 364
- Processus per accusationem*, 12, 365
- Processus per inquisitionem*, 12, 152, 365
- Procurador privado, 96, 112, 399
- Procuraduría: en la Unión Soviética, 334, 350, 351;
en China, 340
- Procureur du roi*, 61n, 322
- Promotor*, oficina del: en procedimientos eclesiásticos, 56, 136;
bajo el *ancien régime* 321-2;
en el estado reactivo, 323
- Prueba legal. *Ver* Evidencia

- Prusia, regulación estatal en el siglo dieciocho, 346-7
- Quis custodiet custodes*, 256
- Quod non est in actis non est in mundo*, 62
- Reconsideración de decisiones por parte del decisor, 89, 104
- Recurso de impedimento colateral, 250
- Renuncia a los derechos procesales: en Norteamérica, 174; en el continente, 175
- Res judicata*. Ver Decisiones, estabilidad de las
- Revisión judicial: en el continente, 120-1
- Revisión superior: en organizaciones judiciales jerárquicas, 87-9; adaptada a una jerarquía holgada, 106-7; Ver también Proceso de apelación
- Revolución Francesa, 173; impacto en la justicia penal, 325; reformas del poder judicial, 66, 338;
- Revolución Rusa, 297, 348n
- Rousseau, Jean Jacques, 141
- Santa Inquisición, 152n, 323
Ver también Iglesia Católico-Romana
- Sanción penal, determinación de la: "sentencia consensuada" norteamericana, 206; en sistemas continentales, 206
- Sentencia: rol de las concesiones en Norteamérica, 206; rol de las concesiones en los sistemas continentales, 287, 331
- Sistema adversarial, 12-3; como del tipo ideal, 16, 153, 169; como descripción de sistemas reales, 14, 171; ideas continentales y angloamericanas sobre el, 14, 122; relación con el proceso jerárquico y de coordinación, 122; relación con el proceso para la solución de conflictos, 169; y disponibilidad del abogado, 243-5; y proseguimiento público, 179-81; Ver Proceso acusatorio
- Sistema inquisitivo, 12-3; como del tipo ideal, 15, 152, 278; como descripción de sistemas reales, 14; ideas continentales y angloamericanas sobre el, distinguidas, 14, 122-3; relación con el proceso jerárquico y el paritario, 122, 319, 371; y el estilo activista para la implementación de políticas, 253, 268, 278, 388
- Sistema legal soviético, 11, 24, 27, 31, 162; corrección de juicios, 307, 335, 348; mecanismo de justicia, 337, 340; participación ciudadana en el, 339, 347, 348; proceso administrativo, 351; proceso civil, 161, 347-51; proceso penal, 333-40, 342; "sentencia especial", 337, 393; y formas de disputa de la justicia, 333; Ver también Arbitrazh; Cortes de camarada; Procuraduría
- Smith, Thomas, 72, 113
- Socialismo, 18, 19, 21, 130, 340
- Stare decisis*. Ver Precedente
- Starky, Thomas, 64, 66n
- Suecia, 220
- Tantum valet quantum ratio probat*, 70
- Testigo, 96, 109, 216, 236, 327; a diferencia de la parte, 225; confrontación del, 236; "material", 109; Ver también Evidencia; Privilegio
- Tocqueville, Alexis Clérel de, 83
- Toma de decisiones tecnocrática, 41
- Tortura. Ver Tortura judicial
- Tortura judicial, 260n, 285n
- Transcripciones de testimonios, 91
- Víctima, rol en el proceso penal continental: derechos auxiliares en todos los procesos, 343;

- como demandante civil, 344; como fiscal privado, 365-6; como fiscal subsidiario, 366-7
- Voltaire, Françoise-Marie Arouet, 63
- Weber, Max, 22, 401
- Yugoslavia: doctrina de la autogestión, 130, 132n

