



UNIVERSIDAD
DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

LA TEORÍA DEL DERECHO DE F.A. HAYEK APLICADA AL DERECHO PROCESAL:

Análisis comparativo con otras teorías procesales contemporáneas respecto de la función del juez

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JAVIER IGNACIO ROZAS GODOY

Profesor Guía: Roberto Yamil Nahum Anuch

Viña del Mar, Chile

2021

*A mi padre, Gustavo, y a mi madre, Cecilia, por su apoyo
y paciencia en esta etapa de mi vida.
Sin ellos nada habría sido posible.*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al profesor Jorge Martínez Rivera por sus útiles consejos de metodología e investigación, además de las productivas conversaciones que hemos tenido respecto de este tema de estudio.

Asimismo, agradezco al catedrático Jesús Huerta de Soto, quien revisó un trabajo mío sobre este mismo tema, impulsándome a continuar su estudio.

Por supuesto, cabe recordar que cualquier error en este trabajo es responsabilidad de su autor.

ÍNDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
I. NORMAS DE RECTA CONDUCTA PARA UNA SOCIEDAD LIBRE	10
II. PROCESO, LOS SISTEMAS PROCESALES Y FACULTADES JUDICIALES PROBATORIAS	18
1. Concepto de proceso.	18
2. El sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.....	20
3. Crítica al sistema mixto.	26
4. La función de la prueba en el garantismo.	32
III. ACTIVISMO JUDICIAL, DEBIDO PROCESO Y FUNCIÓN DEL JUEZ	37
IV. NORMAS DE RECTA CONDUCTA Y PROCESO	40
V. POSNER Y LAS NORMAS PROCESALES DE RECTA CONDUCTA	43
1. Algunas consideraciones de la teoría de Posner sobre el proceso.....	43
2. Comparación de la teoría de Posner con las normas procesales de recta conducta.	48
VI. TARUFFO Y LAS NORMAS PROCESALES DE RECTA CONDUCTA	50
1. Algunas consideraciones sobre las críticas de Taruffo al sistema acusatorio.	50
2. Algunas consideraciones del sistema mixto propuesto por Taruffo.	53
3. Comparación de la teoría de Taruffo con las normas procesales de recta conducta.	59
VII. CONCLUSIONES	62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

RESUMEN

En este ensayo se aborda la relación entre debido proceso y la teoría liberal del derecho de Friedrich A. Hayek, con énfasis en las normas de recta conducta en contraposición a las normas de resultado. Se postula que la teoría de Hayek no sólo es aplicable al derecho sustancial, sino que también al derecho procesal. Al mismo tiempo, se explica la misión del juez en un orden liberal y garantista, contraria a la tendencia del activismo judicial. Se sostiene que un sistema acusatorio fundado en normas de recta conducta es indispensable para una Sociedad Libre, en oposición a sistemas inquisitivos o mixtos.

Posteriormente, se utiliza este modelo teórico, que surge de aplicar la teoría del derecho de Hayek al derecho procesal, para compararlo con las propuestas contemporáneas de Richard Posner y de Michele Taruffo.

Palabras claves: *debido proceso, normas de recta conducta, normas de resultado, sistema acusatorio, sistema inquisitivo.*

ABSTRACT

This paper shows the relationship between the due process and the liberal theory of law of Friedrich Hayek, the author highlights the rules of just conduct in contrast or result rules. The author sustains that Hayek's theory applies not only to substantive law, but also to adjective law. At the same time, he explains the function of judges in a liberal order in contrast to the activist approach. The author defends that an adversarial system founded in rules of just conduct is vital for a Free Society, in opposition to an inquisitorial system, or a mixture of them.

Then, the author use this theoretical model, which born of apply the theory of law of Hayek to adjective law, to compare it with contemporary theories of Richard Posner and Michele Taruffo.

Keywords: *due process, rules of just conduct, result rules, adversarial system, inquisitorial system.*

Los pueblos no juzgan como las cortes judiciales. No pronuncian sentencias, sino que lanzan el rayo. Ellos no condenan a los reyes, sino que los sumen en la nada. Y esta justicia vale tanto como la de los tribunales.

Robespierre*

INTRODUCCIÓN

Este trabajo sigue la misma línea investigativa que desarrollamos en una publicación de 2017, titulada “La función del juez en el pensamiento de F. A. Hayek”¹. Este texto recoge los aportes tratados en la publicación anterior, más una profundización y ampliación del tema de estudio.

El presente ensayo, en una primera etapa, consiste en una breve exposición sobre la relevancia del debido proceso y la función judicial para la libertad, bajo un análisis en que convergen las teorías de los procesalistas Adolfo Alvarado Velloso y Juan Montero Aroca con las teorías jurídicas hayekianas.

El debido proceso es una institución jurídica de occidente que ofrece la protección del individuo frente al colectivo –es decir, el Estado– en la resolución de conflictos jurídicos, consagrado en las constituciones de los Estados democráticos y en los tratados internacionales.

Por tanto, se requiere definir y delimitar la institución del debido proceso bajo un concepto garantista del mismo, que se opone a la concepción *publicista*, por medio de una resumida exposición conceptual. Posteriormente, en un análisis teórico se buscará entender que la efectividad del debido proceso, como herramienta para limitar el poder y hacer justicia, no sólo nace de la particularidad de su área de aplicación, que es la adjudicación judicial del derecho, sino que

* Maximilien Robespierre en su discurso “Sobre el proceso del rey: no hay proceso alguno que incoar”, el tres de diciembre de 1792 en la Convención. En BOSC, Yannick, GAUTHIER, Florence y WAHNICH, Sophie. *Maximilien Robespierre. Por la Felicidad y por la Libertad: discursos*, p. 168.

¹ ROZAS, Javier. La función del juez en el pensamiento de F. A. Hayek, pp. 91 -114.

también encuentra fundamento en principios generales recogidos por la teoría del derecho de Hayek.

El objetivo de esta primera etapa del ensayo es demostrar que aplicar los postulados de Hayek a la teoría del proceso permitirá una mejor comprensión y proyección de lo que debiera ser éste. Asimismo, con el estudio de las instituciones procesales se profundizará la teoría hayekiana, debido a que se comprenderá que las propuestas de Hayek deben ocuparse tanto del derecho sustantivo como del derecho instrumental si se desea plantear una teoría jurídico-política coherente². En otras palabras, que se observen instituciones liberales del proceso es fundamental para el desarrollo de una Sociedad Libre.

La segunda etapa consiste en un análisis comparativo, que tendrá por objeto demostrar que esta teoría del derecho de Hayek aplicada al derecho procesal no es indiferente con otras teorías del proceso. Por consiguiente, debe examinarse comparativamente la teoría de Hayek aplicada al derecho procesal con las teorías contemporáneas de Richard Posner y de Michele Taruffo, observando en qué medida son compatibles o si, de llano, son irreconciliables.

Con el fin de realizar una exposición ordenada y deductiva, se iniciará con una explicación de las normas de recta conducta y su importancia para una Sociedad Abierta, para luego centrarse en el sistema acusatorio –defendido, principalmente, por Adolfo Alvarado Velloso y Juan Montero Aroca–, y su comparación con los sistemas inquisitivo y mixto. Hechas estas distinciones, se abordará brevemente la corriente del activismo judicial y se examinará su incompatibilidad con la función del juez en una Sociedad Libre y la doctrina garantista. Posteriormente, se analizará la relación entre la doctrina garantista del proceso y las normas de recta conducta. Finalmente, se compararán los conceptos que se producen al

² Si bien el mismo Hayek sostiene que es fundamental que existan procedimientos de garantías y principios para proteger al individuo, su libertad y la imparcialidad del juez, no profundiza mayormente acerca de las instituciones procesales específicas ni del concepto del proceso necesarios para preservar una Sociedad Libre, tampoco aborda profundamente los peligros a los que hoy se encuentra sometido el debido proceso; ya que afirma que ha concentrado los esfuerzos de su trabajo en el “concepto fundamental de ley que las instituciones tradicionales presuponen, porque creer que mediante la adhesión a las formas externas de procedimiento judicial se fortalece el Estado de Derecho, se me antoja la más grande amenaza a su mantenimiento”. Por lo demás, no aplica su teoría de normas de recta conducta y normas de resultado a las normas procesales, lo que es un objetivo de este ensayo. Sobre lo anterior, incluida la cita textual, véase HAYEK, Friedrich. *Los Fundamentos de la Libertad*, pp. 300-301.

relacionar la teoría hayekiana con doctrina garantista, con las teorías del proceso de Richard Posner y Michele Taruffo, fundamentalmente en lo que se refieren a las facultades probatorias del juez.

I. NORMAS DE RECTA CONDUCTA PARA UNA SOCIEDAD LIBRE

Friedrich A. Hayek es tal vez el liberal clásico más influyente del S.XX, conviene entonces revisar sus aportes a la teoría liberal del derecho, los cuales contienen un enfoque multidisciplinario que abarca la filosofía política, la historia del derecho y la ciencia económica. Para los propósitos de este ensayo es necesario focalizarnos en el esquema esencial de la teoría hayekiana del derecho: las normas de recta conducta. Empero, antes de abordar este tema, hay que aclarar ciertos aspectos del derecho y de los órdenes espontáneos en la teoría social.

Hayek solía iniciar muchas de sus obras con planteamientos filosóficos respecto del uso de la razón, pues él sostenía que en la última instancia del debate siempre estará presente la cuestión sobre el espacio que el hombre le da a la razón, de la cual se derivan importantes consecuencias científicas y políticas³.

De este modo, distinguió dos tendencias de pensamiento que eran opuestas entre sí: los que creían en la razón con “R” mayúscula, y aquellos que entendían la razón con “r” minúscula⁴. Los primeros, también llamados *constructivistas*, sostienen que la razón es capaz de crear nuevas realidades y órdenes, siendo las instituciones un producto de la mente humana, por ende, la sociedad tendría caracteres “antropomórficos”, y produciría resultados planificados; en esta corriente podemos encontrar a Descartes, Hobbes, Rousseau, los fisiócratas, los enciclopedistas franceses, entre otros⁵. Por el contrario, los segundos, llamados

³ HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, vol. 1, p. 20.

⁴ HAYEK, Friedrich. *Individualismo: el verdadero y el falso*, pp. 56-57.

⁵ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 27-28. Ver también *ibíd.*, p. 51.

Guardando las diferencias con los autores racionalistas *constructivistas* de la Ilustración, según el planteamiento del profesor Bruno Leoni, la idea de confundir la sociedad con una especie de hombre en grande, que tuviese personalidad propia, es similar a la que poseían los clásicos del pensamiento griego, que se explica por razones religiosas, toda vez que dichos pueblos de la Antigüedad tenderían a mitificar sus complejos políticos y sociales, identificándolos con algunos dioses. En LEONI, Bruno. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, pp. 96-97.

racionalistas críticos o *evolucionistas*, plantean que la razón es el mejor medio para comprender la realidad, pero que aquella es independiente de la razón, por lo que, el mundo no es producto de una voluntad y, por tanto, la mayoría de las instituciones tampoco. Son depositarios de esta segunda tradición John Locke, Bernard Mandeville, David Hume, Josiah Tucker, Adam Ferguson, Adam Smith, Edmund Burke, Lord Acton y Alexis de Toqueville⁶.

Esta segunda tradición, de la que Hayek es continuador, encuentra fundamento en el modo en que se configuró históricamente el derecho, ya que éste no fue creado deliberadamente, sino que fue “descubierto” por los jurisconsultos y jueces; de esta manera, las instituciones jurídicas fueron desarrollándose espontáneamente a lo largo de la historia⁷.

Asimismo, Hayek se opone al *constructivismo*, argumentando que la mente humana es incapaz de poseer todo el conocimiento disponible sobre los hechos particulares que integran el orden social, debido a que esta información es infinita

⁶ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.4), 50-51.

Hayek atribuyó a Carl Menger el mérito de haber revivido esta tradición de pensamiento – inspirada, en parte, en la teoría del *common law*–, cuyo individualismo metodológico influyó a toda la Escuela Austriaca de Economía; véase HAYEK, Friedrich. *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, pp. 156-159. Para ello, Hayek hace mención a la siguiente cita de Menger, que nosotros contrastamos y ampliamos: “Los comienzos de la formación social, de acuerdo con los hechos, sólo pueden consistir en el origen no intencionado de los fenómenos sociales. (...) Los fenómenos sociales de origen ‘orgánico’ se caracterizan, en cambio, por ser resultado no intencionado de actividades individuales de la gente que persigue intereses individuales (...), son fruto no intencionado de factores individual-teleológicos”; en MENER, Carl. *El Método de las Ciencias Sociales*, p. 235. Sobre este tema ver también INFANTINO, Lorenzo. *Individualismo, Mercado e Historia de las Ideas*, pp. 17-18.

En 1908 el economista Joseph Schumpeter, a sus 25 años de edad, fue, al parecer, el primero en acuñar término “individualismo metodológico” al enfoque utilizado por la Escuela Austriaca de Economía. Véase HAYEK, Friedrich. *Las Vicisitudes del Liberalismo: ensayos sobre Economía Austriaca y el ideal de libertad*, pp. 173-174.

Una adecuada contextualización del individualismo metodológico de Hayek, su evolución y sus límites para explicar sistemas, la encontramos en CALDWELL, Bruce. *El Desafío Intelectual de Hayek: una biografía intelectual de F. A. Hayek*, pp. 314-322.

⁷ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 107-113. En estos párrafos Hayek expone cómo se iban “descubriendo” las reglas de conducta en el derecho primitivo, y en la tradición clásica y medieval. Estas normas no habían sido creadas deliberadamente, lo que no impedía que fuesen evolucionando espontáneamente.

Para una breve historia general de la tradición de los *racionalistas evolucionistas* –llamada también modelo Mandeville-Smith–, que reconoce en el orden espontáneo la fuente de las instituciones, y de la oposición a esta idea por parte del positivismo sociológico francés, que plantea que la sociedad compleja es producto de una organización consciente, ver INFANTINO, Lorenzo. *El Orden Sin Plan: las razones del individualismo metodológico*, pp. 23-35.

En relación a David Hume, miembro de esta tradición, Popper nos dice: “Según este punto de vista, las instituciones sociales no proyectadas pueden nacer como consecuencias involuntarias de acciones racionales: exactamente como un camino puede ser formado sin ninguna intención de hacerlo por gente que encuentra conveniente usar un sendero que ya existe”. Ver POPPER, Karl R. *La Miseria del Historicismo*, pp. 94-95.

y está dispersa en la sociedad. Por consiguiente, rechaza que el orden social y todas sus instituciones sean el producto de un plan de una mente que posea todo este pretendido conocimiento⁸.

En un mundo cambiante de información infinita acerca de las circunstancias, fines particulares, oportunidades y medios concretos, es imperativo encontrar medios comunes que permitan la convivencia y la cooperación entre los distintos individuos. Ante esta realidad, el derecho, una institución social de carácter evolutivo⁹ –es decir, cambiante¹⁰– y, en general, de orden espontáneo¹¹ –definido por Adam Ferguson como el resultado de la acción humana, pero no del diseño humano¹²–, produce la protección de ciertas expectativas de relevancia jurídica¹³;

⁸ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 30-32.

⁹ *Ibid.*, pp. 43-46.

Un claro ejemplo de institución evolutiva y espontánea es el antiguo concepto romano de propiedad, *res mancipi*, que sólo era aplicable a ciertas cosas. En tiempos de la Roma más antigua, este concepto sólo se refería a bienes determinados, como el fundo itálico, los esclavos, los animales que sirven para ser montados o tirar de un carro o de un arado; es decir, los bienes estables, identificables y productivos para una sociedad agrícola. Con el avance a una sociedad romana clásica, este conjunto de bienes susceptibles de dominio fue ampliándose, y la distinción se hizo inútil ante las nuevas necesidades económicas. Véase GUZMÁN B., Alejandro. *Derecho Privado Romano*, t.1., p. 437; y SAMPER, Francisco. *Derecho Romano*, pp. 124-125. “Justiniano eliminó sistemáticamente las referencias a las *res mancipi*, pero la distinción había perdido interés desde mucho antes”, en DORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*, p. 195.

¹⁰ Una demostración más concreta de este cambio normativo y de sus efectos en el orden social, se puede apreciar en la sucesión de los distintos órdenes económicos que han atravesado a la sociedad en relación con la evolución de reglas de conducta, es decir, el derecho. Estos órdenes económicos “hicieron posible la evolución principalmente mitigando las prohibiciones: una evolución de la libertad individual, y un desarrollo de las reglas que protegían al individuo en vez de mandarle hacer determinadas cosas. Apenas puede dudarse de que tolerar el trueque con extraños, reconocer las delimitaciones de la propiedad privada, especialmente en relación con la tierra, hacer respetar las obligaciones contractuales, la competencia con artesanos del mismo oficio, la variabilidad de los precios inicialmente fijados por tradición, prestar dinero, especialmente si era con intereses, fueron todas ellas inicialmente violaciones de las reglas consuetudinarias que habían perdido su intangibilidad”. En HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, vol. 3, p. 533.

¹¹ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), p. 68.

¹² FERGUSON, Adam. *Ensayo sobre la Historia de la Sociedad Civil*, p. 174: “El primero que dijo ‘me apropiaré de este terreno y lo dejaré a mis herederos’ no sabía que estaba estableciendo las bases de las leyes civiles y de las instituciones políticas. (...)”

Los hombres, en general, están naturalmente dispuestos a elaborar proyectos y planes, pero quien quiera planear por los demás se encontrará con la oposición de aquellos que quieren planear por sí mismos. Como los vientos que provienen de donde nadie sabe y soplan donde quieren, las formas de la sociedad tienen un origen oscuro y remoto: surgieron, mucho antes del nacimiento de la filosofía, de los instintos más que de especulaciones de los hombres. La raza humana está regida, en las instituciones y medidas que adopta, por las circunstancias en que se encuentra; y rara vez se desvía de su camino para seguir el proyecto de un solo hombre.

Cada paso y cada movimiento de la humanidad, incluso en las épocas que se conocen como ilustradas, se cumplieron con la misma falta de visión de futuro; las naciones se tropiezan con instituciones que son, en realidad, el resultado de actos humanos y no la ejecución de un designio humano”.

permitiendo la coordinación de los individuos, esto es, facilitando el uso de la información que posee cada uno de ellos de la mejor manera posible. Por lo tanto, el hombre, sin conocer las peculiaridades ni fines de las acciones de los otros individuos, puede observar ciertas regularidades en las conductas, permitiendo la propia planificación de sus medios para alcanzar sus fines particulares¹⁴. De este modo, el seguimiento de las normas evita que las acciones interfieran entre sí¹⁵, y utilizando el conocimiento de cada uno al servicio de sus congéneres, se permite la coordinación de distintos fines por medios generales y comunes¹⁶.

Un ejemplo destacable de la función coordinadora del derecho lo podemos encontrar en la compraventa. En un plano de planificación y desenvolvimiento individual de acciones intencionadas, el derecho y sus normas, específicamente el contrato de compraventa, no establece qué deben intercambiar los sujetos, ni a qué precio, pero prescribe que al celebrarse deben seguirse determinadas conductas, tales como entregar la cosa o que el consentimiento del acto jurídico esté libre de error, fuerza o dolo. Es así que, no conociendo todas las particularidades de cada transacción, los individuos observan ciertas conductas estándares necesarias para su propia planificación, y utilizan el conocimiento que disponen de la mejor manera posible; por ejemplo, vendiendo a quienes valoran más el bien y comprando a quienes lo valoran menos.

Bajo el sentido tradicional que las ciencias sociales le han dado a las palabras “natural” (que es innato o instintivo) y “artificial” (que es deliberado), encontraremos que el orden espontáneo no es ni natural ni artificial, puesto que aquél no está predeterminado, ni tampoco ha sido planificado por una mente humana u organización. Empero, si redefinimos natural como “todo aquello que ha crecido espontáneamente y no ha sido diseñado deliberadamente por un sujeto”, podremos calificar al orden espontáneo de natural, como prefirió hacerlo Hayek; evitándonos, así, las confusiones y distorsiones que han tenido las ciencias sociales al tratar este asunto. Lo anterior y la cita textual en HAYEK, Friedrich. *La Fatal Arrogancia: los errores del socialismo*, pp. 219-223.

¹³ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), p. 133: “En un entorno que cambia constantemente y en el que, por consiguiente, algunos individuos descubren siempre nuevos hechos y se les permite hacer uso de su nuevo conocimiento, es evidente que no se pueden proteger todas las expectativas”.

HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, vol. 2, p. 230: “Las normas de recta conducta no pueden proteger todos los intereses, ni siquiera todos aquellos que revistan gran importancia para alguien, sino sólo aquellas expectativas que se denominan ‘legítimas’”.

Refiriéndose al daño en la responsabilidad extracontractual, Enrique Barros expone: “Todo sistema jurídico debe definir los intereses que resultan relevantes. El daño en sentido naturalístico comprende desde las meras molestias de vecindad hasta los juicios despectivos que lesionan el autoestima, efectos que el derecho tolera para favorecer otros bienes o simplemente para evitar la litigiosidad excesiva”. En BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p. 222.

¹⁴ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 137-138.

¹⁵ *Ibid.*, p. 139.

¹⁶ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), p. 195.

Parafraseando a Hayek, la observancia de las normas abstractas crea un orden¹⁷, igual de abstracto, en el que se mantienen valores últimos, como el respeto a los contratos y a la propiedad. Este orden abstracto, cuyas manifestaciones particulares son impredecibles, sólo se preservará si existe la confianza que aquellas normas se aplicarán en todos los casos, sin importar las circunstancias particulares. Únicamente preservando valores comunes, distintos de los fines particulares de cada sujeto, podrá generarse un orden que, en último término, sea beneficioso para todos. De ahí se deriva el principio “el fin no justifica los medios” o el aforismo “hágase justicia, aunque el mundo se venga abajo”. Sólo si se aplican estos valores de manera universal, “prescindiendo de efectos particulares, servirán a la preservación permanente del orden abstracto, un fin intemporal que continuará contribuyendo a que cada cual alcance sus objetivos temporales y todavía desconocidos”¹⁸.

En este sentido, el derecho no posee, como diría Kant, un objetivo en particular; al contrario, está al servicio de los innumerables fines –que en su conjunto nadie puede conocer– de los diversos individuos. El orden jurídico no ha sido creado para conseguir un fin conocido, por el contrario, se ha desarrollado porque aumentaba las posibilidades de todos de alcanzar sus propios fines¹⁹.

Hayek señala que las normas de recta conducta son independientes de los fines, en el sentido de no pronunciarse sobre quienes se orientan por determinados fines particulares, ni tampoco determinan plenamente la acción en particular²⁰; ellas limitan el rango de tipos de acciones permitidos, “dejando que sea el sujeto que actúa quien adopte, a la luz de sus propios fines, la decisión sobre cada acción”²¹. En la práctica, casi todas las normas de recta conducta son

¹⁷ Este orden Hayek lo llama *cosmos* y se da a través de la acción humana, pero no de la intención humana; a diferencia de la *taxis*, que se refiere más bien a una organización creada por una voluntad particular. En HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 60-63.

¹⁸ La cita textual y lo anterior en HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), p. 203.

¹⁹ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 143-144.

²⁰ Esta idea es similar a las “restricciones indirectas” del filósofo Robert Nozick. Este autor plantea que no se puede obligar a un uso u obligación positiva en particular a una persona, sino que deben prohibirse tipos de acciones que traten a los sujetos sólo como medios, y no como fines en sí mismos; restringiendo ciertos usos y rangos de acciones. En este sentido, no podemos establecer cómo usar un hacha, sin perjuicio que pueden existir reglas de orden práctico para cuidarla, como no dejarla bajo la lluvia; lo único que podemos establecer es que el hacha no pueda ser utilizada para dañar a alguien. En NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*, pp., 43-45.

²¹ La cita textual y lo anterior en HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), p. 229.

negativas, es decir, no imponen obligaciones positivas a nadie, salvo que alguien incurra en ellas en virtud de sus propios actos, como la contratación o el daño extracontractual. Rara vez imponen ciertas obligaciones positivas, pero son en circunstancias determinadas, como los deberes de los hijos con los padres²².

Las normas de recta conducta delimitan expectativas y áreas de protección en donde pueden desenvolverse las personas, formulando en qué condiciones o cuál o tal acción están comprendidas dentro de lo permitido, para la persecución de los fines individuales. Resguardando estas áreas de protección, en donde el individuo puede actuar sin la interferencia de terceros, las normas de recta conducta hacen posible la libertad. En definitiva, las normas de recta conducta están comprendidas dentro de parámetros comunes y objetivos del sistema abstracto del derecho, y no a la arbitrariedad de una voluntad; y su observancia no está en el resultado último de las acciones en la sociedad o de casos particulares que escapen del control de las acciones individuales, en otras palabras, no se aplica a las consecuencias inintencionadas de un orden espontáneo. Lo importante no es el resultado, sino el cómo se compitió: que alguien se haga mucho más rico en una transacción justa, mientras que otro pierde todo en una transacción igual de justa, en absoluto prejuzga la justicia de esas operaciones²³.

En oposición a las normas de recta conducta, encontramos las normas de resultado, propias de sociedades más primitivas, en donde la dirección del jefe de la tribu era esencial para alcanzar los fines de ésta²⁴. Su proliferación la encontramos en el apogeo de la acción legislativa gubernamental, que primero se dedicó a la organización del gobierno, y después a la organización de la sociedad. A esta acción legislativa Hayek la llamó *thesis*, la ley de la legislación, la cual no es de origen espontáneo, sino que ha sido creada deliberadamente²⁵; en

²² *Ibid.*, pp. 225-229.

²³ *Ibid.*, pp. 230-232. También ver HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 137-139.

²⁴ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.2), pp. 197-200. Hayek utiliza las expresiones “mandatos” u “órdenes específicas y determinadas”, nosotros, en cambio, hemos preferido utilizar el término “normas de resultado”, con el objeto de exponer con mayor claridad la idea de las “normas procesales de resultado”, que privilegian el resultado sobre la conducta, como se verá más adelante.

²⁵ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 155-160.

contravención al *nomos*, la ley de la libertad²⁶, que son reglas generales, de origen espontáneo y que se aplican a un número indeterminado de casos²⁷.

A diferencia de las anteriores, las normas de resultado tienden a pronunciarse sobre los resultados finales de las acciones, tanto intencionados como no, es decir, planifican la sociedad, no permitiendo un orden espontáneo²⁸.

Para conseguir estos fines particulares que ha impuesto el legislador, el Estado y los jueces necesitan grandes poderes de administración para ejecutar sus planes. Por esta misma razón, es mejor entender las normas de resultado como mandatos de la autoridad que ordenan acciones determinadas al servicio de fines particulares y, por ende, contrarias a un orden social liberal que permita la búsqueda de la mayor cantidad de fines posibles de los individuos. Las normas de resultado no son reglas abstractas, ni generales, y, para alcanzar los fines que se han propuesto, la decisión del juez sobre cada caso particular debe ser en función del fin prescrito, por lo que, no se observa la conducta y se privilegia el resultado²⁹. Por ejemplo, si una norma de resultado tiene como fin conseguir una sociedad sin diferencias socioeconómicas, le será irrelevante si las transacciones se realizaron como ordena la ley, lo importante estará en que la distribución de los bienes, aunque no haya sido intencionada, sea igualitaria; por lo tanto, le es indiferente a los individuos actuar de manera lícita para obtener más riqueza, ya que la norma se pronunciará retroactivamente sobre el resultado final.

La misión de los jueces³⁰ regidos por normas de recta conducta es preservar un orden abstracto de acciones y bienes jurídicos esenciales³¹, en cambio, si están sujetos a las normas de resultado, su objetivo será administrar y organizar³²

²⁶ *Ibid.*, 123-124.

²⁷ Un tratamiento comparativo más ordenado de esta distinción de Hayek lo encontramos en HERRÁN ALONSO, José Carlos. *El Orden Jurídico de la Libertad: la aportación de F. A. Hayek al estudio del derecho*, pp. 90-99.

²⁸ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), pp. 200-201.

²⁹ HAYEK, Friedrich. *Camino de Servidumbre*, pp. 161-167.

³⁰ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), p. 130: "La tarea del juez tendrá, pues, un carácter intelectual, y su decisión deberá siempre mantenerse al margen de sus emociones o preferencias personales, su simpatía por una de las partes, o su opinión sobre la importancia de determinados objetivos".

³¹ *Ibid.*, pp. 126-130.

³² Hayek distingue el término "organización" de orden espontáneo, siendo la organización un producto de la mente humana en donde los elementos que la componen están definidos y son concretos; mientras que el orden espontáneo trasciende a las mentes individuales, sus elementos no tienen posición ni número definidos, y sólo pueden ser reconstruidos intelectualmente. Ver *ibid.*, pp. 76-78.

la sociedad en función de intereses particulares, alterando la libertad de los individuos al capricho del sentenciador de turno. Es totalmente opuesta la función de un juez en una Sociedad Abierta³³ con la que se exige en una sociedad totalitaria o cerrada (de allí la relevancia que tiene el magistrado en los distintos órdenes políticos y sociales); mientras que el primero es un facilitador para que los individuos persigan sus propios y desconocidos fines –asegurando el medio común de coordinación, que es el derecho y su sistema abstracto de acciones, a través de sentencias que garanticen la seguridad jurídica–, el segundo no dista mucho de ser un jefe tribal que utiliza su criterio para asegurar el resultado exigido por el poder político o él mismo, dirigiendo las acciones de las personas en cada caso particular para llegar a la meta, como quien administra una empresa y, dependiendo de sus objetivos y circunstancias particulares, da órdenes diferentes a las distintas secciones de ella³⁴.

Como diría Michael Oakeshott, solamente dentro en un orden *nomocrático*, entendido como un sistema en el que imperan normas de recta conducta, y no mandatos para fines particulares, podremos concebir una Sociedad Abierta; en oposición a una organización *teleocrática*, la cual impone fines particulares, en donde imperan las normas de resultado, propias de la Sociedad Tribal³⁵.

³³ Para Popper uno de los hitos del cambio de una Sociedad Cerrada a una Sociedad Abierta es la transformación de una “sociedad cara a cara”, donde las relaciones sociales tienden a ser concretas, a una “Sociedad Abstracta”, en que las relaciones con extraños no obedecen a necesidades conocidas de gente conocida, sino que obedecen a relaciones abstractas, tales como el intercambio y la cooperación entre desconocidos; aquello se debe a la división del trabajo. En la Sociedad Abstracta, por ejemplo, uno va a una tienda comercial sin conocer a los vendedores del bien, ni a sus productores; muy diferente a la etapa tribal donde los miembros de la comunidad conocían a la persona y su función específica en la sociedad. Véase POPPER, Karl R. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, pp. 171-173. También ver HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.10), pp. 533-534; en donde se hace referencia a esta idea de Popper que nosotros contrastamos.

³⁴ Hayek expone que el concepto de justicia social es una especie de norma de resultado y, por tanto, está ligado al orden político que se quiere alcanzar; es decir, la justicia social, en sus últimos términos, es propia de regímenes totalitarios. Éste es uno de los principales fundamentos que provoca su rechazo por los defensores de la libertad. En HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), pp. 270-274.

³⁵ La referencia se encuentra en HAYEK, Friedrich. *Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, pp. 120-121.

II. PROCESO, LOS SISTEMAS PROCESALES Y FACULTADES JUDICIALES PROBATORIAS

1. Concepto de proceso.

En un inicio, para la resolución de conflictos jurídicos se emplearon una serie de procedimientos, llegando al proceso que se caracterizaba por poseer tres intervinientes. En consecuencia, a través de los procesos evolutivos y también de la acción legislativa deliberada, se produjo un sistema carácter particularmente lógico³⁶, que conocemos como el proceso actual³⁷.

Es útil explicar algunas de las sistematizaciones lógicas que se refieren al proceso. Una de aquellas la encontramos en el filósofo Robert Nozick, que ante los peligros que se tiene al juzgar, especialmente cuando la sentencia se respalda con el poder coactivo del Estado, justifica su existencia. De este modo, se hace indispensable limitar el poder: “toda persona tiene el derecho a que se determine su culpa por medio del menos peligroso de los procedimientos conocidos de determinación de la culpa, esto es, por el procedimiento que tenga la menor probabilidad de encontrar culpable a una persona inocente”³⁸. La necesidad política del proceso que Nozick nos expone es fundamental, porque sólo así podemos diferenciar al gobierno de una vulgar mafia, pero ¿cuál es esa fórmula

³⁶ Sobre procesos de sistematización y coherencia de las normas, ver HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), pp. 211-215.

³⁷ Es relevante la distinción del profesor Adolfo Alvarado Velloso que clasifica al procedimiento como el género, y al proceso como la especie. Al primero lo entiende como un concepto puramente jurídico: “la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí”; mientras que al segundo lo define como un concepto lógico: “el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley”. De esta forma, siempre existirá un procedimiento, pero no necesariamente un proceso. Todo lo anterior en ALVARADO, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿qué es el garantismo procesal?*, pp. 38-39.

En Estados Unidos la Corte Suprema ha utilizado la XIV Enmienda, que impone el requisito de un debido proceso para privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, para proteger otros derechos no reconocidos directamente en la Constitución. El juez asociado Antonin Scalia era contrario a este uso del debido proceso para crear derechos constitucionales, al arbitrio de las mayorías judiciales, que no estuviesen contemplados en la Constitución o en la larga tradición de la sociedad americana. Ver RING, Kevin A. *Scalia’s Court: a legacy of landmark opinions and dissents*, pp. 91-92.

³⁸ NOZICK, Robert, *op. cit.* (n.20), p. 101.

menos peligrosa, que disminuya las probabilidades de castigar al inocente, a la que se refiere el autor?

Curiosamente, un autor contrario a las ideas de Nozick, John Rawls, nos entrega una solución con su definición de *justicia puramente procesal*, que es aquella que “se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado debido: en su lugar existe un procedimiento justo o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento”³⁹. Si bien este requisito que debe tener el proceso es esencial, se debe profundizar y justificar más el concepto.

Una mejor comprensión de esta institución demanda que nos centremos en los sujetos que intervienen en el proceso, las funciones que éstos desempeñan y las relaciones que tienen entre sí. Para estos efectos, debemos preferir la definición de proceso del profesor Adolfo Alvarado Velloso⁴⁰, en defensa del garantismo procesal, la que identifica tres sujetos que cumplen funciones distintas: un *pretendiente* que posee una pretensión jurídica contra el *resistente*, que se opone –estos dos antagónicos se encuentran jurídicamente en pie de igualdad, aunque no sean necesariamente iguales fuera del derecho–, y un tercero, el *juez*, quien debe ser:

a) *imparcial*: que no sea parte,

³⁹ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, pp. 90-91.

⁴⁰ El análisis de Alvarado en sus obras no es meramente jurídico, justamente una de sus principales características es observar cómo estas definiciones procesales se vinculan con distintos regímenes políticos. ALVARADO, Adolfo. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*, pp. 42-43:

“En rigor de verdad el tema es mucho más trascendente pues no se trata sólo de establecer quién puede –o debe– llevar el impulso procesal y, por ende, hacer avanzar la serie hasta lograr su objeto –como lo presentan inocentemente los autores– sino de definir desde la propia ley cuál es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados.

Para esto habrá que optar, necesariamente, por:

- a) Un proceso que sirva y pueda ser utilizado como medio de control social y, llegado el caso, de opresión, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en ideologías políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano (piénsese, por ejemplo, en todas las connotaciones de *El proceso de Kafka*... y, particularmente, en las del proceso nazi) o,
- b) Por el contrario, un proceso que sirva como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República.

De la respuesta que el legislador dé a esta opción, dependerá el tipo de sistema que habrá que normar para que tanto particulares como el propio Estado puedan solucionar adecuadamente su conflicto de intereses”.

- b) imparcial: que no tenga interés personal en el resultado del conflicto, e
- c) independiente: que no esté en una situación de obediencia debida entre alguna de las partes⁴¹.

En la relación de estos tres sujetos se desarrolla el proceso, que es un “medio pacífico de debate argumentativo mediante el cual los antagonistas dialogan entre sí para lograr de una autoridad la resolución (...) de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen”⁴². A estas alturas, es esencial comprender que el proceso es esto y no puede ser otra cosa; la ausencia de alguno de estos presupuestos, deformará la institución.

2. El sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.

A lo largo de la historia nos encontramos con dos grandes sistemas procesales contemporáneos entre sí: el acusatorio o dispositivo, y el inquisitivo. Ulteriormente, aparece el sistema mixto, que derivó de estos dos, el cual trataremos más adelante⁴³.

Un hito histórico significativo en el sistema acusatorio fue la Carta Magna de 1215, la que estableció una serie de garantías procesales⁴⁴, y alcanzó una importante influencia en occidente a raíz de la Constitución de los Estados Unidos y la Revolución Francesa⁴⁵. Este sistema siguió el esquema ya expuesto: unas

⁴¹ Todo lo anterior en *Ibíd.*, pp. 46-47. Hay que precisar que la garantía de *imparcialidad* no es sólo que el juez no sea parte, sino que, al mismo tiempo, no haga los actos propios de ellas; en MONTERO A., Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria, p. 165.

⁴² ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.40), pp. 28-31. También agrega que el proceso sea pacífico evidencia su carácter público de preservar la paz social, y que se resuelva en base a los intereses del *pretendiente* y *resistente*, demuestra su función privada.

⁴³ Para una noción histórica de los sistemas procesales, ALVARADO, Adolfo. *Sistema Procesal: garantía de libertad*, t. 1., pp. 93-199.

⁴⁴ Como que “ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del Reino”; citado en *Ibíd.*, p. 139.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 131-154.

Sin perjuicio que antes de estos sucesos históricos, que influyeron al sistema acusatorio como lo conocemos hoy, en España existía un relativo equilibrio entre las partes, al no concurrir un juez que investigaba de oficio, situación que posteriormente cambió en el siglo XIII con los métodos inquisitoriales. Dichos esquemas quedaron reflejados en textos como las Siete Partidas; véase AGÜERO, Alejandro. *Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII a XVIII*, pp. 132-133. Para un visión general sobre la Partida III, que regulaba el derecho procesal, caracterizada

partes antagónicas jurídicamente iguales y un juez imparcial, *imparcial* e independiente⁴⁶.

Parafraseando al profesor Juan Montero Aroca, el auge de esta concepción del proceso propia del siglo XIX se sustentaba, en primer lugar, en la naturaleza privada de los intereses en juego y, en segundo lugar, en la garantía que el juez era un tercero imparcial, que traía como resultado que las partes fueran dueñas del proceso⁴⁷. Así concurrían las siguientes características:

- a) Debido a la concepción económica liberal, con la libertad de empresa (en un libre mercado) y el derecho de propiedad, el proceso civil se fundaba en el principio de oportunidad, es decir, lo que determinaba el inicio del proceso era la voluntad del ciudadano, quien libremente decidía, atendiendo a razones de oportunidad, acudir o no al proceso para requerir la tutela del Estado en defensa de su derecho. Bajo ningún término el juez podía iniciar el proceso, era una acción privativa del ciudadano, conforme al brocardo *ne procedat iudex ex officio*⁴⁸.

Aquí encontramos el principio dispositivo en su sentido estricto, de acuerdo al cual se entendía que exclusivamente las partes podían iniciar el proceso, y que únicamente el actor podía determinar el objeto del juicio, con su pretensión –en atención a lo que se pide y a la causa de pedir–, y que sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, con su resistencia –en referencia a las causas de oposición a la pretensión–, sin que el juez pudiese fijar la pretensión o la resistencia⁴⁹.

Consecuencia de este principio de oportunidad era, también, el principio de exhaustividad y congruencia, en otras palabras, el juez debía pronunciarse

por contener una concepción de un proceso complicado, lento, escrito y formalista, lo que implicaba un alto coste, y que estuvo vigente hasta la codificación del siglo XIX; ver MONTERO A., Juan. *Proceso (civil y penal) y Garantía: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, pp. 28-30.

En el derecho anglo-americano el sistema adversarial tiene como antecedente histórico el juicio por combate, de origen normando, en el que las partes se enfrentaban a duelo. En HAZARD, Geoffrey C., Jr., *et al. Pleading and Procedure, State and Federal, cases and materials*, p. 47.

⁴⁶ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.40), pp. 103-149.

⁴⁷ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 227.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 227.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 227.

sobre todo lo pedido y debatido, pero solamente sobre ello, de tal manera que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso de aquél; nos encontramos, entonces, ante el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*⁵⁰.

- b) Esta concepción garantista excluía al juez de las facultades materiales en el desarrollo del proceso. Se comprendía que con estas facultades el juez podía llegar a determinar el contenido de la sentencia, por lo que, éste debía quedar inhabilitado de ejercerlas, con el objeto de que fuese un tercero imparcial como garantía de las partes para un verdadero proceso; por ello se usaba el brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*. De este modo, el juez quedaba incapacitado de realizar todo aquello en que pudiese influir en el contenido de la sentencia⁵¹, por ende:
- i. El juez no podía aportar hechos al proceso, estos eran aportados por las partes⁵².
 - ii. El juez estaba impedido de practicar pruebas no propuestas por las partes, pues ellas tenían el monopolio de la iniciativa probatoria; ya que si el juez pudiese dictar de oficio la práctica de medios de prueba, se convertiría en el auxiliar de una parte determinada, a la que habría favorecido por este medio⁵³.
- c) Por causa de la desconfianza de la concepción liberal sobre el Estado y sus órganos jurisdiccionales, se establecía cómo se realizaba el proceso y quién lo dirigía, a través de una distribución de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, privilegiándose en este reparto a las partes por sobre el juez; llegando a la circunstancia que el juez no podía poner en manifiesto la falta de algún presupuesto procesal (por lo que, se necesitaba la oposición de la correspondiente excepción del demandado para declararla), tampoco podía hacer avanzar el procedimiento de oficio,

⁵⁰ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.41), pp. 149-150.

⁵¹ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), pp. 227-228.

⁵² *Ibid.*, p. 228.

⁵³ *Ibid.*, p. 228.

por consiguiente se requería la petición de una de las partes para su desarrollo. De esta forma, nos encontrábamos con partes que tenían verdaderos derechos subjetivos procesales que determinaban la manera de hacer el proceso, siendo ellas literalmente dueñas del proceso⁵⁴.

En contraste al sistema acusatorio, se nos presenta el sistema inquisitivo, cuyo antecedente histórico es el Concilio de Letrán de 1215, en el contexto de los problemas religiosos con los movimientos herejes que enfrentaba la Iglesia Católica. El fin de la inquisición era, a través del juzgamiento, conseguir el arrepentimiento de los pecados, por lo que, era fundamental la búsqueda de la confesión. Por tanto, la inquisición se dedicó a buscar pecadores e investigarlos, y así lograr su arrepentimiento. Es aquí donde se aprecia la novedad, era el mismo inquisidor quien buscaba a los pecadores, los acusaba para ser juzgados ante él, y recopilaba las pruebas que pudiesen acreditar la inocencia o culpabilidad del acusado⁵⁵.

Notable es el cambio de paradigma, pues se confunden la figura del *pretendiente* con la del juez, quien ya no era un tercero *imparcial*, ni imparcial, ni tampoco independiente. Por ende, ya no puede ser entendido como proceso en el sentido expuesto, esto es, dos antagónicos en pie de igualdad jurídica ante un tercero; por el contrario, debemos entenderlo como un simple procedimiento de imputación, perjudicial para los derechos individuales y para el orden social

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 228-229.

Sin perjuicio que estas facultades, tratadas en esta letra, “no pueden llegar a determinar el contenido de la sentencia, sino que por su medio únicamente cabía determinar si podía llegar a dictarse sentencia sobre el fondo del asunto (control de los presupuestos procesales) y cómo se llegaba a poner el proceso en situación de dictar sentencia (impulso procesal)”; en MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.41), p. 151. Por lo que, la adopción de estas facultades formales del juez, como el control de los presupuestos procesales o el impulso procesal por parte del juez una vez iniciado el proceso por el demandante, no afectan los principios del sistema acusatorio; véase MONTERO A., Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”, p. 305.

⁵⁵ Para una idea general del sistema inquisitivo ver ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.40), pp.48-92. También, para una historia general, revisar AGÜERO, Alejandro, *op. cit.* (n.45), pp. 132-135: “En el tránsito de la baja Edad Media a la Moderna se observa una dinámica de ajuste (...). Sobre la base del amplio margen de arbitrio que, por imposición de una praxis casuística, se fue reconociendo a los jueces, la doctrina y el estilo judicial produjeron para el campo penal un modelo de procedimiento mixto (aunque predominantemente inquisitivo) al tiempo que el esquema de pruebas tasadas, sin dejar de funcionar como principio axiológico del proceso penal, comenzó a perder rigidez. Sobre la base de argumentos de utilidad pública, se comenzó a admitir la posibilidad de imponer penas arbitrarias sin necesidad de alcanzar un estado objetivo de plena prueba (confesión o dos testigos directos)”.

Sobre la importancia de la Inquisición Española, que llegó a Latinoamérica, ver ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n. 43), pp. 100-105.

liberal. La razón de este cambio radicaba en la nueva concepción del proceso, cuyo objetivo era la búsqueda de una verdad a toda costa, sacrificando la igualdad jurídica y perdiéndose la figura de un tercero, diferente a las partes, que tenía como fin resolver conflictos jurídicos sin violencia⁵⁶.

Con el fin de realizar un control social, el sistema inquisitivo subordina los intereses intersubjetivos del conflicto, que se observan en el proceso, a la autoridad del Estado⁵⁷. Los regímenes que prefieren este sistema disponen del interés de las partes en aras de conocer la “verdad real”⁵⁸ y establecer una organización planificada de la sociedad⁵⁹ de acuerdo a su proyecto político⁶⁰, el cual buscan instaurar a cualquier precio.

A modo de comparación, nos encontramos, por un lado, con un sistema acusatorio en el que el proceso se conduce por los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte, en el cual los hechos que importan en el proceso son los que afirman las partes –y ningún otro hecho más–, la prueba se aplica sólo a los hechos controvertidos y es meramente verificadora de ellos, y los medios de prueba que se practican son los propuestos por las partes, los cuales deben estar conforme al principio de legalidad⁶¹. Además, se respetan los principios de contradicción e igualdad de las partes, y mediante ciertas reglas se da seguridad a esas mismas partes, como a través de la preclusión del derecho de presentar pruebas, no pudiéndose alegar una pretendida verdad cuando ya ha terminado la etapa probatoria⁶². Y, por otro lado, existe un sistema inquisitivo, el cual adopta los principios de necesidad, oficialidad y de aportación judicial, en

⁵⁶ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.40), pp. 55-58.

⁵⁷ Sobre el conflicto intereses intersubjetivos como concepto, ver *ibíd.*, pp. 13-18. Y acerca de la subordinación de los intereses y derechos subjetivos a la autoridad del Estado en el sistema inquisitivo, véase la cita n. 3 de MONTERO A., Juan. Prueba y Verdad en el Proceso Civil: un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas, p. 26. Esto se relaciona íntimamente con la idea de Hayek que el derecho protege expectativas a través de áreas protegidas, esenciales para un orden liberal, tratada anteriormente.

⁵⁸ Carnelutti expuso el error de distinguir la “verdad real” de la “verdad formal”, ya que, si la “verdad formal” coincide con la “verdad real”, es una verdad; y si no coinciden, no. Citado por MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.57), p. 33.

⁵⁹ Sobre la relación del sistema político totalitario con el procedimiento inquisitivo, véase ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.43), p. 85.

⁶⁰ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.57), p. 34.

⁶¹ Esto implica que no toda verificación es válida, ya que no pueden sacrificarse derechos considerados superiores a la misma verdad; por ejemplo, no es válida la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales, los cuales se consideran superiores. Esto y lo anterior en *ibíd.*, p. 32.

⁶² *Ibíd.*, pp. 32-33.

donde el juez está facultado para aportar hechos y de investigar; pudiese ser que este “proceso” esté más cerca de la verdad, aunque no sea garantía de la tutela de los derechos subjetivos de las partes, debido a que se convierte en un medio para asegurar el cumplimiento del derecho objetivo a cualquier costo. El fin principal de este sistema inquisitivo es la ejecución de un proyecto político determinado (como el avenimiento del comunismo), y no el garantizar los derechos subjetivos de los individuos. Al mismo tiempo, y por causa de aplicar de esta manera el derecho objetivo, este sistema no se guía por los principios ni reglas del proceso, por lo que, el principio de contradicción no es determinante, y se pierden garantías como la exigencia de que el juez sea un tercero imparcial⁶³.

Conforme a lo anteriormente expuesto, los sistemas procesales responden a diferentes concepciones de la función que debe tener la jurisdicción. De este modo, el profesor Juan Montero Aroca distingue dos grandes visiones respecto de la función de la jurisdicción:

- 1) Una concepción *publicista*, o autoritaria, que considera que la jurisdicción tiene como fin único, o principal, la aplicación del derecho objetivo en todos los supuestos en que éste no sea observado. Por consiguiente, la búsqueda de la verdad se convierte en parte esencial de la función del juez, el cual deja de ser un tercero entre las partes y pierde su imparcialidad. Lo anterior revela una idea autoritaria del derecho, que ve en la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad de éste⁶⁴.
- 2) Y aquellos que sostienen que la jurisdicción debe pretender que el juez, como tercero e imparcial, sea el último garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo. En consecuencia, en la aplicación del derecho

⁶³ *Ibíd.*, p. 34.

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 26-27.

Esta visión autoritaria confunde el derecho con la legislación, *nomos* con *thesis*, y acoge una noción de normas de resultado, que son verdaderos mandatos de la autoridad.

MONTERO A., Juan. *La Paradoja Procesal del Siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, p. 52: “Políticamente esta concepción respondió claramente a una idea autoritaria del Derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad; en ella queda en la sombra el interés individual y la defensa del derecho subjetivo y surge en primer plano el interés público en la observancia del Derecho objetivo (Calamandrei). Lo importante no es ya el interés de los particulares; lo importante es que se cumpla la previsión general de la ley en cuanto en ella se recoge el interés público”.

privado el particular verá cómo sus derechos subjetivos, los que afirma como propios, son examinados y decididos con todas las garantías del proceso⁶⁵.

Podemos sostener que es de interés social que las partes resuelvan sus conflictos de forma pacífica y civilizada, pero cuando aquel proceso establecido para la resolución del conflicto está en función de otro interés –como un determinado proyecto político– que subordina los intereses y derechos subjetivos de las partes, observaremos una instrumentalización política de los individuos y sus fines, y también del proceso como medio común de solución de conflictos.

3. Crítica al sistema mixto.

Con la llegada del constitucionalismo, se consolidó el sistema acusatorio. No obstante, el sistema inquisitivo regresaría con los regímenes políticos totalitarios⁶⁶. Después de la caída de estos regímenes, muchas de esas ideas se

⁶⁵ “Tratándose de la aplicación del derecho penal, el proceso correspondiente se convierte en garantía de respeto a la libertad (interés individual) frente a la seguridad (interés colectivo), de modo que ninguna pena puede imponerse fuera del ejercicio de la función jurisdiccional y sin utilizar el instrumento que es el proceso”. Esta cita y lo anterior, en MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.57), pp. 27-28.

⁶⁶ Cabe destacar que el socialismo jurídico, en general, y el derecho comunista de la Unión Soviética, en particular, se sustentaban en la negación del derecho privado, pues para esta ideología, que pretende la sujeción del individuo al interés superior del Estado, todo es derecho público. Por consiguiente, en el sistema procesal de la URSS el juez tenía la función de tutelar el interés general y de preservar el modelo económico socialista, y no la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos a través del proceso. En consecuencia, se negaba el principio de oportunidad y dispositivo del proceso, que están al servicio de las partes, como consta en los Principios Fundamentales del Procedimiento Civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas de 1961. De hecho, el Ministerio Fiscal tenía legitimación activa en los procesos civiles, con el objeto de tutelar los intereses del Estado y de la sociedad, incluso se podía llegar al caso extremo en que un ciudadano presentase una demanda y que el Fiscal la determinase infundada, implicando una “renuncia” de ella.

Con el objeto de conseguir el cumplimiento de este interés del Estado, por medio de la aplicación a toda costa de su derecho positivo, el juez tenía la misión de buscar la verdad objetiva, y para ello contaba con amplias facultades previstas por la ley, como la capacidad de aportar hechos al proceso y de disponer de medidas probatorias de oficio. Asimismo, las partes tenían el deber de colaborar en esta búsqueda de la verdad objetiva, no escondiendo ningún hecho y haciendo el aporte de ellos de manera verás, sin omisiones ni reticencias, conforme al deber de veracidad e integridad o lealtad y probidad. Sobre lo anterior y para adecuada exposición del sistema procesal nazi, fascista y soviético, véase MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.54), pp. 306-323.

En este sistema “lo importante era que los derechos subjetivos materiales de los individuos propiamente no existían y, por tanto, tampoco podía hablarse de derechos procesales, como el derecho de acción, el derecho de defensa o el derecho a la prueba. La no existencia de derechos procesales debe entenderse en el conjunto de la negación de los derechos del individuo”. Sacado de MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 230.

importaron en sistemas mixtos, en especial en el derecho privado latinoamericano⁶⁷.

El sistema mixto es la mezcla del inquisitivo y el acusatorio, que consiste en mantener, en la mayoría de los casos, elementos propios del sistema dispositivo, tales como que el actor posea la facultad de presentar la demanda (principio de oportunidad), y que el juez deba fallar sólo lo que le solicitan las partes, debiendo pronunciarse sobre todas sus peticiones (principio de congruencia y exhaustividad); pero agrega la posibilidad de que el juez pueda incluir pruebas de oficio, contrariando el principio de aportación de parte, esencial en el sistema acusatorio⁶⁸.

El avance de este sistema mixto, que otorga facultades probatorias de oficio al juez, se debe en buena medida al intento de convertir estas injerencias judiciales en una cuestión meramente técnica por parte de sus promotores, disfrazando el hecho que esta concepción de la función judicial tuvo su auge en los totalitarismos del siglo pasado, y que era funcional a dichas ideologías como medio de control político. Con el fin de disfrazar de un supuesto tecnicismo a este sistema, o sin ser conscientes de ello, sus promotores distinguen entre lo relativo al monopolio de las partes respecto del objeto del proceso, que afecta al interés individual disponible, y lo que se refiere a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, sosteniendo que este último aspecto influye únicamente en la conformación de un instrumento que el legislador entrega para la tutela jurisdiccional. Al hacer esta distinción, sus defensores llegan a afirmar un supuesto carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez⁶⁹.

Empero, según Montero Aroca, los sistemas procesales responden a los modelos políticos que una sociedad adopta, pues en cuanto más poder se le

De este modo, el resumen de los principios del derecho procesal socialista de la URSS es el siguiente: "la sustitución del poder de las partes respecto al desenvolvimiento del proceso por iniciativa del juzgador (...); poder de iniciativa probatoria a favor del juzgador, búsqueda de la verdad material; facultad del juzgador de la apelación de hacer valer motivos de impugnación no deducidos por la parte apelante... así como también la amplia participación de la Prokuratura en el procedimiento civil". Esta cita proviene de Stalev, y se encuentra recogida en MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 89.

⁶⁷ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.40), pp. 91-102, y en MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), pp. 231-232.

⁶⁸ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.43), pp. 191-193.

⁶⁹ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), pp. 234-235.

entrega al juez, más se le está entregando al Estado en desmedro del individuo y de su libertad, evidenciando, de este modo, una determinada ideología política autoritaria o, en el último caso, totalitaria. Por ende, sostener que el aumento de las facultades probatorias del juez responde a un mero tecnicismo neutro es un error⁷⁰.

Dentro de las facultades probatorias que entrega el sistema mixto al juzgador, podemos encontrar las medidas para mejor resolver (para los efectos de este trabajo, utilizaremos como modelo las comprendidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil chileno), las cuales permiten al juez ordenar de oficio la práctica de medios de prueba cuando éste tenga dudas acerca de si los hechos alegados son verdaderos, después del periodo probatorio en el que las partes pueden aportar sus respectivas pruebas. No obstante, si el objetivo es probar los hechos en que el *pretendiente* funda su pretensión, la dictación de estas medidas sólo podrá ser interpretada como una forma de afectar al *resistente*, como se verá a continuación.

Como indica Alvarado, el perjuicio del *resistente* es manifiesto si se decretan las medidas para mejor resolver con el objeto de probar los hechos en que el *pretendiente* sustenta su pretensión –los cuales, generalmente, tiene la carga de probar dicho *pretendiente*–, toda vez que, al decretarlas, pueden ocurrir cuatro situaciones:

- 1) Que la prueba no se practique, absolviendo al *resistente*.
- 2) Que la prueba resulte anodina para el resultado de la causa, o sea, se mantiene la duda del juez y, por tanto, absuelve.
- 3) Que la prueba sea favorable para el *resistente* y, por consiguiente, el juez deba absolverlo.
- 4) Que se prueben los hechos en que el *pretendiente* fundamenta su pretensión, condenando al *resistente*.

En las tres primeras hipótesis se mantiene el escenario inicial de absolver al *resistente*, como si la medida para mejor resolver nunca se hubiese ordenado; sin embargo, la cuarta posibilidad favorece al *pretendiente*, cambiando el resultado del litigio. Entonces, la única razón para aplicar las medidas para mejor resolver

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 234.

es que el juez tenga la posibilidad (una de cuatro) de condenar al *resistente*, ya que, de no haberse decretado estas medidas, el resultado habría sido su absolución. En otras palabras, cuando el juez entrega otra oportunidad al *pretendiente* para que se prueben los hechos que alega, subsidia su ineficacia, puesto que éste no pudo probar en la etapa procesal pertinente; con esto el juez deja de ser un tercero imparcial, habida cuenta que busca condenar al *resistente*, mientras que debería absolverlo por tener un cierto grado de duda acerca de los hechos alegados por el *pretendiente*, que impedía que se cumpliera el estándar probatorio respectivo⁷¹.

⁷¹ Todo lo anterior en ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.37), pp. 133-134. Si bien Alvarado utiliza un caso relativo al derecho procesal penal, el principio es el mismo para el proceso civil.

Resulta fascinante tema de investigación la carga dinámica de la prueba en materia procesal civil. Pues, pareciera que un problema similar al que hemos estado exponiendo surge con una concepción de la carga dinámica de la prueba, en la que el juez fija en el momento de dictar sentencia quién debe probar los hechos alegados por las partes. Bajo esta concepción de la carga dinámica de la prueba, el juez, excepcionalmente, altera de oficio la carga probatoria –la que en la mayoría de los casos recae en el *pretendiente*–, imponiéndole este peso a quien no le correspondía según la regla general. Al hacer esto, el juez beneficia a una de las partes, modificando la carga de probar que en un principio le correspondía, o sea, después de ser conocida la identidad de esta parte por el juez es favorecida por él mismo, liberándola de esta carga.

Se podría argumentar que la carga dinámica de la prueba decretada oficiosamente se justifica por la protección de la parte más débil del juicio que no tiene una correcta posición para probar, como el paciente que sufre una negligencia médica y es el mismo hospital, al que se demanda, quien tiene los medios de prueba, por su total control de la intervención médica. Pero notamos que este argumento es problemático, ya que el juez estaría tomando partido por la parte que consideraría la más débil, por medio de su decisión interna, de carácter unilateral, puesto que no es solicitada por la parte beneficiada con la medida; disponiendo, entonces, de una medida que no se ha pedido en el litigio por la interesada. Lo anterior, iría en desmedro de la parte no beneficiada, que pierde a su tercero imparcial por un juez que ayuda a la parte contraria.

Como una posible solución a este problema, se podría establecer que la parte que no tiene acceso a medios de prueba pudiese pedir al juez que sea la contraria quien pruebe por su respectiva posición ventajosa, teniendo ésta la oportunidad de oponerse a tal petición, y asegurándose, de este modo, el principio esencial de contradicción. En otras palabras, en el caso que anteriormente a la dictación de la resolución que recibe la causa a prueba –la que establece un parámetro fundamental para el contenido de la sentencia definitiva– se hubiese realizado la solicitud de alterar la carga probatoria por una de las partes, aquella podrá ser contravenida en la oportunidad procesal correspondiente por la parte afectada; así, los estándares que utilizará el juez al dictar la sentencia definitiva serán conocidos de antemano por las partes en el litigio, limitándose su margen de acción en el evento excepcional de modificar la carga probatoria. Asimismo, corresponde establecer reglas objetivas y apriorísticas que determinen en qué casos excepcionales se puede modificar la carga probatoria, de modo tal que la jurisprudencia siga parámetros comunes en todos los casos y la dictación de esta medida no sea arbitraria. No obstante, esto es materia para otro estudio más acabado, el cual deberá pronunciarse respecto de estos estándares en que se podría realizar este cambio en la carga probatoria.

Acerca de este punto, Alvarado tan sólo se refiere al inconveniente sobre que este cambio en el *onus probandi* por parte del juez sea en la sentencia definitiva. Sin embargo, no se pronuncia si es idóneo, o no, que aquel cambio se realice en la resolución que recibe la causa a prueba, ni tampoco resuelve el problema jurídico-social de fondo: que una parte que tiene la carga de la prueba en un juicio civil, por circunstancias de las que no es responsable, se vea impedida de acceder a medios de prueba. Para más información sobre la opinión de Alvarado, véase

Hay que tener presente que las mismas consecuencias que advierte Alvarado también se producen si el juez dispone de medidas para mejor resolver con el objeto de probar los hechos en que el *resistente* funda su eventual excepción, en razón que él tiene, generalmente, la carga de probar dichos hechos, por lo que, si falla en cumplir el estándar probatorio, se beneficiará el *pretendiente*, que no tiene la carga de probar –siempre que aquél haya logrado probar los hechos en que fundamenta su pretensión–. Por consiguiente, la dictación de medidas para mejor resolver en pos de probar los hechos en que se funda una eventual excepción, es una forma de subsidiar la ineficacia del *resistente* y de perder la calidad de tercero imparcial del juez.

Asimismo, debemos deducir que estos mismos problemas que provocan las medidas para mejor resolver se presentan en las demás facultades probatorias de oficio; toda vez que, al disponer de estas facultades probatorias de oficio, el juez favorece a la parte que tiene la carga de probar, en perjuicio de la contraparte que se beneficiaría de la eventual falta de cumplimiento del estándar probatorio. El juez ejerce estas facultades discrecionalmente teniendo el conocimiento que favorece a la parte determinada que tiene la carga de probar, y sabiendo que perjudica a la contraparte que se beneficiaría de una eventual ausencia de satisfacción del estándar probatorio⁷².

A modo de precisión, el profesor Montero Aroca plantea que, al practicarse la prueba oficiosa, lo que debe cuestionarse es la pérdida de *imparcialidad* del juez, o sea, la ausencia de su condición de tercero que no cumple la función de las

ALVARADO, Adolfo. *Proceso y República: crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*, pp. 139-148.

⁷² Sobre este punto el profesor Girolamo Monteleone afirma: “No resulta, por lo menos hasta hoy, haberse científicamente demostrado que la introducción de las pruebas en juicio por obra del juez pueda ser conducida con criterios de imparcialidad y objetividad, siendo por el contrario evidente que esa iniciativa probatoria no puede sino tener la finalidad de dar o negar fundamento de hecho a las demandas, excepciones o defensas propuestas por alguna de las partes”; en MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil, p. 185.

El profesor Joan Picó i Junoy propone, como solución a este problema, que se limiten las facultades probatorias del juez tan sólo a las fuentes probatorias que consten en la causa, con el fin de que no se pierda la imparcialidad judicial. Ver PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado, p.128.

No obstante, la solución de Picó i Junoy es aparente, ya que si el juez dispone de la prueba de oficio para probar un hecho determinado, estará beneficiando a la parte que tenía la carga de probar dicho hecho. Por lo tanto, es indiferente que la fuente de la prueba practicada por el juez conste en la causa, debido a que igualmente se estará favoreciendo a una parte específica, en perjuicio de la contraparte que se beneficiaría de un eventual incumplimiento del estándar probatorio.

partes; y, de allí, debemos problematizar si su imparcialidad es sostenible atendida la pérdida de esta calidad de tercero. Entonces, se debe delimitar que el requisito de *imparcialidad* descansa en un estándar objetivo y general –aplicable a todos los casos, indistintamente del juez y proceso en particular–, en el que el juez no puede realizar las funciones de las partes, como aportar prueba, existiendo, de este modo, una incompatibilidad de funciones entre el juez y la partes; mientras que la imparcialidad se sustenta en aspectos subjetivos del juzgador que, a pesar de estar reconocidos en causales objetivas legales, deben referirse siempre a un juez y proceso específicos, por ejemplo, en el supuesto que un juez tenga una enemistad significativa con alguna de las partes, se debe establecer dicha enemistad entre el determinado juez y la respectiva parte⁷³. Por este motivo, cuando se dispone de la prueba oficiosa se dice que el juez pierde la calidad de “tercero imparcial”, y que con la expresión “tercero” debemos entender el requisito de *imparcialidad*.

Otra crítica que podemos agregar a las facultades probatorias de oficio es la probabilidad de que el juez, al momento de emitir su decisión sobre el caso en cuestión, privilegie más sus ideas preconcebidas, las cuales poseía antes de ejercer dichas facultades probatorias de determinada manera, que los resultados objetivos que arrojasen aquellas pruebas practicadas, afectando, de esta forma, la decisión final del caso con sus propias ideas preliminares. En efecto, el profesor Hazard, argumentando razones psicológicas, advierte del peligro de que juez ejerza la prueba de oficio, ya que el disponer de dicha prueba requiere de una hipótesis de cómo ocurrieron los hechos, y esta hipótesis se sustentará en una idea preliminar; por lo que, si un juez practica la prueba de oficio, su idea preliminar de cómo ocurrieron los hechos puede convertirse, con facilidad, en la decisión final. En consecuencia, es preferible que las partes planteen hipótesis preliminares que sean contradictorias, y que éstas se sustenten en las pruebas aportadas por las mismas partes, con el fin de que la mente del juez pueda mantenerse abierta hasta que todas las pruebas se hayan presentado en el juicio⁷⁴.

⁷³ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 236.

⁷⁴ HAZARD, Geoffrey C., Jr., *et al, op. cit.* (n.45), p. 48.

En definitiva, estas intromisiones del juez que promueve el sistema mixto, por los motivos que explicamos, significan el sacrificio de su calidad de tercero imparcial. Se advierte, entonces, que el sistema mixto implica el abandono de la calidad de tercero imparcial del juzgador, quien termina beneficiando a una de las partes⁷⁵.

Solamente con un sistema acusatorio se puede garantizar el debido proceso, porque es la esencia del mismo. El juez debe ser imparcial, *impartial* e independiente, la pérdida de cualquiera de estas calidades convertirá al proceso en un simple procedimiento sujeto a la arbitrariedad del juez.

4. La función de la prueba en el garantismo.

Hecha la distinción entre el sistema inquisitivo y el acusatorio, con sus respectivas características que responden a órdenes políticos determinados, y habiendo expuesto los problemas del sistema mixto, nos queda explicar la función que posee la prueba en el proceso para el garantista Juan Montero Aroca.

Lo primero que debemos preguntarnos es si el objeto de la prueba en el sistema dispositivo es la búsqueda de la verdad. A esta cuestión Montero Aroca responde que, en un sistema en que prima el principio de contradicción, no puede ser la búsqueda de la verdad el objetivo fundamental⁷⁶, debido a que:

- 1) Los hechos no afirmados por, a lo menos, una de partes no tienen existencia en el proceso, y el juez no puede salir en búsqueda de ellos⁷⁷.

⁷⁵ Alvarado afirma categóricamente que: “si un vaso de agua pura y cristalina se echa una sola gota de tinta azul, todo el contenido se tiñe. Y nunca será más lo que era hasta momentos antes. Igual cosa ocurre con el proceso: puede afirmar el legislador que norma a base de un sistema puramente acusatorio, pero si en el respectivo contexto inserta una sola norma que tolere la prueba oficiosa del juzgador, por ejemplo, tiñó todo el cuerpo legal del más puro inquisitismo”. En ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.37), p. 81.

En cambio, el profesor Hazard ofrece una opinión distinta, que admite más matices, en *ibíd.*, p. 47: “There is probably no ‘pure’ form of either system. Even the most passive judge in an adversary system sometimes ask questions and even the most passive litigant in an interrogative system [“interrogative system” llaman estos autores al sistema inquisitivo, como consta en esta misma fuente citada] is something of an advocate when gives his responses. (...) Nevertheless, the adversary system is distinctive for the fact that the parties, through their lawyers, investigate the facts, frame the legal issues, and present the evidence to a passive tribunal that then reaches decision”.

⁷⁶ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 241.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 83.

- 2) Los hechos afirmados por ambas partes o afirmado por una y admitido por la otra existen para el juez en el proceso, quien no podrá desconocerlos en la sentencia⁷⁸.
- 3) Sobre los hechos controvertidos sostiene el autor que la actividad probatoria no es investigadora, sino que verificadora de los hechos alegados en el juicio, esto implica que⁷⁹:
 - a) La investigación supone ir en la búsqueda de hechos desconocidos, lo que no ocurre en el proceso civil. En él las partes tienen la facultad exclusiva de hacer las afirmaciones de hecho y el juzgador tiene la limitada misión de verificar la exactitud de dichas afirmaciones, bajo la única condición que aquellas hubiesen sido negadas o contradichas. Sólo sobre los hechos controvertidos debe ocurrir la verificación o comprobación⁸⁰.
 - b) El juez no está habilitado para establecer discrecionalmente los medios con que debe producirse la verificación, esta facultad pertenece a las partes. Por el contrario, en un sistema inquisitivo el juez puede disponer de oficio la práctica de los medios de prueba. Si la verdad fuese el valor superior del proceso, el juez tendría estas facultades probatorias⁸¹.
 - c) Esta actividad verificadora debe respetar el procedimiento establecido en la ley, de acuerdo con el principio de legalidad⁸².
 - d) No todo acto es legítimo en la verificación, es decir, no es lícito que se sacrifiquen derechos que son superiores a la misma verdad. Esto se observa en la prueba ilícita, que implica que determinados conocimientos no sirven para establecer que los hechos están probados, de esta manera la ley ordena desconocer estos hechos de los que, no obstante, se tiene conocimiento⁸³.

En segundo lugar, si la función de la prueba no es la búsqueda de la verdad, debemos preguntarnos, ¿cuál es, entonces, la función de la prueba? Ante esta interrogante Montero Aroca expone tres teorías acerca de la función de la prueba. Éstas son:

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 83.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 83.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 83.

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 83-84.

⁸² *Ibíd.*, p. 84.

⁸³ *Ibíd.*, p. 84.

- 1) La función de la prueba es fijar los hechos: esta teoría plantea que la prueba tiene por objeto “dejar establecidos formalmente los hechos de los que debe partirse en la sentencia”⁸⁴. Sin embargo, “nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal”⁸⁵. En otras palabras, la actividad probatoria se conformaría con tan sólo fijar los hechos cumpliendo ciertas reglas jurídicas⁸⁶.
- 2) La función de la prueba es convencer al juez: esta corriente sostiene que el objetivo de la prueba es obtener la convicción psicológica del juzgador. En efecto, se abandona la pretensión de llegar a una verdad objetiva, y se prioriza la convicción subjetiva del juez. Como consecuencia de esta concepción, se pierde el valor de la prueba tasada, la que se concibe como un residuo histórico que debe ser superado⁸⁷.
- 3) La función de la prueba es buscar la certeza: esta doctrina, que sigue Montero Aroca –y que, para efectos de este trabajo, nosotros también–, afirma que habiendo reconocido el legislador lo imposible de conseguir la verdad física o metafísica, la prueba debe buscar la certeza respecto de las afirmaciones de los hechos realizadas por las partes⁸⁸. Esta certeza puede lograrse de varios modos:
 - a) Atendiendo a la naturaleza dispositiva del derecho material, se excluye la prueba de las afirmaciones de hecho en las que existe conformidad entre las partes⁸⁹.
 - b) La ley a veces le otorga valor probatorio a determinados medios de prueba, que el juez debe respetar, de tal manera que se genera una certeza independiente del criterio subjetivo del juzgador, llegando a la circunstancia en que nos podemos referir a una “certeza objetiva”⁹⁰.

Por ejemplo, el derecho civil chileno, en el artículo 1700 del Código Civil, le da un determinado valor al instrumento público respecto de la fecha en que se otorgó y al hecho de haberse otorgado, al mismo tiempo, establece que hace plena fe en contra de los suscriptores en cuanto a la verdad de sus declaraciones vertidas en dicho instrumento público. La ley no pretende que la fecha de otorgamiento o que las declaraciones vertidas en el instrumento público se ajusten

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 85.

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 85-86.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 86.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 86.

⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 86-87.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 87.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 87.

necesariamente a la realidad –sin perjuicio que el instrumento público puede invalidarse–, sino que le da un valor específico para entregar mayor certeza en el tráfico jurídico⁹¹.

- c) Y en otras ocasiones la ley dispone que el juez deberá valorar la prueba conforme a la sana crítica, poniendo la certeza en relación con el convencimiento psicológico del juzgador. Aquí el autor habla de una “certeza subjetiva”, lo que no debe confundirse con que el juez deba fallar “en conciencia”, ya que éste debe exponer de manera razonada cómo ha llegado a esa convicción, de acuerdo con los medios de prueba practicados en el juicio⁹².

Mientras que el sistema acusatorio ve en la prueba una forma de conseguir cierto grado de certeza acerca de los hechos afirmados por las partes, el sistema inquisitivo, en cambio, la entiende como un instrumento para conseguir la verdad. Esta noción de la prueba del sistema inquisitivo responde a la visión que posee respecto de la función de la jurisdicción. Como vimos anteriormente, la concepción *publicista* o autoritaria del derecho considera que la jurisdicción tiene como fin la aplicación del derecho objetivo en todos los supuestos en que éste no es observado; por lo que, la búsqueda de la verdad se convierte en parte esencial de la función del juez, quien debe conocerla para aplicar en todas las circunstancias el derecho objetivo⁹³.

La búsqueda de la verdad ha sido una meta manifiesta en los distintos ordenamientos inquisitivos de los regímenes totalitarios del siglo XX. A modo de ejemplo, la *Relazione* del Código Italiano de 1940 reza: “Cuando se dice que uno de los factores más importantes de la reforma procesal es el acrecentamiento de los poderes del juez, se intenta aludir, como diré dentro de poco, a los poderes de dirección de los procesos y de comprobación de la verdad de los hechos”⁹⁴.

De la misma manera, el sistema procesal de la URSS reconoce esta necesidad imperiosa de buscar la verdad⁹⁵.

Finalmente, Montero Aroca considera que en el sistema dispositivo se puede alcanzar la verdad, pero que aquella no es el fin último que ha de primar en el proceso frente a los principios esenciales de éste⁹⁶. Así que distingue:

⁹¹ Este ejemplo también lo usa Montero Aroca en el derecho español, en *ibíd.*, p. 87.

⁹² *Ibíd.*, p. 87.

⁹³ Véase cita en nota al pie de página N° 64.

⁹⁴ Citado por MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 244.

⁹⁵ Ver nota al pie de página N° 66.

⁹⁶ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.57), p. 25.

En la *Relazione* de Giuseppe Pisanelli, del proyecto del Código Procesal Civil Italiano de 1865, era manifiesta la idea de que –conforme al sistema acusatorio– “el valor primordial del proceso civil, frente al que pierde relevancia cualquier otra exigencia o finalidad, es la realización de la plena libertad y autonomía de las partes en la conducción del proceso y en el desarrollo de sus

Una cosa es partir del presupuesto de que, aun con las limitaciones antes dichas, lo normal es que en los procesos civiles se logre la verdad de cómo sucedieron los hechos, puesto que las limitaciones operarán de modo no general, sino que en procesos concretos, y otra muy diferente que se entienda que la justicia del caso concreto sólo se logra si se alcanza la verdad objetiva, pues entonces la tentación lleva a desconocer principios esenciales en el proceso civil, como los principios dispositivos y de contradicción⁹⁷.

defensas". En TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: el juez y la construcción de los hechos*, p. 130.

⁹⁷ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 245.

III. ACTIVISMO JUDICIAL, DEBIDO PROCESO Y FUNCIÓN DEL JUEZ

Como ya expusimos, no es baladí la función del juez a la hora de preservar un orden abstracto de acciones propio de una Sociedad Abierta, ni para garantizar un debido proceso. Una mayor profundización de la función judicial requiere la contraposición de lo tratado anteriormente con el activismo judicial.

Ya sabemos la importancia del juez en la conservación de un orden abstracto de acciones que nos permita predecir las conductas ajenas y planificar nuestras propias acciones en un proceso de cooperación social, en donde el derecho es un medio común para múltiples fines individuales, y también conocemos la relevancia de resguardar la *imparcialidad*, imparcialidad e independencia de este tercero a la hora de juzgar, si queremos entender el proceso como un medio de debate pacífico en el que *pretendiente* y *resistente* se enfrentan en pie de perfecta igualdad jurídica. En cambio, la corriente del activismo judicial nos ofrece una visión totalmente distinta de la labor judicial, ya que no exige que el juez sea un mero espectador del proceso o que conserve un sistema abstracto de acciones en pos de la certeza jurídica; al contrario, nos plantea que su misión es proteger al más débil, aunque tenga que fallar utilizando consideraciones personales que primen sobre el derecho, como su opinión política o moral, compasión por una de las partes o un sentido propio de justicia en el caso particular⁹⁸.

Parece pertinente para esta exposición la concepción de Craig Green, la cual identifica al activismo judicial cuando se han violado los estándares culturales de la función judicial. Esta idea aplicada al derecho continental, nuestra tradición jurídica, que está caracterizada por su formalidad, en donde el juez aplica el derecho contenido en la ley y en algunos casos el de la costumbre jurídica, puede evidenciarse cuando el juez resuelve con falta de apego a las palabras de nuestras leyes, con silogismos que no se siguen de manera lógica o que quiebran

⁹⁸ GARCÍA G., José Francisco y VERDUGO R., Sergio. *Activismo Judicial en Chile: ¿hacia el gobierno de los jueces?*, p. 18.

el principio de la no contradicción, y manifiesta opiniones políticas y morales en la sentencia⁹⁹.

Curiosamente, una de las principales defensas del activismo judicial la encontramos en la idea de que el juez no debe preservar un orden abstracto de acciones a través de normas de recta conducta, sino que debe propender a reformas sociales en nombre de la justicia social¹⁰⁰.

Es notoria la importancia de las normas de resultado en el activismo judicial, pues es justamente esta concepción el principal fundamento del activismo en muchos países; aquí el juez es llamado a aplicar un determinado proyecto a cualquier precio, o en otras palabras, ser un juez planificador que protege a ciertos grupos sociales de su interés¹⁰¹, por lo que, debe redistribuir los ingresos en una sociedad –no preservando un orden abstracto de acciones– a través de la dirección de las acciones de los individuos en función de un determinado resultado.

En mérito de lo expuesto, no es difícil llegar a la conclusión que la visión del activismo judicial es contraria a un orden liberal, puesto que convierte al juez en un verdadero jefe tribal que decide en los casos particulares adecuándolos a los resultados sociales esperados por él; en vez de promover normas de recta conducta que sirvan de guía para la cooperación y el actuar libre de los ciudadanos.

⁹⁹ Citado y analizado por *ibíd.*, p. 29.

En Argentina existen jueces mediáticos que aspiran al cogobierno, y que intervienen en las competencias exclusivas de otros poderes del Estado, en una abierta vulneración al Estado de Derecho y a la separación de poderes. Véase ALVARADO, Adolfo. El Garantismo Procesal, pp. 98-99.

¹⁰⁰ GARCÍA G., José Francisco y VERDUGO R. Sergio, *op. cit.* (n.98), pp. 31-34.

¹⁰¹ Detrás de este planteamiento de organización social se esconde el error *constructivista* de pensar que la sociedad está planificada; fundado en la idea del antropomorfismo social, que concibe a la sociedad como un ente con voluntad, similar a la del humano, que decide qué bien se le asigna a cada miembro de la civilización. Y, por consiguiente, se sostiene que la distribución de bienes y el resultado final de las acciones humanas no son espontáneos, sino que dirigidos y organizados. Ver HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 48-51. Aquello trae como consecuencia la idea de que el juez debe corregir este mal a través de la redistribución económica, en función de la justicia social.

Cuando prejuiciosamente se sabe qué parte ganará en el juicio por pertenecer a un determinado grupo, como alguna etnia o colectivo socioeconómico (que el juez considera desfavorecido), se hace dificultoso hablar de una justicia imparcial y abstracta, pues de antemano sabemos el resultado provocado por la calidad de las partes, y no por la fuerza de sus argumentos y pruebas. Por esta razón Themis tiene los ojos cubiertos y su sentencia se declara en base a los fundamentos expuestos verbalmente por las partes, a diferencia de Adicia que, con sus ojos descubiertos, resuelve observando quiénes son las partes, en la más ejemplar injusticia.

Esta visión significa el sacrificio de la imparcialidad del sentenciador (y a veces de la *imparcialidad*), ya que, si su deber es proteger a los grupos particulares que él considera más desfavorecidos en el conflicto jurídico, tendrá un interés en el resultado del juicio, vulnerando abiertamente el debido proceso. En ocasiones este interés activista no se presenta en el juez de manera expresa, fallando abiertamente contra la ley sustancial, sino que tomando parte del juicio a través de un rol directivo-material en el proceso, o sea, por medio de sus facultades probatorias, como las medidas para mejor resolver tratadas anteriormente; de allí que un sistema acusatorio, que limite las facultades probatorias de oficio, sea una garantía frente al activismo judicial¹⁰².

¹⁰² Rodrigo Escobar en su ensayo "Garantismo vs. activismo judicial: ¿esperanzas enfrentadas?" expone las contradicciones de ambas corrientes. Sin perjuicio que en nuestro trabajo se han realizado consideraciones distintas a las expuestas por él. Ver ESCOBAR, Rodrigo. Garantismo vs. activismo judicial: ¿esperanzas enfrentadas?, pp. 97-107.

Por otro lado, el profesor Verde precisa que cuando el juez es independiente del poder político, la existencia de amplias facultades judiciales no trae como resultado que el sistema judicial esté en función de la autoridad política; en VERDE, Giovanni. Las ideologías del proceso en un reciente ensayo, pp. 82-83. Sin embargo, el autor no repara que también es problemático que, en un sistema de amplias facultades para el juez, aumenten las posibilidades de que existan tantos planificadores sociales como jueces activistas, debido a que se les estaría entregando mayores facilidades para este propósito.

En relación con lo anterior, Alvarado da cuenta de una serie de situaciones en que jueces activistas vulneran expresamente la ley procesal, como el desconocimiento de la cosa juzgada o de la preclusión procesal. En ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.99), pp. 91-98. Esto sería una especie de "activismo procesal", diferente a lo que hemos expuesto. Nuestro planteamiento aborda la problemática de que formalmente la ley le entregue amplias facultades al juez, mientras que Alvarado relata casos en que se infringe directamente la ley procesal, contrariando los designios del legislador.

IV. NORMAS DE RECTA CONDUCTA Y PROCESO

Corresponde ahora aplicar la teoría de Hayek al derecho procesal. Si bien Hayek sostiene que “las normas de procedimiento y las relativas al funcionamiento de los tribunales son (...) reglas de organización y no de recta conducta”¹⁰³, no podemos compartir su postulado respecto de todas las normas procesales –tal vez en el derecho procesal orgánico se vea de manera más evidente la presencia de estas reglas de organización, sin perjuicio que igualmente podemos encontrarlas en otras disposiciones del derecho procesal–, toda vez que existen normas procesales de recta conducta, como expondremos en este capítulo. Para ello, debemos precisar que el mismo Hayek reconoce que a veces la legislación, o *thesis*, puede tener los atributos de un *nomos*, y ser una norma de recta conducta¹⁰⁴. Por consiguiente, aunque existan normas procesales que sean producto de la legislación deliberada, ellas perfectamente pueden ser normas de recta conducta que no imponen una acción en particular.

Ya se había advertido en la Italia de Mussolini la importancia que las normas procesales buscasen un resultado determinado para imponer su régimen totalitario. Es por esto que, en la exposición del proyecto de código de procedimiento civil fascista, se declaró que el juez no debe simplemente observar las conductas en el proceso; al contrario, debe tener un rol activo en la decisión de éste, o sea, sobre los resultados del juicio:

En el fondo de la cuestión se halla el renovado concepto de dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, en cuya virtud no podría admitirse que el Juez asista como espectador impasible y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego, de una lucha que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad

¹⁰³ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), p. 157.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 160.

del Estado. Es necesario por lo tanto que el Juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora¹⁰⁵.

El ámbito de aplicación o las particularidades de las instituciones procesales no son las únicas razones que justifican que el proceso sea una garantía de libertad. Al ser normas de recta conducta, las normas procesales aseguran la calidad de tercero imparcial del juez, por lo que, permiten conservar su función de adjudicador de derecho, preservando un orden abstracto de acciones permitidas.

De este modo, y en concordancia con la teoría de Hayek, debemos distinguir las normas procesales de recta conducta, en las que el juez se limita a observar el cumplimiento de ciertas conductas establecidas, de las normas procesales de resultado, donde el juez privilegia la búsqueda determinados resultados, como conocer la verdad o la tutela judicial efectiva, en desmedro del cumplimiento de las normas procesales de recta conducta por las partes.

En una visión garantista resguardada por las normas de recta conducta, el juez no elabora mandatos que pueden ir en beneficio o perjuicio de una de las partes, sino que simplemente se dedica a observar las conductas procesales; por ejemplo, que las actuaciones estén dentro de plazo, que se cumplan los presupuestos procesales o que las pruebas –que las partes pueden elegir, generalmente, a su discreción, si es que desean presentarlas– se obtengan sin vulnerar derechos fundamentales. Todo esto, en armonía con la observancia de normas de recta conducta de carácter sustancial.

Un sistema procesal regido por las normas procesales de recta conducta respetará los intereses intersubjetivos del conflicto, garantizándoles espacios de protección a los individuos¹⁰⁶, por medio de derechos procesales exclusivos de las partes. En consecuencia, que el proceso traiga como resultado una sentencia apegada a la verdad, o al menos a un cierto grado de ella, dependerá principalmente de las partes que, con sus derechos exclusivos para presentar pruebas y sus respectivos aportes probatorios, deberán convencer a este tercero imparcial para que tome una decisión acertada.

¹⁰⁵ Exposición de motivos del proyecto del nuevo código italiano de 1940 del Ministro de Justicia de Mussolini, Dino Grandi. Citado por ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.40), p. 85.

¹⁰⁶ Para espacios de protección de los individuos y propiedad en sentido amplio, véase HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.3), pp. 137-141.

Al proteger las normas procesales de recta conducta, el juez resguarda un orden abstracto de acciones, al igual que en el derecho sustantivo, evitando caer en un *particularismo de los juicios*, en donde cada litigio tuviese su propia norma procesal. En cambio, si en aras de resultados determinados, como obtener la verdad, el juez practica facultades probatorias de oficio –que son normas procesales de resultado–, impondrá a las partes sus apreciaciones personales o sus fines particulares, como la preferencia por una de ellas o su afinidad política con ciertos proyectos, que pueden, incluso, ser contrarios al orden jurídico imperante; sacrificando, así, su calidad de tercero imparcial, como ocurre bajo la corriente del activismo judicial¹⁰⁷.

Entonces, si el juez aplica normas procesales de resultado, como las facultades probatorias de oficio –las cuales buscan un resultado determinado en el litigio, como obtener la verdad, y que terminan afectando a la parte que no tenía la carga de probar, como explicamos anteriormente–, se convertirá en un planificador que administra el resultado de los juicios conforme al plan trazado por él o por la autoridad política (en la eventualidad de que el juzgador no sea independiente); pues sólo dirigiendo con mandatos puede conseguir un resultado determinado que le sea indiferente si las partes han cumplido, o no, con las normas procesales de recta conducta. Su trabajo ya no sería preservar un orden abstracto de acciones, sino que pronunciarse sobre cada caso específico en función de su interés particular.

¹⁰⁷ Por esta razón es tan importante el principio formativo del orden consecutivo legal, que establece las etapas del proceso por medio de la ley, anticipando a las partes cómo se desarrollará el proceso. Aunque no será garantía suficiente, si las instituciones procesales que se presentan en esas etapas dan amplias facultades al juez, permitiendo el sacrificio de su calidad de tercero imparcial.

En general, es fundamental que los modelos procesales sean lógicos, con el fin de hacerlos predictivos. Sería un aporte muy interesante algún estudio profundo sobre las maneras en que la lógica es esencial para el debido proceso y/o las teorías liberales del derecho.

V. POSNER Y LAS NORMAS PROCESALES DE RECTA CONDUCTA

1. Algunas consideraciones de la teoría de Posner sobre el proceso.

Habiendo aplicado la teoría del derecho de Hayek al derecho procesal – deduciendo de este ejercicio las normas procesales de recta conducta, contrarias a las normas procesales de resultado–, nos queda comparar este planteamiento con algunos aspectos del Análisis Económico del Derecho de Richard Posner sobre el proceso. Para ello, debemos exponer brevemente algunas consideraciones respecto de lo que Posner plantea acerca del proceso, y, luego, realizar un análisis comparativo entre esta visión y las normas procesales de recta conducta.

Como era de esperarse, el enfoque con el que Posner analiza el proceso es de carácter económico, y no político-jurídico, como hemos venido haciendo. Según el autor, el objetivo del sistema procesal, desde un punto de vista económico, es minimizar la suma de dos tipos de costos¹⁰⁸.

- 1) El costo de decisiones judiciales erróneas. Para explicarlo el autor nos entrega de ejemplo el caso en que el costo esperado de un accidente equivale a 100 dólares, mientras que el costo del victimario para evitarlo es de 90; éste evitará el accidente en la medida que la norma de responsabilidad extracontractual se adjudique correctamente. Pero, ahora supongamos que el 15% de los casos en que ocurre este tipo de accidentes puede esperarse que el victimario eluda su responsabilidad por culpa de determinaciones de hecho erróneas del sistema; por lo tanto, se reducirá a 85 dólares el costo presupuestado del accidente para el posible victimario, y como el costo de evitarlo es mayor (90 dólares), éste no tendrá incentivos para prevenir el accidente¹⁰⁹.
- 2) El costo de operación del sistema procesal. En el mismo ejemplo anterior, presumamos que para reducir la tasa de la no imposición errónea de responsabilidad, de 15% a 10%, se necesitará una inversión adicional en el sistema procesal de 20 dólares por accidente. Por consiguiente, se debería aceptar la probabilidad de error de 15%, ya que el costo del error posterior

¹⁰⁸ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*, p. 850.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 850.

a la inversión (10 dólares) es menor que el gasto requerido para eliminarlo (20 dólares)¹¹⁰.

En el esquema descrito la prueba es fundamental, debido a que es funcional para reducir los costos de las determinaciones de hecho erróneas del sistema. De este modo, “la ley de la prueba es el conjunto de reglas que determinan cuál información, y cómo, podrá proveerse a un tribunal legal al que se pide que resuelva una disputa de hecho”¹¹¹.

La búsqueda de la prueba, necesaria para el establecimiento de los hechos, genera beneficios y costos. Los beneficios se pueden expresar de la siguiente manera¹¹²:

(x) = la cantidad de la prueba.

p = la probabilidad de que, si la prueba es considerada por quien establece los hechos, el caso judicial se decidirá correctamente. Y p está en una función positiva de (x) . El máximo que la probabilidad puede alcanzar es 1 con una prueba suficiente.

S = el valor de lo que está en juego en el juicio.

Entonces, los beneficios equivalen a¹¹³:

$$p(x)S$$

Mientras que los costos de búsqueda de la prueba (c), que están en función de la cantidad de la prueba (x), pueden traducirse así¹¹⁴:

$$c(x)$$

Por consiguiente, los beneficios netos ($B(x)$) de la búsqueda de la prueba pueden exponerse con la siguiente fórmula¹¹⁵:

$$B(x) = p(x)S - c(x)$$

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 850.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 921.

¹¹² *Ibíd.*, p. 921.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 921.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 921.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 921.

De acuerdo con lo anterior, la cantidad óptima de búsqueda de prueba, es decir, la cantidad que maximiza los beneficios netos, es la cantidad que satisface¹¹⁶:

$$p_x S = c_x$$

La búsqueda debería llegar hasta que el costo marginal alcance al beneficio marginal¹¹⁷.

El teórico del Análisis Económico del Derecho afirma que “la cantidad de prueba en el punto óptimo será mayor entre mayor sea lo que está en juego en el caso, entre menor sea el costo de obtención de las pruebas, y entre mayor sea el efecto de las pruebas sobre el aumento de la probabilidad de un resultado correcto”¹¹⁸. Para que se cumpla este postulado se pone de condición que no haya una economía a escala en la búsqueda de la prueba, y que se vaya disminuyendo el efecto de las pruebas respecto del resultado del juicio en la medida en que éstas se van agregando, por lo que, el buscador tendría que iniciar su búsqueda por la prueba más efectiva, para luego ir añadiendo las menos efectivas en una escala decreciente¹¹⁹. Sin embargo, como crítica a este supuesto de Posner podríamos argumentar que no siempre se tiene el conocimiento perfecto, antes de realizar la búsqueda, de cuál prueba es la más efectiva en una escala decreciente, de modo tal que el agente se vería imposibilitado de agregar las pruebas en dicho orden decreciente. También el planteamiento del autor descansa en la hipotética infinidad de las pruebas –por consiguiente, el óptimo se alcanzaría hasta que los costos marginales alcancen a los beneficios marginales–, no obstante, la realidad muchas veces nos entrega un número limitado de pruebas al que podemos acceder (por varios motivos, como podría ser la exclusión de prueba ilícita o las circunstancias fácticas), y, por tanto, la

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 921.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 921.

Aquí podríamos hacer una interesante crítica económica desde la teoría de la Escuela Austriaca, que refutó a la teoría de la economía del giro uniforme. Si el costo marginal de la búsqueda de la prueba equivale al beneficio marginal que ella otorga, le será indiferente al agente agregar la última prueba (o unidad), puesto que no le reportaría ninguna utilidad. Por este motivo, cuando alguien compra un bien, está valorando más el bien recibido que el dinero entregado al vendedor, porque, de no ser así, el realizar la transacción lo dejaría en la misma posición económica, es decir, le sería indiferente la acción de comprar. Existe una tendencia a que el costo marginal alcance al ingreso marginal, aunque este equilibrio jamás se alcanza, por las razones ya expuestas. En efecto, el maestro de Hayek, el economista Ludwig von Mises, explica: “No podemos ni siquiera imaginar un mundo en el cual la gente actuara sin perseguir beneficio psíquico alguno y donde la acción no provocara la correspondiente ganancia o pérdida. (...) El ganadero alimenta y ordeña a sus vacas y vende la leche, ya que valora en más las cosas que puede comprar con el dinero así obtenido que los costes que para ello ha tenido que afrontar”. Véase MISES, Ludwig von. *La Acción Humana: tratado de economía*, p. 352.

¹¹⁸ POSNER, Richard, *op. cit.* (n.108), pp. 921-922.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 922.

búsqueda de pruebas podría detenerse antes que el costo marginal alcance al ingreso marginal.

La decisión de adoptar un sistema acusatorio o uno inquisitivo tendrá que considerar los costos y beneficios que se derivan de cada sistema, los que dependen del tipo de buscador que ofrecen¹²⁰.

En el sistema inquisitivo existe un monopolio en la búsqueda de la prueba, que recae sobre el juez, quien está instruido y tiene experiencia en esa labor. Aunque, el sistema presenta el problema de poder determinar si el juez hizo hallazgos erróneos o correctos, debido a la dificultad de evaluar los hechos legales. Asimismo, el sistema requiere de un gran número de jueces que puedan recolectar pruebas¹²¹.

En cambio, en el sistema adversarial o acusatorio no existe un monopolio en la búsqueda de pruebas, sino que esta tarea la realizan los abogados de las partes. Este sistema parece, a primera vista, menos eficiente que el sistema inquisitorial, habida cuenta que implica la actividad de dos o más buscadores, en lugar de uno, como ocurre en el sistema inquisitivo; existe una duplicación que genera un costo adicional. No obstante, en razón que los abogados son compensados directa o indirectamente por el resultado del juicio, el sistema tiene la ventaja de entregar grandes incentivos para que ellos encuentren pruebas favorables para sus respectivos clientes; y entre más monetariamente valioso sea el caso en juego, mayores serán los recursos destinados a la obtención de dichas pruebas. Además, el sistema acusatorio produce competencia entre los abogados de las partes, aumentando los incentivos para buscar pruebas, situación que no sucede cuando existe el monopolio judicial en la búsqueda de pruebas del sistema inquisitivo. En este escenario, “la parte que tiene la posición objetivamente más fuerte podrá obtener pruebas favorables para ella a un costo menor que el necesario para que la parte contraria pueda obtener pruebas favorables, el sistema competitivo de la reunión de pruebas tiende en favorecer a la parte que ganaría en un mundo libre de errores”¹²².

Considerando que en el sistema acusatorio los beneficios de la competencia y sus incentivos superan a los costos, Posner se inclina a favor de éste¹²³.

Ahora, si bien debemos ser precisos en señalar que Posner no se pronuncia acerca de la idoneidad (o no) del sistema mixto, sostenemos que su modelo de análisis no excluye necesariamente este sistema y que, de hecho, sus argumentos pueden utilizarse para justificar que el juez posea facultades

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 924.

¹²¹ *Ibíd.*, pp. 924-928.

Posner sostiene que en el sistema inquisitivo el juez es presumiblemente desinteresado, ver *ibíd.*, p. 934.

¹²² Lo anterior y la cita en *Ibíd.*, pp. 924-927.

¹²³ *Ibíd.*, p. 927.

probatorias, en convivencia con las potestades probatorias de las partes, a través de las medidas para mejor resolver.

En efecto, Posner advierte que en el sistema acusatorio –en donde el incentivo recae sobre los privados que deben acudir al “mercado” de las pruebas– hay ocasiones en que el beneficio social puede ser mayor que el beneficio privado de las partes, y que aquello produzca como consecuencia que hayan menos pruebas que las requeridas para alcanzar el óptimo social, puesto que los privados no tendrían los incentivos suficientes para conseguirlo¹²⁴. Este problema planteado por el autor podría ser corregido, o al menos aminorado, por medio de la adopción de un sistema acusatorio que contemple las medidas para mejor resolver (sistema mixto).

Recordemos que las medidas para mejor resolver son una facultad que puede decretar el juez a su entera discreción en caso de duda, por lo que, al ser ésta una facultad discrecional, no debería utilizarse en todos los casos y, por lo tanto, no se destruiría totalmente el incentivo de las partes para buscar pruebas. Su uso es una probabilidad que las partes tendrán en cuenta, pero aquél no implica una pérdida total del incentivo, ya que siempre se mantendrá el riesgo para la parte, que no busca eficientemente pruebas, que el juez no disponga de estas medidas en su ayuda. De esta manera, se crea un esquema en que el juez subsidiariamente decreta las medidas para mejor resolver en ciertas circunstancias en que el beneficio social es mayor que el beneficio privado –que incentiva a las partes a buscar pruebas–, con el fin de obtener el óptimo social de pruebas.

Utilizando la metodología del autor podemos afirmar que las medidas para mejor resolver se justifican en su modelo de análisis, siempre que el aumento de pruebas obtenidas por las medidas para mejor resolver incrementen las probabilidades de las decisiones judiciales acertadas más que la pérdida de riesgo para las partes de que el juez no subsidie su ineficiencia en la búsqueda de pruebas, por causa de practicarse estas medidas.

Nuestra hipótesis acerca que el modelo de Richard Posner permite justificar las medidas para mejor resolver cobra mayor sustento si aplicamos la distinción de Montero Aroca sobre las dos grandes visiones de la función de la jurisdicción¹²⁵ y, por ende, entendemos que el objeto del derecho procesal para el Análisis Económico del Derecho de Posner es reducir los costos de la errónea aplicación del derecho positivo, en todas las circunstancias en que éste no es observado por los agentes, con el fin de obtener la mayor eficiencia económica posible; y que en función de este objetivo estarían los derechos procesales de las partes, es decir, que no necesariamente éstos se fundamentarían en la defensa del individuo. Entonces, no sería contrario para este modelo sacrificar estos

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 926.

¹²⁵ Ver notas números 64 y 65.

derechos en aras de mayor eficiencia económica, como podría ocurrir si el juez decretase las medidas para mejor resolver.

2. Comparación de la teoría de Posner con las normas procesales de recta conducta.

Una diferencia significativa entre el pensamiento de Posner y el de Hayek, en general, que podemos identificar es en función del enfoque metodológico de ambos. Posner recurre al *utilitarismo constructivista* para justificar su modelo, toda vez que éste debe ser diseñado conscientemente bajo la búsqueda de la maximización de las utilidades económica-sociales, mientras que Hayek, un *racionalista crítico o evolucionista*, se opone a esta doctrina, por las siguientes razones:

- a) En un inicio, el utilitarismo hizo su juicio de utilidad acerca de los medios que servían a fines diversos e imprevistos, pero, posteriormente, el deseo racionalista desfiguró el concepto de utilidad, y éste empezó a emplearse no sólo respecto de los medios, sino que también sobre los fines últimos, los que supuestamente eran conocidos y poseían atributos comunes¹²⁶.

En cambio, para Hayek la contribución de las normas de conducta “no consiste en hacer que tenga éxito cualquier particular plan de acción, sino en conciliar muy diferentes planes de acción. Es la interpretación de las normas de conducta como parte de un plan de acción de la sociedad hacia el logro de algún conjunto único de fines lo que confiere a todas las teorías utilitaristas su carácter antropomórfico”¹²⁷.

En efecto, la teoría hayekiana afirma que el orden jurídico no ha sido creado para conseguir un específico fin conocido, por el contrario, se ha desarrollado porque aumentaba las posibilidades de todos de alcanzar sus propios fines. Asimismo, comprende que estos fines son innumerables, desconocidos en su conjunto y diferentes entre los distintos individuos¹²⁸; tal diagnóstico se contrapone a los postulados del *utilitarismo constructivista*, que declaran que los fines son comunes y conocidos.

- b) A raíz de esta visión antropomórfica de la sociedad, el utilitarismo plantea que las instituciones serían producto de la mente humana, y no del orden espontáneo como sostiene Hayek¹²⁹.

¹²⁶ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), pp. 204-205.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 210.

¹²⁸ Véase nota N° 19.

¹²⁹ HAYEK, Friedrich, *op. cit.* (n.13), p. 210: “Las normas de conducta, al igual que las normas de lenguaje, no son producto de la adaptación directa a hechos particulares conocidos, sino de un

- c) El enfoque utilitarista no considera un elemento sustancial que justifica la existencia de las normas: nuestra ignorancia de los hechos particulares que determinan los efectos últimos de nuestras acciones. Aquel *constructivismo* supone el conocimiento perfecto de los problemas, de las necesidades que deben solucionar las normas y de los datos para su aplicación¹³⁰. De la misma forma, Posner cae en el mismo error metodológico, puesto que su modelo requiere de un cálculo utilitarista de costos y beneficios económicos de todo el sistema, el cual, según Hayek, es impracticable por la imposibilidad de poseer el conocimiento perfecto de todos los hechos particulares.

Además, podemos establecer una divergencia entre los fundamentos del derecho procesal para Posner y las normas procesales de recta conducta. En los términos de la distinción de Montero Aroca relativa a la función de la jurisdicción¹³¹, el modelo procesal de Posner tiene como objeto reducir los costos de la errónea aplicación del derecho positivo, en todas las circunstancias en que éste no es observado, con el fin de obtener la mayor eficiencia económica posible, por lo que, al servicio de este objetivo estarían los derechos procesales de las partes. Esta visión es contraria al esquema de las normas procesales de recta conducta, que se fundamentan en el individuo y en permitir la búsqueda de sus fines; por este motivo le entregan espacios de protección, por medio de derechos procesales exclusivos, a las partes. Justamente, el fundamento de las normas procesales de recta conducta no es que los derechos procesales de las partes estén en función de la aplicación del derecho objetivo, sino que este derecho positivo se adjudique protegiendo al individuo, respetando sus derechos procesales, que son límites al poder.

Finalmente, si bien debemos precisar que Posner se decanta por el sistema acusatorio, que es compatible con las normas procesales de recta conducta, no se pronuncia acerca de la idoneidad (o no) del sistema mixto. Es más, por las razones anteriormente expuestas, sostenemos la hipótesis que su modelo de pensamiento permite justificar la adopción de las medidas para mejor resolver – cuando el beneficio social supera al beneficio privado– en pos de conseguir el óptimo social de pruebas que permitan aumentar las probabilidades de decisiones judiciales acertadas, y así disminuir el costo de las decisiones judiciales erróneas. Si nuestra hipótesis es correcta, el sistema de Posner permitiría justificar un sistema mixto que sería incompatible con un sistema completamente fundado en normas procesales de recta conducta, por contener las medidas para mejor resolver, que son normas procesales de resultado.

proceso cumulativo en el que, en cualquier momento, el factor principal es la existencia de un orden fáctico determinado por normas ya establecidas”.

¹³⁰ *Ibíd.*, pp. 207-209.

¹³¹ Ver notas números 64 y 65.

VI. TARUFFO Y LAS NORMAS PROCESALES DE RECTA CONDUCTA

1. Algunas consideraciones sobre las críticas de Taruffo al sistema acusatorio.

Como último contraste, nos queda analizar comparativamente las normas procesales de recta conducta con la perspectiva del procesalista Michele Taruffo. Para ello, deberemos realizar algunas consideraciones sobre algunos postulados de Taruffo, y después efectuar el respectivo análisis comparativo con las normas procesales de recta conducta.

Taruffo, un crítico del pensamiento posmoderno que relativiza el concepto de verdad¹³², reivindica el valor social de la verdad, particularmente en el ámbito moral y en el sistema político. En el aspecto moral la verdad cobra relevancia, habida cuenta que es necesario calificar lo que es verdadero y lo que es falso, con el objeto de aplicar las reglas morales¹³³. Al mismo tiempo, los sistemas democráticos también requieren que la verdad sea un valor importante, puesto que los ciudadanos que poseen información verídica de las actuaciones de su gobierno están en mejor posición para fiscalizarlo frente a posibles acciones ilegítimas. Por el contrario, los sistemas totalitarios utilizan la mentira y la desinformación como medio de control¹³⁴.

En este escenario, en el que la verdad vuelve a recuperar su importancia, la administración de la justicia no escapa de este deber de considerar la verdad como un valor fundamental para el correcto funcionamiento del sistema sociopolítico. Por consiguiente, en una democracia el sistema de justicia no debe estar basado sistemáticamente en el error y en la mentira¹³⁵.

En concordancia con lo anterior, Taruffo critica que en el sistema adversarial la controversia se decida “sobre la base del resultado del libre enfrentamiento entre las partes”¹³⁶, y sostiene que el contenido y la calidad de la decisión carecen de relevancia en dicho sistema¹³⁷. Aquello trae como consecuencia que tampoco

¹³² TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), pp. 89-98.

¹³³ *Ibíd.*, pp.109-110.

¹³⁴ *Ibíd.*, pp.111-112.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp.114-115.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 127.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 127.

sea relevante la veracidad, o la falta de ella, “de la determinación de los hechos en los que se funda la decisión”¹³⁸.

En efecto, Taruffo plantea que al sistema acusatorio no le interesa la verdad, llegando incluso a sostener que para dicho sistema “no se trata sólo de que la verdad no sea un valor: es evidentemente un *disvalor*”¹³⁹. Esta última frase, que trata a la verdad como un *disvalor*, y en la que el autor no ofrece una justificación lógica que la sustente, se entiende como si el sistema adversarial valorase la mentira deliberadamente. Tal postulado, en nuestra opinión, es erróneo, ya que, como precisa el profesor Montero Aroca, en el sistema acusatorio la verdad no puede ser alcanzada sacrificando principios esenciales del proceso¹⁴⁰, lo que no implica que encontrarse con ella –siempre que se cumpla el presupuesto de respetarse estos principios esenciales– sea algo negativo o no deseable por el sistema, como afirma Taruffo. De hecho, recordemos que, respecto del sistema adversarial, Montero Aroca expresa que: “lo normal es que en los procesos civiles se logre la verdad de cómo sucedieron los hechos, puesto que las limitaciones operarán de modo no general, sino que en procesos concretos”¹⁴¹. En consecuencia, Taruffo confunde casos excepcionales con la regla general del sistema. Por lo demás, en la práctica sería social y políticamente insostenible que el sistema buscara deliberadamente la mentira.

Como ejemplo de modelo adversarial, Taruffo destaca el sistema procesal de los Estados Unidos¹⁴². Sin embargo, investigando una de las obras más autorizadas para el estudio del sistema procesal de los Estados Unidos, no pudimos encontrar respaldo a la afirmación de Taruffo sobre que el sistema acusatorio vea en la verdad un *disvalor*; todo lo contrario, la doctrina del profesor Hazard señala que el sistema valora la competencia entre las partes como un incentivo para que cada una ponga su máximo esfuerzo en la investigación de los hechos¹⁴³. Sin perjuicio de lo anterior, existe otra doctrina más radical, la cual ve al proceso como un medio ritual o teatral, que plantea que, por regla general, a juicio no llegarían las controversias que pudiesen ser resueltas racionalmente mediante pruebas evidentes, debido a que las partes conceden lo que efectivamente se puede probar; en cambio, la tendencia sería que llegasen a juicio casos con pruebas ambiguas, que no fuesen tan efectivas para probar lo realmente ocurrido, por lo que, el proceso no sería el medio indicado para buscar la verdad¹⁴⁴. No obstante, esto tampoco implica que la verdad sea un *disvalor* para el sistema acusatorio, como sostiene Taruffo.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 127.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 127.

¹⁴⁰ Ver nota N° 96 respecto de Montero Aroca.

¹⁴¹ Citado en nota N° 97.

¹⁴² TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p 125.

¹⁴³ HAZARD, Geoffrey C., Jr., *et al, op. cit.* (n.45), pp. 47-49.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 48-49.

Con el fin de demostrar que el sistema dispositivo no es un método eficaz para la búsqueda de la verdad, el autor argumenta que las partes pueden presentar las pruebas que sean convenientes a sus intereses, y que también pueden exponer sólo una fracción de los hechos, no teniendo “ningún interés en una búsqueda neutral de las informaciones útiles para su determinación”¹⁴⁵.

Taruffo sostiene que en el sistema adversarial siempre habrá, por lo menos, en una parte, que sabe que el descubrimiento de la verdad no le conviene para conseguir la victoria en el pleito, el incentivo de ocultar o distorsionar la verdad de los hechos. Además, eventualmente dicho interés de ocultar la verdad puede presentarse en ambas partes, quienes podrían intentar esconder la verdad¹⁴⁶. Montero Aroca refuta este planteamiento argumentando que aquél supone que necesariamente una parte sabe que está mintiendo, a diferencia de lo que generalmente ocurre en la práctica, en donde el abogado expone una historia desde “su verdad”, enfatizando los aspectos que favorecen a su cliente, y el abogado de la contraparte también relata la misma historia desde “su verdad”, con la perspectiva que beneficia a su representado. En otras palabras, no existe un conocimiento *a priori* de “la verdad” y, por lo tanto, en ningún caso se intenta de mentir, sino que se recurre a la dialéctica. Evidentemente pueden existir casos excepcionales en el ejercicio profesional en que se utilice la mentira, pero aquella actitud puede significar un error táctico para el abogado. De este modo, “la estrategia procesal, considerada un arte, no consiste en mentir, y la argumentación, en tanto que ejercicio de la razón utilizando la técnica jurídica, no se basa en confundir”¹⁴⁷.

De esta manera, Taruffo manifiesta que en el sistema dispositivo “la verdad se presenta como un fin que las partes no pretenden perseguir y, por tanto, cualquier actividad encaminada en esa dirección está destinada a parecer un inútil derroche de tiempo y de recursos”¹⁴⁸. Esta afirmación, como se ha demostrado, carece de sustento, toda vez que dependerá de las partes y de su estrategia, que determinará lo que alegarán y las pruebas que presentarán, si es que buscan la verdad o no.

¹⁴⁵ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), pp. 128-129.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 130-131.

¹⁴⁷ Esta cita textual y lo anterior en MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.54), pp. 342-343.

En una línea similar, el profesor Franco Cipriani explica que el hecho que las partes estén en posiciones contrapuestas, no implica necesariamente que una de las dos mienta, sino que cada una ve las cosas desde su punto de vista, debido a que “el mundo del derecho es el mundo de la duda”. Asimismo afirma: “hay una cierta confusión sobre la esencia y la función de la dialéctica, que es el arte de razonar, de argumentar y de refutar las opiniones ajenas, no ciertamente un instrumento para enredar mejor al prójimo más o menos parangonable al juego de las tres cartas. La dialéctica, en efecto, como estaba ya claro en los tiempos de Aristóteles, es una refinada manifestación del espíritu y está hecha de mil sutiles y sofisticadas éstratagemas; de ella hace uso y consumo el abogado defensor, no ciertamente de burdas y vulgares mentiras”. Lo anterior del profesor Cipriani y las citas textuales, en CIPRIANI, Franco. El abogado y la verdad, pp. 284-288.

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 131.

En vista de lo anteriormente expuesto, Taruffo declara que el sistema acusatorio “es estructuralmente inadecuado, y resulta incluso fuertemente contraindicado, para la búsqueda de la verdad, además de fundarse en una ideología de la justicia que no reconoce a la verdad ningún valor positivo”¹⁴⁹.

2. Algunas consideraciones del sistema mixto propuesto por Taruffo.

Recapitulando, para Michele Taruffo la obtención de la verdad es una condición tan necesaria para la justicia del caso, que transmuta el concepto de debido proceso, el cual tradicionalmente atiende de manera exclusiva a la observancia de las garantías procesales. Él sostiene que, aparte de respetar las garantías, el debido proceso, para ser considerado como tal, debe tener como requisitos adicionales que la sentencia se funde en una correcta interpretación del derecho y en una determinación verdadera de los hechos del caso, puesto que las decisiones justas no pueden establecerse sobre hechos erróneos¹⁵⁰. De esta forma, el autor confunde el concepto de debido proceso, que se preocupa exclusivamente de las garantías procesales, con una decisión judicial apegada a la verdad y que, al mismo tiempo, sea obtenida con respeto a las garantías procesales.

En efecto, para Taruffo la obtención de la verdad es imperiosa, al punto que llega a sostener que “la determinación de la verdad de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la decisión”¹⁵¹. Sin embargo, recordemos que esta afirmación es controvertida por el profesor Montero Aroca, que advierte del peligro de entender que “la [justicia] del caso concreto sólo se logra si se alcanza la [verdad objetiva], pues entonces la tentación lleva a desconocer principios esenciales en el proceso civil, como los principios dispositivos y de contradicción”¹⁵². Por lo demás, el planteamiento de Taruffo –que si bien se refiere a las decisiones judiciales– presenta el siguiente problema práctico respecto de la verdad, como condición necesaria, y la resolución justa del conflicto: si consideramos las últimas implicancias de su postulado y las aplicamos a otros métodos de solución de conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica que pasan por la aprobación del juez, los cuales no siempre se fundamentan en la verdad de cómo ocurrieron los hechos, tendremos como consecuencia que estos medios sean eventualmente considerados injustos. Por ejemplo, podría ocurrir que en un avenimiento, que pone término al juicio, no se vea reflejada la verdad íntegra de cómo ocurrieron los hechos, ya que las partes valoraron más los costos de seguir en el juicio, y/o consideraron la debilidad de

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 129.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pp.135-136.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p.142.

¹⁵² Citado en la nota N° 97.

sus respectivas posiciones probatorias, las cuales hacían poco probable su victoria. Si seguimos el postulado de Taruffo hasta sus últimas consecuencias, el juez debería constatar, a través de la prueba de oficio, si es que el avenimiento en cuestión es acorde a la realidad de cómo ocurrieron los hechos, con el objeto de poder calificar la resolución del conflicto de justa o injusta. Si la idea de que sólo con la obtención de la verdad se conseguiría la justicia de la decisión la aplicamos a todo método de solución de conflictos que pasa por la supervención y aprobación del juez, tendremos estos problemas para determinar la justicia de esos medios.

Debido a esta necesidad imperiosa de encontrar la verdad, Taruffo entiende al proceso como un instrumento epistémico¹⁵³, y propone el sistema mixto –en donde el juez de oficio y las partes pueden ofrecer pruebas– como mejor solución epistémica¹⁵⁴.

Taruffo presenta su modelo como una propuesta “técnica” acorde a reglas y métodos epistemológicos válidos, que se contraponen a las “ideologías contraepistémicas” vigentes en los sistemas procesales¹⁵⁵, en clara alusión al sistema adversarial. No obstante, el autor no repara que su propuesta de aumentar los poderes del juez también responde a una cuestión de tipo ideológica-política, y no meramente técnica, habida cuenta que se está pronunciando de cuánto poder debe tener el juez (o sea, el Estado) frente a los individuos y su libertad¹⁵⁶. Que el autor sustente su propuesta en pretendidas razones epistémicas, no implica a que su modelo no vaya en desmedro del individuo y su libertad. De este modo, como indica el profesor Montero Aroca, esta posición favorable al aumento de poder el juez denota una concepción autoritaria del Estado frente a los individuos¹⁵⁷.

Por los mismos motivos en que sustenta su crítica al sistema acusatorio, Taruffo afirma que las partes no están orientadas hacia la búsqueda de la verdad. Por consiguiente, en su modelo mixto plantea que, a pesar que el demandante y el demandado cumplen una función a través de diferentes actividades, se debe

¹⁵³ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 155.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 202.

Sobre la búsqueda de la verdad y las facultades probatorias del juez para conseguirla, el profesor Girolamo Monteleone hace el siguiente cuestionamiento: “Puesto que una sentencia no es nunca justa si se basa en una determinación errónea o inexacta de los hechos, ¿quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, y por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos en juicio) sean más idóneas que aquellas propuestas por las partes (sujetos que, por el contrario, son los artífices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos?”. En MONTELEONE, Girolamo, *op. cit.* (n.72), p. 185.

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), pp. 157-158.

¹⁵⁶ Ver notas sobre Montero Aroca números 69 y 70.

¹⁵⁷ Ver nota al pie de página N° 70.

En un sentido similar, Adolfo Alvarado sostiene que la elección de un sistema procesal responde a una decisión política, fundada en el modelo de sociedad que se desea; véase nota al pie de página N° 40.

“contrarrestar –o al menos minimizar– la tendencia de las partes a distorsionar la verdad”¹⁵⁸. Según el autor, en razón de que las partes cumplen su cometido simplemente obteniendo la satisfacción de la carga de la prueba que se les ha impuesto, aquellas utilizan la prueba con el propósito de que sus enunciados alegados parezcan verdaderos, aunque éstos no lo sean en realidad, evento que, según él, ocurre generalmente. Por ende, sería perfectamente posible que una parte que alegó enunciados falsos saliese victoriosa, haciéndolos parecer verdaderos¹⁵⁹. Como comentario a este último planteamiento de Taruffo, podemos expresar que lo habitual es que si una parte miente en su exposición de cómo ocurrieron los hechos –situación que generalmente no acontece, puesto que cada parte expone “su verdad” de cómo ocurrieron los hechos, según señala Montero Aroca¹⁶⁰–, la otra parte le rebata, por medio del principio de contradicción, y pruebe la verdad de sus afirmaciones.

En concordancia con su pensamiento, Taruffo declara que “las actuaciones de las partes no pueden quedar comprendidas en el ámbito de la dimensión epistémica del proceso. Incluso se podría decir que si el proceso está orientado epistémicamente, esto es, si está dirigido hacia la averiguación de la verdad, eso ocurre no obstante las actuaciones defensivas que desarrollan las partes”¹⁶¹.

Producto de su desconfianza hacia las partes para la búsqueda de la verdad, el autor le asigna, en su modelo, un imprescindible rol epistémico al juez, quien es calificado como “el sujeto al que le compete la función epistémica fundamental, esto es, la determinación de la verdad de los hechos”¹⁶². En su opinión, el juez sería el único interesado en que el proceso concluyese en una decisión verdadera, o sea, que esté conforme a la verdad de los hechos¹⁶³; no adherimos a esta impresión, ya que Taruffo le atribuye al juez intenciones que no necesariamente posee. A nuestro juicio, esta concepción del autor descansa en una idealización que entiende que la totalidad, o a la mayoría, de los jueces son una especie de científicos curiosos y metódicos.

En su modelo Taruffo permite que el juez pueda disponer de la prueba de oficio, y frente a los cuestionamientos de los garantistas que advierten que esta facultad probatoria de oficio conllevará a la pérdida de imparcialidad del juzgador, responde que aquello no es efectivo¹⁶⁴. Para sostener su posición, el autor transmuta la noción tradicional de imparcialidad, y agrega que, para ser imparcial, el juez debe poseer “un criterio de verdad interno al procedimiento de elaboración

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 192. Recordemos que anteriormente planteamos nuestras críticas a los cuestionamientos de Taruffo sobre el sistema acusatorio y el rol de las partes, las que no vemos necesidad de repetir completamente.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 193-195.

¹⁶⁰ Ver nota N° 147 sobre Montero Aroca.

¹⁶¹ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 196.

¹⁶² *Ibid.*, p. 196.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 197.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 200-201.

de un juicio”¹⁶⁵, es decir, la imparcialidad consiste en que el juzgador debe dirigirse de forma objetiva en la búsqueda la verdad de los hechos. De este modo, la imparcialidad se dirige al fin determinado de buscar la verdad de los hechos¹⁶⁶. Por lo tanto, en palabras de Taruffo, “para ser imparcial, no es necesario que el juez sea pasivo y neutral en el ámbito del proceso: ser imparciales no significa no tomar posición (es decir: permanecer neutrales). Por el contrario, la imparcialidad hace referencia a una posición activa en el juicio”¹⁶⁷.

Nótese que el concepto de Taruffo se aleja de la noción tradicional de imparcialidad. Ya no es tan sólo el no tener interés personal en el resultado del juicio¹⁶⁸ o “la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes”¹⁶⁹, sino que a este planteamiento Taruffo le agrega el requisito que el juez dirija objetivamente su actuación hacia la búsqueda de la verdad de los hechos. En este supuesto, en que la imparcialidad implica la búsqueda de la verdad, el autor sostiene que un juez parcial es el que se deja influenciar por factores extraños, entre los que se encuentran los prejuicios¹⁷⁰; diferenciándose, así, del profesor Montero Aroca, quien entiende que el hecho que el juez falle sin prejuicios –esto es, una vez que haya conocido todos los elementos necesarios para adquirir convicción– tiene que ver con el cumplimiento de su función de formarse la convicción en el modo establecido por la ley, y no con el concepto de imparcialidad, que atiende a la equidistancia respecto de las partes y de sus intereses particulares, puesto que un juez podría perfectamente formarse una convicción anticipada sin tener predisposición para servir al interés de una parte determinada¹⁷¹.

En la perspectiva de Taruffo, si entendemos la imparcialidad como buscar objetivamente la verdad, no existirá, a primera vista, contradicción entre que el juez tenga poderes probatorios y mantener dicha imparcialidad¹⁷². Incluso, el autor llega a declarar que “la búsqueda de la verdad que esos poderes hacen posible pone al juez en una posición de imparcialidad (que no equivale a neutralidad o a pasividad) en la búsqueda de la verdad de los hechos”¹⁷³. No obstante, hay que puntualizar que sí ocurrirá una vulneración de la imparcialidad, si el juez hace uso de estos poderes de manera parcial, o sea, con la intención de favorecer a una parte determinada. En otras palabras, para el autor, el juzgador que dispone de la prueba oficiosa será imparcial, siempre que ejerza esos

¹⁶⁵ *Ibíd.* p.138.

¹⁶⁶ *Ibíd.* p. 138.

¹⁶⁷ *Ibíd.* p. 140.

¹⁶⁸ Como indica Alvarado en la nota N° 41 de este trabajo.

¹⁶⁹ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), p. 671.

¹⁷⁰ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 138.

¹⁷¹ MONTERO A., Juan, *op. cit.* (n.45), pp. 663-664.

¹⁷² TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), pp. 139-140.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 202.

poderes con el propósito de adquirir información relevante y útil para establecer la verdad¹⁷⁴.

Sin embargo, como ya hemos explicado anteriormente¹⁷⁵, es muy cuestionable la idea de que se pueda mantener la imparcialidad del juez, si éste dispone de la prueba de oficio, ya que, al hacerlo, realiza funciones propias de las partes, perdiendo, de este modo, su condición de *imparcial*. Recordemos que la carga de la prueba de un hecho determinado recae en una parte específica, y que si ella no logra cumplir el estándar probatorio, no podrá acreditar este hecho en su favor, pudiendo no ganar el juicio. Por lo que, al disponer de estas facultades probatorias de oficio, el juez favorece a la parte que tiene la carga de probar el hecho, subsidiándola; asimismo, perjudica a la contraparte que se beneficiaría de la eventual falta de cumplimiento del estándar probatorio. El juez que practica estas medidas a su discreción lo hace con el conocimiento de quién es la parte específica que favorece, y también sabe quién es la contraparte que perjudica. Por consiguiente, es muy cuestionable que un juez pueda mantener su imparcialidad si ha perdido, necesariamente, su condición de *imparcial*. En cualquier caso, como señala Montero Aroca¹⁷⁶, ya se ha perdido la garantía de *imparcialidad* al permitirle al juez realizar acciones propias de las partes, las cuales son incompatibles con su función de tercero.

En su defensa de las facultades probatorias del juzgador, Taruffo piensa que, cuando se ejerce la prueba de oficio, es posible que el juez no esté convencido de cómo ocurrieron los hechos¹⁷⁷. No obstante, cabe precisar que, siguiendo al profesor Hazard, la regla general es que el juez sí tenga una hipótesis fundada en una idea preliminar de cómo ocurrieron los hechos, al momento de disponer de dicha prueba de oficio¹⁷⁸; por tanto, a nuestro parecer, sería muy excepcional que el juez practicara pruebas sin una idea preliminar de las circunstancias de hecho, que lo induzca a ejercer dichas facultades de determinada manera, y no de otra. En este escenario, en el que el juez generalmente posee ideas preliminares de cómo ocurrieron los hechos antes de disponer de la prueba de oficio, el profesor Hazard advierte del riesgo de que el juzgador privilegie más estas ideas preliminares que los resultados objetivos que entregasen las pruebas practicadas, en su decisión final¹⁷⁹.

Consideramos que, en el fondo de la cuestión, la propuesta de Taruffo descansa en el supuesto idílico que los jueces generalmente rectificarán sus ideas preliminares de cómo ocurrieron los hechos, si las pruebas practicadas de oficio entregan nuevos antecedentes que demuestren lo erradas de estas ideas

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 140.

¹⁷⁵ Ver "crítica al sistema mixto" en el capítulo II, y en especial las notas números 71, 72 y 73 relativas a los aportes de Alvarado, Monteleone y de Montero Aroca respectivamente.

¹⁷⁶ Ver nota N° 73.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 201.

¹⁷⁸ Véase nota N° 74.

¹⁷⁹ Ver nota N° 74.

preconcebidas. Como dijimos anteriormente, para esta concepción el juez promedio sería una especie de científico metódico dispuesto a rectificar, siempre que fuese necesario, en función de encontrar la verdad.

A pesar de su confianza en la capacidad de los jueces, que ejercen facultades probatorias, para rectificar sus ideas preliminares (cuando éstas sean erróneas) en la generalidad de los casos, Taruffo admite la posibilidad de que un juez privilegie sus ideas preliminares –anteriores al ejercicio de las facultades probatorias– por sobre los resultados objetivos de las pruebas oficiosas practicadas, en su decisión final. Ante este riesgo, el autor propone controlar estos poderes de instrucción del juez a través de la aplicación del principio de contradicción, de modo tal que las partes puedan contradecir las actuaciones del juzgador que no fuesen racionales¹⁸⁰. Sin embargo, a nuestro juicio, la solución de Taruffo de utilizar el principio de contradicción entre el juez y las partes es meramente aparente, habida cuenta que presenta tres problemas, relacionados entre sí, que el autor no resuelve:

- 1) Para que se aplique el principio de contradicción debe existir una posición que se pueda contradecir, por consiguiente, debemos asumir que el juez posee una posición específica. Entonces, la propuesta de Taruffo conlleva a que el juez tome el rol de las partes, al tener que defender una posición determinada frente a la contradicción de una de dichas partes, que cree que aquel juzgador no ha empleado racionalmente de sus poderes. Este problema es manifiesto cuando el mismo Taruffo afirma que el principio de contradicción puede utilizarse para discutir con el juez el valor probatorio de la prueba que ha dispuesto de oficio¹⁸¹. Lo más probable es que el juez ya haya tomado una posición, asignándole un valor determinado a la prueba antes de practicarla, ya que difícilmente habría dispuesto de la práctica de aquella prueba de oficio en particular, si no esperase que ésta tuviese un valor determinado que justificase el utilizar dicha facultad de oficio para conseguirla. Por lo demás, esta tesis del juez, al ser opuesta a la posición esgrimida por la parte que la contradice, probablemente será beneficiosa para la otra parte que no se vea afectada.
- 2) Esta propuesta del autor implica que el principio de contradicción no se aplique, como habitualmente ocurre, entre dos partes jurídicamente iguales, toda vez que uno de los contendientes del debate, el juez, es quien toma la decisión final sobre quién tiene la razón en la disputa. En otras palabras, Taruffo propone que la parte afectada por las actuaciones probatorias de oficio contradiga al juez que las dictó, y que sea este mismo juzgador el que decida si prevalece su propia posición o la de su contradictor. Parece evidente que se vulnera la garantía de que no se

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), pp. 201-202.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 201.

puede ser juez y parte al mismo tiempo. Lo anterior produce la probable tendencia de que el juez no rectifique sus actuaciones que sean irracionales, debido a que no tiene incentivos para hacerlo.

- 3) Producto de estos problemas, aparece el riesgo, ya tratado¹⁸², de que el juez privilegie su posición, que lo motivó a ejercer sus facultades de determinada manera, por sobre los argumentos presentados por la parte afectada. Regresando a la idea de Taruffo de que se puede utilizar el principio contradictorio para discutir el valor que el juez le asigne a la prueba de oficio practicada por él¹⁸³, es probable que aquel juez tenga una idea preliminar del valor de dicha prueba, y que ésta haya motivado que ejerciera sus poderes probatorios, como explicamos anteriormente; por lo tanto, la parte afectada tendrá el peso de tener que hacer que el juzgador cambie de idea. Es decir, la parte que desee contradecir al juez estará en una posición desventajosa, puesto que tendrá que refutar una hipótesis que probablemente ya está en la mente del juez, y que además tiene por cierta; a diferencia del sistema acusatorio, en donde el juez, generalmente, escucha las dos posturas antes de llegar a una convicción. En efecto, el juez habrá tomado una tesis que será contraria a la planteada por una de las partes, y, ante esta disyuntiva, tendrá la predisposición de privilegiar su propia posición.

En definitiva, la solución propuesta por Taruffo para controlar la racionalidad de las actuaciones del juez en el uso de las facultades probatorias, que su modelo permite, es meramente aparente, porque no resuelve los problemas planteados.

3. Comparación de la teoría de Taruffo con las normas procesales de recta conducta.

Habiendo realizado las respectivas consideraciones sobre la teoría de Taruffo, corresponde ahora efectuar el análisis comparativo entre el modelo que ofrece y las normas procesales de recta conducta.

En primer lugar, si aplicamos la distinción del profesor Montero Aroca acerca de las dos grandes visiones de la función de la jurisdicción¹⁸⁴, se verá con facilidad que el objeto de la jurisdicción para Taruffo es la aplicación del derecho objetivo en todos los supuestos en que éste no sea observado¹⁸⁵, por lo que, la búsqueda de la verdad por parte del juez¹⁸⁶ se convierte en una tarea

¹⁸² Ver nota N° 74.

¹⁸³ Véase nota N° 181.

¹⁸⁴ Ver notas números 64 y 65.

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 133.

¹⁸⁶ Véase nota N° 162.

fundamental¹⁸⁷. En esta búsqueda de la verdad como objetivo primordial del proceso, Taruffo le entrega al juez facultades probatorias de oficio, sacrificando, así, su calidad de tercero imparcial, como vimos anteriormente. Esta concepción *publicista* se opone a la visión de las normas procesales de recta conducta, que sostiene que la jurisdicción debe preservar la condición de tercero imparcial del juez, quien es el último garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo; es decir, la adjudicación del derecho deberá hacerse siempre con las garantías que entrega el proceso. De esta forma, las normas procesales de recta conducta se fundamentan en el individuo, y le permiten buscar sus fines, a través de espacios de protección consistentes en derechos procesales exclusivos de las partes.

Esta concepción sobre la función de la jurisdicción de Taruffo no se debe a razones meramente técnicas, como afirma él, sino que responde a una visión política autoritaria, o colectivista, que se traduce en un modelo específico que debe tener el derecho procesal, para el cumplimiento de aquel proyecto político. Por esta razón, en ciertas oportunidades, Taruffo manifiesta expresamente su rechazo al liberalismo. Por ejemplo, trata al individualismo como “una concepción tosca y pobre de la vida en sociedad”¹⁸⁸, y utiliza el calificativo *neo-vetero-liberales*¹⁸⁹ para referirse a los garantistas¹⁹⁰, demostrando su rechazo al pensamiento liberal clásico. Con esto, tan sólo queremos explicitar, sin mayores juicios valorativos, las visiones políticas que se esconden detrás de un supuesto tecnicismo; las cuales son contrarias a los principios políticos que defiende Hayek, que es el autor con el que estamos realizando este análisis comparativo.

En segundo lugar, el pensamiento de Taruffo se diferencia del régimen de normas procesales de recta conducta al rechazar el sistema acusatorio, en el cual predominan las normas procesales de recta conducta. En efecto, Taruffo desaprueba un sistema en el que prevalecen las normas procesales de recta conducta, en donde el juez, como tercero imparcial, se limita a observar el cumplimiento de ciertas conductas establecidas, y se respetan los intereses intersubjetivos de las partes, a través de sus derechos procesales exclusivos.

Por último, el modelo de Taruffo adhiere a las normas procesales de resultado, contrarias a las normas procesales de recta conducta, debido a que promueve la prueba oficiosa en su sistema mixto; privilegiado, de este modo, el resultado final –que, en el caso de Taruffo, es obtener la verdad de los hechos– en desmedro del cumplimiento de las normas procesales de recta conducta por las partes. Con la aceptación de las normas procesales de resultado, se permite que el juez pueda

¹⁸⁷ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 134.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p.126. En esta cita Taruffo declara que sigue lo expuesto por Owen Fiss.

¹⁸⁹ Creemos que el calificativo presenta dos grandes inconvenientes. En primer lugar, es contradictorio, puesto que se refiere a una corriente nueva (*neo*) pero que, al mismo tiempo, es antigua (*vetero*). Y, en segundo lugar, su uso es innecesario, ya que se utiliza para referirse al liberalismo clásico, concepto ya existente y delimitado por la filosofía política.

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), pp. 202-203.

elaborar mandatos que pueden ir en beneficio o en perjuicio de una de las partes, perdiéndose, así, su calidad de tercero imparcial. Asimismo, al elaborar mandatos, el juez se convierte en un planificador que administra el resultado de los juicios conforme al plan trazado por él o por la autoridad política (en la eventualidad de que el juzgador no sea independiente); por consiguiente, su trabajo no es el preservar un orden abstracto de acciones, sino que pronunciarse sobre cada caso específico en función de su interés particular.

Como hemos expuesto anteriormente, la práctica de las normas procesales de resultado implica que el juez imponga sus fines a las partes, vulnerando sus derechos procesales exclusivos. De hecho, es manifiesto que Taruffo subordina los intereses intersubjetivos de las partes a la autoridad del Estado¹⁹¹ cuando rechaza la idea de que el proceso sea un asunto privado entre las partes¹⁹²; lo que es contrario al pensamiento de Hayek, que entiende que el derecho no está en función de un fin en particular¹⁹³.

¹⁹¹ Sobre la subordinación de los intereses intersubjetivos de las partes del conflicto al Estado, ver nota N° 57, en que se cita a Montero Aroca y a Alvarado.

¹⁹² TARUFFO, Michele, *op. cit.* (n.96), p. 197.

¹⁹³ Ver nota N° 19.

VII. CONCLUSIONES

Que el sistema acusatorio sea una garantía para la libertad se debe, entre otras razones, a que respeta las normas procesales de recta conducta –que consagran espacios de protección para las partes, a través de sus derechos procesales exclusivos–, las que se oponen a las normas procesales de resultado, como las facultades probatorias de oficio. Que el juez se dedique a observar el cumplimiento de las normas procesales de recta conducta es una garantía para que sea un tercero imparcial.

En consecuencia, en el sistema acusatorio, fundado en las normas procesales de recta conducta, que el proceso traiga como resultado una sentencia apegada a la verdad de los hechos, o al menos a un cierto grado de ella, dependerá principalmente de las partes que, con sus derechos exclusivos para presentar pruebas y sus respectivos aportes probatorios, deberán convencer a al juez, que mantendrá su calidad de tercero imparcial, para que tome una decisión acertada.

El activismo judicial es contrario a la función del juez de adjudicar las normas de recta conducta, porque lo convierte en un planificador social que aplica incorrectamente el derecho para conseguir determinados fines. Y también es contrario al garantismo procesal, ya que para conseguir estos objetivos debe sacrificar su imparcialidad, es decir, su falta de interés en el resultado del juicio; asimismo, si dispone de la prueba oficiosa, perderá su *imparcialidad*. De este modo, un sistema acusatorio también es garantía frente a un activismo judicial que, en ocasiones, no se manifiesta expresamente, sino que lo hace a través de las facultades probatorias de oficio.

Por lo demás, podemos establecer divergencias entre el pensamiento de Posner y las normas procesales de recta conducta. En primer lugar, nos encontraremos con diferencias en el enfoque metodológico, toda vez que Hayek, un *racionalista crítico* o *evolucionista*, rechaza el *utilitarismo constructivista* que emplea Posner. En segundo lugar, cabe afirmar que la visión de la función de la jurisdicción de Posner pone los derechos procesales de las partes al servicio de la

aplicación del derecho objetivo, mientras que en las normas procesales de recta conducta la aplicación de jurisdicción tiene como límite los derechos procesales de los individuos. Por último, sostenemos que, a pesar que Posner se haya decantado por el sistema acusatorio, el modelo que propone puede utilizarse para justificar el ejercicio de las medidas para mejor resolver, que son normas procesales de resultado, contrarias a las normas procesales de recta conducta.

Asimismo, existen divergencias entre el pensamiento de Taruffo y las normas procesales de recta conducta. Para Taruffo la función de la jurisdicción es aplicar el derecho objetivo en todos los supuestos en que éste no sea observado, por lo que, se vuelve fundamental que el juez busque la verdad, a través de sus facultades probatorias, lo que produce la pérdida de su calidad de tercero imparcial; mientras que para las normas procesales de recta conducta la jurisdicción debe preservar la condición de tercero imparcial del juez, en otras palabras, la adjudicación del derecho debe hacerse siempre con las garantías que entrega el proceso. Taruffo promueve un sistema mixto, y rechaza el sistema acusatorio, en el que prevalecen las normas procesales de recta conducta. Al promover las facultades probatorias de oficio, Taruffo acepta las normas procesales de resultado, privilegiado, de esta manera, el resultado final –que, en el caso en particular, es obtener la verdad de los hechos–, en desmedro del cumplimiento de las normas procesales de recta conducta por las partes.

En conclusión, la forma de adjudicación del derecho es tan relevante como el derecho sustancial, debido a que si el juez privilegia la búsqueda de determinados resultados en el juicio, como conocer la verdad de los hechos, en desmedro del cumplimiento de normas procesales de recta conducta por las partes, sacrificará su calidad de tercero imparcial, aunque sea en pos de la aplicación de normas de recta conducta sustanciales. Con ello se estará destruyendo el orden de acciones creado en materia procesal. De nada servirá tener un orden abstracto sustancial de una Sociedad Libre, si su aplicación es arbitraria, por cuanto se pierde la confianza de los ciudadanos para el cumplimiento de expectativas legítimas que ofrece el sistema. Una Sociedad Abierta sin normas procesales de recta conducta está destinada a la injusticia del juez planificador de turno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGÜERO, Alejandro. Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII a XVIII. En: LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (coords.). *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. pp. 130-138.
2. ALVARADO, Adolfo. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Rosario (Argentina): Editorial Librería Juri, 2006.
3. ALVARADO, Adolfo. *Sistema Procesal: garantía de libertad*. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, 2 t.
4. ALVARADO, Adolfo. El Garantismo Procesal. En: DE LA FUENTE, Paulo (coord.). *Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil*. Santiago: Librotecnia, 2010. pp. 61-105.
5. ALVARADO, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿qué es el garantismo procesal?* Medellín (Colombia): Corporación Universitaria Remington, 2013.
6. ALVARADO, Adolfo. *Proceso y República: crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2014.
7. BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
8. BOSC, Yannick, GAUTHIER, Florence y WAHNICH, Sophie. *Maximilien Robespierre. Por la Felicidad y por la Libertad: discursos*. España: El Viejo Topo, 2005.

9. CALDWELL, Bruce. *El Desafío Intelectual de Hayek: una biografía intelectual de F. A. Hayek*. Trad. Mariano Bas Uribe. Madrid: Unión Editorial, 2018.
10. CIPRIANI, Franco. El abogado y la verdad. En: MONTERO A., Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 283-290.
11. DORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. 10^{ma} Edición. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2004.
12. ESCOBAR, Rodrigo. Garantismo vs. activismo judicial: ¿esperanzas enfrentadas? En: *Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal: proceso garantía y libertad*. Medellín (Colombia): Corporación Universitaria Remington, 2012. pp. 97-107.
13. FERGUSON, Adam. *Ensayo sobre la Historia de la Sociedad Civil*. Madrid: Ediciones Akal, 2010.
14. GARCÍA G., José Francisco y VERDUGO R., Sergio. *Activismo Judicial en Chile: ¿hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones LyD, 2013.
15. GUZMÁN B., Alejandro. *Derecho Privado Romano*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, 2 t.
16. HAYEK, Friedrich August. *Camino de Servidumbre*. Edición definitiva. Trad. José Vergara Doncel. Madrid: Unión Editorial, 1944.
17. HAYEK, Friedrich August. *Individualismo: el verdadero y el falso*. Trad. Juan Marcos de la Fuente. Madrid: Unión Editorial, 1949.
18. HAYEK, Friedrich August. *Los Fundamentos de la Libertad*. 8^{va} edición. Trad. José Vicente Torrente. Madrid: Unión Editorial, 1959.

19. HAYEK, Friedrich August. *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. 2^{da} edición. Trad. Juan Marcos de la Fuente. Madrid: Unión Editorial, 1967.
20. HAYEK, Friedrich August. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión Editorial, 1973-1979, 3 vol.
21. HAYEK, Friedrich August. *La Fatal Arrogancia: los errores del socialismo*. Trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial, 1988.
22. HAYEK, Friedrich August. *Las Vicisitudes del Liberalismo: ensayos sobre Economía Austriaca y el ideal de libertad*. Trad. Antonio Castillo. Madrid: Unión Editorial, 1992.
23. HAYEK, Friedrich August. *Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*. 2^{da} edición. Trad. Juan Marcos de la Fuente. Madrid: Unión Editorial, 2015.
24. HAZARD, Geoffrey C., Jr., et al. *Pleading and Procedure, State and Federal, cases and materials*. 10^{ma} edición. Nueva York: Thompson Reuters/Foundation Press, 2009.
25. HERRÁN ALONSO, José Carlos. *El Orden Jurídico de la Libertad: la aportación de F. A. Hayek al estudio del derecho*. 2^{da} edición. Madrid: Unión Editorial, 2015.
26. INFANTINO, Lorenzo. *El Orden Sin Plan: las razones del individualismo metodológico*. Madrid: Unión Editorial, 2000.
27. INFANTINO, Lorenzo. *Individualismo, Mercado e Historia de las Ideas*. Trad. Juan Marcos de la Fuente. Madrid: Unión Editorial, 2009.
28. LEONI, Bruno. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Marcos de la Fuente. Madrid: Unión Editorial, 2008.

29. MENGER, Carl. *El Método de las Ciencias Sociales*. Madrid: Unión Editorial, 2006.
30. MISES, Ludwig von. *La Acción Humana: tratado de economía*. 10^{ma} edición. Trad. Joaquín Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial, 2011.
31. MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. En: MONTERO A., Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 177-200.
32. MONTERO A., Juan. *Proceso (civil y penal) y Garantía: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
33. MONTERO A., Juan. Prueba y verdad en el proceso civil: un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. En: DE LA FUENTE, Paulo (coord.). *Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil*. Santiago: Librotecnia, 2010. pp. 23-59.
34. MONTERO A., Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En: MONTERO A., Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 137-172.
35. MONTERO A., Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. En: MONTERO A., Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 291-349.
36. MONTERO A., Juan. *La Paradoja Procesal del Siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

37. NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Trad. Rolando Tamayo. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.
38. PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. En: MONTERO A., Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 117-135.
39. POPPER, Karl R. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Trad. Eduardo Loedel. Madrid: Ediciones Paidós Ibérica, 2010.
40. POPPER, Karl R. *La Miseria del Historicismo*. 3ª edición. Trad. Pedro Schwartz. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
41. POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. 2ª edición. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
42. RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª edición. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
43. RING, Kevin A. *Scalia's Court: a legacy of landmark opinions and dissents*. Washington DC: Regnery Publishing, 2004.
44. ROZAS, Javier. La función del juez en el pensamiento de F. A. Hayek. *Derecho y Humanidades*, enero-junio 2017, nº 29, pp. 91-114.
45. SAMPER, Francisco. *Derecho Romano*. 2ª edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.
46. TARUFFO, Michele. *Simply la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.
47. VERDE, Giovanni. Las ideologías del proceso en un reciente ensayo. En: MONTERO A., Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una*

sentencia, dos cartas y quince ensayos. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 75-88.