

LA VERDAD COMO UN FIN DEL PROCESO BAJO UNA CONCEPCIÓN GARANTISTA

TRUTH AS A GOAL OF THE PROCESS UNDER A GARANTIST CONCEPTION

ERNESTO RIFFO ELGUETA*
Universidad Católica Silva Henríquez

RESUMEN: El trabajo examina la disputa entre garantistas y publicistas respecto de las facultades probatorias del juez. Se revisa la crítica que asocia tales facultades con sistemas políticos inaceptables, criticándola y matizándola, a la vez que tratando de rescatar algunas ideas de Franz Klein. Luego se examina la relación entre la verdad como fin del proceso y las posturas publicistas, por un lado, y garantista por el otro. Se rechazan los argumentos publicistas sobre la relación entre verdad y justicia, aunque se defiende la idea de que el garantismo no puede desechar completamente el rol de la verdad en el proceso, pues es necesaria para la paz social y el goce por parte de los individuos de los beneficios de la existencia de tribunales. A propósito de esto se llama la atención sobre ciertas similitudes entre las ideas de Klein y Gordon Tullock. Se concluye con un llamado de atención sobre ciertos ámbitos de arbitrariedad sobre los cuales garantistas y publicistas debieran preocuparse.

PALABRAS CLAVE: facultades probatorias del juez; publicistas; garantistas; autoritarismo; verdad; justicia; fines del proceso

ABSTRACT: The paper examines the dispute between garantists and publicists regarding the evidentiary powers of the judge. We review the critique that associates such faculties with unacceptable political systems, criticizing and nuancing it, while trying to rescue some of Franz Klein's ideas. Then, we examine the relationship between truth as the end of the process and the publicist positions, on the one hand, and garantist on the other. The publicist arguments about the relation between truth and justice are rejected, although the idea that the garantism can not completely discard the role of the truth in the process is defended, because it is necessary for the social peace and the enjoyment by the individuals of the benefits of the existence of courts. Related to this idea, attention is drawn to certain similarities between the ideas of Klein and Gordon Tullock. It concludes with a call for attention on certain areas of arbitrariness on which garantists and publicists should worry about.

KEY WORDS: evidentiary powers of the judge; publicists; garantists; authoritarianism; truth; justice; goals of the process

I. INTRODUCCIÓN

Los artículos 429 y 453 numeral 9 del Código del Trabajo confieren al juez laboral amplias facultades oficiosas en materia de prueba, las que parecen tener un compromiso con la búsqueda de la verdad real en el procedimiento. Así, la primera de estas disposiciones establece que el tribunal “[d]ecretará las pruebas que estime necesarias, *aun cuando no las hayan ofrecido las partes* y rechazará mediante resolución fundada aquellas

* Profesor instructor, Escuela de Derecho, Universidad Católica Silva Henríquez. Abogado, Universidad de Chile. Contacto eriffo@gmail.com

Este trabajo fue recibido el 1° de diciembre de 2016 y aprobado el 20 de diciembre de 2016.

que considere inconducentes”.¹ La segunda disposición, en tanto, establece que en la audiencia preparatoria “el juez de la causa podrá decretar diligencias probatorias, las que deberán llevarse a cabo en la audiencia de juicio”.

A estas facultades debe añadirse aquella que se encuentra en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en virtud de la cual ante “indicios suficientes” del efectivo acaecimiento de la vulneración de derechos fundamentales que se denuncia se produce un ‘aligeramiento probatorio’ en beneficio del trabajador denunciante, de manera que corresponderá entonces al empleador denunciado “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 493), aunque, se afirma, “sin llegar a alterar la regla básica en materia de carga de la prueba” (Guidotti, 2013: 160).

Tales facultades han sido criticadas severamente desde una concepción *garantista* o *privatista* de la naturaleza del proceso (por oposición a la *publicista* de los promotores de las facultades oficiosas). Bajo tal concepción, la naturaleza de los procedimientos no penales (o civiles *lato sensu*) es esencialmente dispositiva, de manera que cualquier intervención del tribunal fuera de la dictación de la sentencia que adjudica el litigio es inaceptable. Las razones de esto son varias. Algunas se refieren a los vínculos de las ideas publicistas con sistemas políticos que justifican el reconocimiento de una extensa autoridad al Estado, en desmedro de los individuos. Otras críticas apuntan a la comprensión del proceso como guiado por los ideales de *justicia* y *verdad* y la denuncian como víctima de una ilusión. Finalmente, se afirma por parte de los críticos que las facultades probatorias oficiosas del tribunal inevitablemente atentan contra la imparcialidad del juzgador y contra la posición de igualdad en que deben estar las partes en el proceso.

En lo que sigue, examinaré estas críticas para concluir que al menos una de ellas es errada, a saber, aquella referida a la verdad como fin del proceso. Sostendré, en particular, que incluso bajo una concepción garantista del proceso, la verdad debe entenderse como *uno de sus fines*, si bien no como uno que deba ser perseguido a toda costa.

II. LAS CRÍTICAS HISTÓRICO-POLÍTICAS AL PUBLICISMO

La primera crítica al publicismo –que podemos llamar *genealógica*– observa el origen de los códigos procesales que amplían y fortalecen las potestades de los tribunales durante el procedimiento. Las raíces de estas regulaciones se rastrean al menos hasta el código austríaco, obra de Franz Klein que entró en vigencia en 1898 (Palavecino, 2011: 10) (Lewisch, 2005: 577). Klein, influido por el pensamiento de su maestro, el socialista Anton Menger, autor de *El derecho civil y el proletariado*, promotor de una comprensión del proceso orientado a “suplir las deficiencias en la conducta procesal de la parte más pobre” (Bordalí, 2013: 227), habría plasmado cambios en el derecho procesal austríaco orientados al cumplimiento “de los fines del Estado” 1898 (Palavecino, 2011: 10). El legado de Klein, pasaría luego a Italia, donde se expresaría en el código de 1940 dictado bajo el régimen fascista, y por medio del italiano Chiovenda, luego pasaría a Latinoamérica, (Bordalí, 2013: 227). La genealogía puede llevarse incluso más atrás, siendo rastreada por Alvarado Velloso hasta el Concilio de IV de Letrán de 1215 y la Inquisición española del siglo XV, pasando por el Reglamento Josefino de 1781

1 Mi énfasis.

[“monumento al absolutismo y despotismo ilustrado del siglo XVIII”] (Alvarado Velloso, 2006: 61).

El sistema que nace de esta tradición es, naturalmente, aquel conocido como *inquisitivo*. Entre sus características destacan el que el procedimiento es iniciado por medio de acusación hecha por parte de quien mismo se encargaría de juzgarla, y que en tanto es quien afirma la acusación, es quien debe probarla. De esta forma los roles de acusador y juez coinciden en una persona. Es interesante notar que, en atención a los orígenes religiosos del sistema, el acusador-juzgador “a fin de no tener cargos de conciencia (que a su turno también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera con lo acaecido en el plano de la realidad social; para ello, comenzó entonces la búsqueda de la *verdad real*” (Alvarado Velloso, 2006: 61). Se aprecia, así, que existe un vínculo natural entre el sistema inquisitivo y la existencia de un interés de parte del tribunal por llegar a la verdad.

Ahora, volviendo a Klein, ¿qué relación puede establecerse entre el código de su autoría y la búsqueda de la verdad real? Si consideramos los fines que él pretendía para su código, no es evidente. Estos fines, coinciden los autores, eran hacer más breves los procedimientos, reducir el costo de ellos, tanto de su tramitación como aquellos costos sociales que son consecuencia de la pérdida de tiempo y bloqueo de la circulación de bienes que conllevan. En general, entonces, puede decirse que los objetivos de Klein se orientaban a lograr el mayor beneficio social. En efecto, se ha afirmado que de acuerdo a su comprensión del proceso, este se entendía como un instituto de bienestar social (Bordalí, 2013: 227) (Lewisch, 2005: 578) (Alvarado Velloso, 2006: 88-89).

Ahora, ¿conllevan estas ideas un compromiso con la búsqueda de la verdad real? Una forma en que se ha tratado de establecer este vínculo es observando dada la inspiración socialista, o al menos social-demócrata, del pensamiento de Klein, y el “contexto histórico de innegable autoritarismo del Imperio Austro-Húngaro” (Palavecino, 2011: 10), la idea de encomendar al tribunal la búsqueda de la verdad real equivale a sostener que existe un valor que se encuentra por sobre los intereses de las partes cuya consecución es legítimo perseguir utilizando el procedimiento (y a las partes, por tanto) como medios para ello. Más aun, Alvarado Velloso ha sugerido que el otorgamiento de poderes a los tribunales tendientes a permitirles llegar a la verdad real es una característica en la que “todos los totalitarismos coinciden”, en tanto, invocando objetivos supraindividuales como la razón de Estado, se busca asegurar la realización del derecho objetivo. Así, por ejemplo, el procedimiento puede ser entendido como un mecanismo que debe “coadyuvar al fortalecimiento de la legalidad socialista” (código soviético), o ser un instrumento para “asegurar un sistema ordenado de vida social, inspirado en las finalidades supremas del Estado” (*Relazione Grandi*) (Alvarado Velloso, 2006: 102 y 95).

Ahora, cabe notar en primer lugar, y desde el punto de vista de la filosofía política, que la búsqueda a toda costa de la verdad por medio del proceso no es equivalente a la búsqueda de valores políticos totalitarios. Alvarado Velloso cita con frecuencia el consejo maquiavélico según el cual el fin justifica los medios (Alvarado Velloso, 2006: 84). En su opinión esta máxima justificaría recurrir a medios como los procedimientos inquisitivos para honrar valores superiores como la verdad. Sin embargo, lo que parece seguirse de la

máxima maquiavélica es lo contrario. Como observó el filósofo británico Bernard Williams, del pensamiento maquiavélico se sigue más bien la idea según la cual, “precisamente debido a sus peculiares poderes y oportunidades, los gobiernos tienen la disposición a cometer acciones ilegítimas que preferirán ocultar, así como ocultar también acciones incompetentes. Están en el interés de los ciudadanos que estas sean revisadas. No pueden ser revisadas sin información verdadera” (Williams: 157). Resulta, así, que los totalitarismos no tienen incentivos para buscar la verdad, en general, ni en los procesos judiciales. La obsesión totalitarista con la verdad, en cambio, sí podría vincularse con la idea de justicia, la que, según cada uno de ellos la entienda, persiguen los distintos sistemas de gobierno.²

Por otro lado, como es de esperar, las acusaciones de afinidad totalitarista o autoritaria, han sido consideradas excesivas entre los acusados. Así, Taruffo ha sugerido la necesidad de distinguir los casos en que las reglas procesales confieren al tribunal poderes que simplemente buscan reemplazar la actividad de las partes, de casos en que tales poderes son “puramente supletorios y complementarios” respecto de aquellas, de manera que la actividad de oficio puede “desempeñar un papel secundario, o marginal, en la recolección de pruebas” (Taruffo, 2006: 251). Así, cabe distinguir tres modelos: uno (a) en el cual el juez tiene un poder *general* de iniciativa probatoria (el que puede configurarse como un *deber* o como una mera *facultad*); otro (b) en el cual el juez solo tiene *algunas* facultades; y uno (c) en el que los poderes probatorios del juez no están reconocidos expresamente, aunque tradicionalmente han sido ejercidos.

A pesar de los duros desacuerdos entre defensores y críticos de las facultades probatorias, es posible reducir el ámbito de discordia. En efecto, la discusión sobre el carácter autoritario de tales facultades parece referirse más bien a la medida en que ellas pueden ser ejercidas. Así, Cipriani ha afirmado que “el autoritarismo no se tiene cuando se permite al juez proveer de oficio, sino [...] cuando se está en presencia de una autoridad sin control, o sea con referencia al proceso, cuando, por un lado, se atribuyen demasiados poderes discrecionales al juez, permitiéndosele hacer sustancialmente lo que quiera sin temer ningún control, ni siquiera en sede de impugnación” (Cipriani, 2007: 51). (Bajo este estándar, merece observarse, la facultad del artículo 429 del Código del Trabajo podría calificarse como autoritaria por su amplitud, y la procedencia del recurso de reposición contra la resolución).

Ahora, nada de esto tiene como consecuencia negar que existen diferencias ideológicas entre quienes defienden una y otra postura. Tales desacuerdos, sin embargo, se refieren *primariamente* a la función del proceso, y no directamente con la preferencia por una u otra forma de gobierno particular (Taruffo, 2006: 262). Considérese el caso de la idea según la cual la justicia es un fin del proceso. Según cuál sea el concepto de justicia que se tenga, el proceso podría servir tanto a un sistema de gobierno orientado solo a hacer valer los acuerdos entre personas libres, como a uno orientado a asegurar la formación de ciudadanos virtuosos. En ambos casos se entendería que la justicia es un fin del proceso.

III. CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA COMO UN FIN DEL PROCESO

2 Volveré sobre la relación entre verdad y justicia más abajo.

Considerando lo anterior, estamos en posición de evaluar la posición publicista a favor de las facultades probatorias oficiosas. Una variante de la posición publicista es la que podemos llamar *igualitarista*. Tal concepción se encuentra en la línea del pensamiento de Menger, más que del de Klein. En efecto, comparte con aquél la pretensión de “amparar a la parte procesal más pobre e indefensa”, antes que la justificación basada en el beneficio social de este último (Bordalí, 2013: 228).

Ahora, la justificación ofrecida por estos autores no apela directamente al valor de la justicia según ellos la entienden. Antes bien, se apoyan en el derecho sustantivo para justificar una concepción del proceso que permite, incluso exige, mayores poderes para el juez. En este sentido se ha escrito recientemente que: “el proceso laboral cuenta con sus propios rectores e inspiradores, los que en este caso, y debido a la especial naturaleza protectora del derecho laboral, están absolutamente marcados por aquellos que son propios e inherentes a la legislación de fondo” (Guidotti, 2013: 153). Bordalí concurre con esta opinión cuando afirma que “[d]esde hace más de un siglo que se asume que la relación laboral es desigual y que, como tal, necesita de una activa regulación protectora por parte del Estado” (Bordalí, 2013: 235).

La pretensión expresada en estas citas, en el sentido de que es posible extrapolar a partir de las reglas sustantivas principios que rijan las reglas procesales, y los poderes del juez en particular, puede parecer en principio plausible. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de familia, Hunter ha afirmado que “no es posible obviar que el derecho sustantivo determina un especial esquema para el juez en la solución de los conflictos de familia, que debe traducirse necesariamente en un diseño procesal diverso a la mera resolución de un conflicto patrimonial” (Hunter, 2007: 214). Tales afirmaciones, que reconocen al juez un deber de velar por bienes superiores a aquellos manifestados por las partes en el procedimiento, son aceptables en el caso de esta rama del derecho civil por razones evidentes. Una es que la *ley procesal misma* le reconoce ese rol al tribunal. Así, el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 19.968 establece: “El interés superior del niño, niña, o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. A esto se suma el hecho de que precisamente en cuanto esté involucrado un incapaz en el procedimiento, este no puede ser entendido como un medio para resolver conflictos entre particulares que pueden disponer libremente de sus derechos.

El argumento publicista igualitarista, sin embargo, no funciona de igual forma en sede laboral. En este caso se ha tratado de traspasar el carácter protector del derecho laboral respecto del trabajador al ámbito procesal. Se ha escrito en este sentido que “este principio protector o tuitivo, cuya vigencia absoluta nadie discute en la parte sustantiva, se proyecta –tanto en sus fundamentos como en sus reglas operativas– en el aspecto procesal. Lo anterior no puede ser de otra manera, toda vez que los desequilibrios propios de la relación laboral, ciertamente, se trasladan a la relación jurídica procesal” (Guidotti, 2013: 155).

La explicación de cómo opera esta extrapolación, sin embargo, no es convincente. Se afirma, en particular, en el aspecto probatorio, que existe una desigualdad que merece ser compensada en tanto “el empleador suele encontrarse en una situación aventajada a la hora de obtener la prueba que deberá ser ofrecida e incorporada en el curso del proceso” (Guidotti, 2013: 156). Dicho más claramente: “Si bien esta potestad suele vincularse a la

concreción del propósito de ‘búsqueda de la verdad real’, constituye *siempre y, en todo caso*, una facilidad dirigida al trabajador” (Guidotti, 2013: 156). En el mismo sentido Bordalí ha escrito que el poder activo en materia de proposición de pruebas del juez laboral es un mecanismo que intenta “compensar la natural situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador en la relación jurídico laboral” (Bordalí, 2013: 236-237).

El problema con estas afirmaciones es que hacen equivalente la posición desaventajada del trabajador frente al empleador en la relación laboral con una desventaja en el ámbito probatorio, cuando mientras que la primera es connatural a la relación entre ellos, la segunda es tan solo contingente. No es difícil imaginar situaciones en que el trabajador estuviera en mejor posición para probar un hecho que pudiera perjudicar sus pretensiones.

Una versión más débil del publicismo es aquella que está comprometida no con una teoría sustantiva de la justicia, sino solo con la tesis según la cual la decisión que resuelva el litigio no puede ser justa si no se basa en hechos verdaderos. En otras palabras, esta versión del publicismo afirma que la verdad es una condición necesaria para que una decisión sea justa, aunque no se compromete con una tesis acerca de qué otras condiciones sean suficientes para la justicia de una decisión. Así, por ejemplo, Hunter ha afirmado que “la determinación verdadera de los enunciados de hecho constituye un valor central para legitimar la decisión jurisdiccional, de tal forma que una decisión puede ser considerada justa cuando aquello que se declara probado en la sentencia se aproxima en términos de correspondencia a la realidad de los hechos” (Hunter, 2010: 183). Por su parte, Bordalí observa, precisamente a propósito de las facultades probatorias del juez, que una forma de explicar su reconocimiento está en “el compromiso que la jurisdicción debe tener con el establecimiento de la verdad de los hechos debatidos por las partes, es decir, un compromiso para que se haga justicia en los casos concretos” (Bordalí, 2013: 229).

La necesaria relación entre la justicia de la decisión y la verdad de los hechos en que ella se apoya es trivialmente cierta en el caso de los procedimientos criminales, en el que parece inescapable la exigencia retribucionista mínima de acuerdo a la cual no debe castigarse sino a quien efectivamente ha incurrido en un comportamiento punible. Pero, ¿por qué habría de ser necesaria la verdad para la justicia de una decisión que trata sobre un conflicto entre privados, en la que está ausente la asimetría entre Estado e individuo, y los intereses en juego son disponibles por las partes? La cuestión –de aires platónicos, pues sugiere la unidad de las ideas de verdad y justicia– no es desarrollada por los autores, sino simplemente invocada.

IV. VERDAD Y GARANTISMO

Ahora, dejando la justicia de lado, sostengo que el correcto establecimiento de la verdad (entendida como un valor no absoluto) debe considerarse como un objetivo al que las reglas procesales deben contribuir. Esto es cierto incluso bajo una concepción garantista del proceso.

Para sostener esta tesis recurriré –por extraño que parezca– a las ideas de Klein. La razón es que, como vimos más arriba, Klein considera que las reglas procesales deben ser pensadas de manera que contribuyan al bienestar social. Sin embargo, no es necesario entender esta idea como comprometida con la existencia de una entidad supraindividual (el

Estado, o la sociedad) con intereses propios que se imponen por sobre los de los individuos.

Sostengo que, como Klein, el garantismo debe reconocer que las reglas procesales proveen *bienes públicos*, cuya persecución puede explicarse en términos perfectamente respetuosos de la libertad individual. En efecto, debe notarse, en primer lugar, que la discusión entre garantistas y publicistas se refiere a la forma en que las facultades de los tribunales –esto es, instituciones públicas, que son creadas por y aplican reglas públicas– deben estar reguladas. En otras palabras, la discusión no es acerca las facultades de meros árbitros privados. El más liberal e individualista de los pensadores reconocerá que la existencia de tales instituciones públicas está en el interés de cada uno de los individuos, y que su justificación no necesita invocar interés superior alguno.

¿Cuáles son esos bienes públicos? Podemos encontrarlos en los trabajos de los mismos garantistas. Considérese el caso de Alvarado Velloso. El autor distingue entre heterocomposición privada (el arbitraje), de la heterocomposición pública, en la que, si bien su iniciación depende de la voluntad del actor (‘pretendiente’, en sus términos), el conflicto intersubjetivo de intereses se resuelve no por medio de la fuerza, ni la sola razón, ni la mera autoridad de un tercero, sino por aplicación de la ley por parte de un tercero que es juez (Alvarado Velloso, 2006: 35-36). A esto debe añadirse que el juicio es por regla general *público*, pero, además, observa Alvarado Velloso, aunque al juez no le interesa la búsqueda de la verdad, sí debe procurar lograr “el mantenimiento de la paz social fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el mandato de cumplimiento de la ley” (Alvarado Velloso, 2006: 156-157). En *Sistema procesal* se manifiesta en el mismo sentido:

[L]os jueces resuelven *litigios* y no *conflictos* y, de tal manera, otorgan certeza a las relaciones jurídicas que han sido objeto de contestación. Pero no siempre logran con ello establecer un estado de paz entre los contrincantes (Alvarado Velloso, 2009: 261).

Por eso es que el ideal de justicia aconseja que, al resolver los litigios, los jueces deban procurar dejar definitivamente solucionados los conflictos existentes en la realidad. Con lo cual se gana en certeza y se gana en paz, metas finales a conseguir por todos los jueces (Alvarado Velloso, 2009: 262).

Así, la postura garantista apela al valor de la paz social como un objetivo a ser procurado por el juzgador. La idea parece ser que la seguridad que da el fijar los hechos *en el litigio* contribuirá a que el *conflicto* se resuelva también. El establecimiento de los hechos, más allá de su correspondencia con la realidad, provee *certeza*, la que contribuye a la paz social. Sin embargo, el argumento de Alvarado Velloso no relaciona este aspecto con una de las características del proceso que él mismo identifica, a saber, el hecho de que los juicios deben ser públicos.

La publicidad, sostengo, es necesaria para la paz social. Los tribunales son instituciones públicas en el sentido de que están abiertas a todos para que recurran a ellos, y en el sentido de que aplican reglas públicas conocidas por todos. La razón de la existencia de tales instituciones está en el que en tanto son públicas en estos sentidos, sus decisiones dan *seguridad jurídica*, hacen predecible el comportamiento de los demás, porque se sabe que existen instituciones que exigirán el respeto de las leyes, y estas últimas a su vez hacen predecible las decisiones de los tribunales. Solo así es posible que un conjunto de individuos que interactúan entre sí, y que persiguen cada uno sus intereses individuales, puedan planear, decidir, y actuar en confianza de que los ámbitos de libertad de cada uno están delimitados y garantizados. Si las soluciones a los conflictos fueran dadas en litigios privados, sin publicidad, sin aplicación de reglas públicas, el comportamiento de los demás estaría sujeto al arbitrio de cada juez, y las interacciones sociales serían imposibles.

Ahora, no basta solo con la publicidad de las decisiones. Aquí llego al argumento principal: también es necesario que el proceso *se oriente a establecer la verdad real* de los hechos sobre la base de los cuales se tomará la decisión. La razón es que sin la confianza pública en el hecho de que los tribunales al menos se orientan hacia esa verdad, las decisiones a que lleguen parecerán arbitrarias: los individuos que potencialmente recurrirían a los tribunales para la resolución de sus conflictos no confiarían en que, incluso teniendo los hechos de su lado, fuera probable que el juzgador les diera la razón. Como ha observado Robert Summers, “sin determinaciones judiciales de los hechos que estén en general de acuerdo con la verdad, los ciudadanos, con el tiempo, perderían la confianza en los procesos adjudicativos como tribunales de justicia imparciales [*fair*] y confiables” (Summer, 1999: 498). Agrega a continuación que esa confianza se perdería también respecto de la capacidad de los tribunales de servir como “medio efectivo de resolución de disputas”. A lo que parece apuntar Summer con esto último es a que si la decisión respecto de los hechos parece arbitraria, la decisión no será considerada satisfactoria, de manera que aunque –para ponerlo en términos de Alvarado Velloso– la sentencia resuelva el litigio, puede empeorar el conflicto.

En efecto, el sistema dispositivo (o adversarial) fue criticado por su comparativa incapacidad de acercarse a la verdad de los hechos frente a un sistema inquisitivo, por un autor de impecables credenciales individualistas y liberales: Gordon Tullock (Zywicki, 2008: 35-53). En primer lugar, Tullock coincide con la tesis anterior en el sentido de que la aproximación a la descripción correcta de los hechos en la resolución de los conflictos cumple un rol valioso. Como lo pone un comentarista, “[d]esde una perspectiva social, las reglas jurídicas proveen incentivos o ‘precios’ que informan a los ciudadanos cómo comportarse, y las decisiones de casos más precisas [*accurate*] envían señales más claras a los individuos” (Zywicki, 2008: 39).

Alvarado Velloso no da cuenta de esta función del proceso. Discutiendo la cosa juzgada (‘caso juzgado’, en sus términos), sí observa que se trata de un efecto que es “consecuencia lógica de una necesidad de contar con la plena certeza de las relaciones jurídicas en un algún momento inciertas o discutidas” (Alvarado Velloso, 2009: 273). Pero rechaza toda pretensión de asociar este efecto, como hace alguna doctrina, a ideas como la de ‘ficción de verdad’, o ‘presunción de verdad’, afirmando en cambio que “es manifiesto

que una sentencia que nada tiene que ver con la verdad puede alcanzar también este efecto” (Alvarado Velloso, 2009: 273). Sin embargo, la verosimilitud de los hechos recogidos en la sentencia, he sostenido, es necesaria para que esta contribuya a la paz social.

Ahora, la crítica de Tullock apela a un hecho del que autores como Alvarado Velloso tienen plena conciencia, a saber, que en el proceso las partes se encuentran en guerra, no en un ejercicio colaborativo por llegar a una solución correcta. Dado este hecho, bajo un sistema adversarial “una gran cantidad de recursos son dispuestos por alguien que intenta desorientar” (Zywicki, 2008: 41). La postura de Tullock, entonces, parece sorprendentemente cercana a las ideas de Klein que los garantistas rechazarían, como la aspiración de acercarse a la verdad en el proceso, e incluso, la conveniencia de tomar medidas para evitar la colusión entre las partes.³

Merece notarse, además, que las razones señaladas explican también otras características del proceso, como la necesidad de fundar las sentencias. En este sentido, la justificación de las decisiones respecto de los hechos o el derecho contribuyen a la predecibilidad de las sentencias. Otro aspecto que pudiera explicarse por referencia al rol de la verdad en el proceso es la consagración del así llamado “recurso” de revisión, el que sacrifica la seguridad jurídica por el acercamiento a la verdad real. La determinación de cuál sea la consagración más adecuada debe tomar en cuenta las consideraciones previas.

V. CONCLUSIÓN

Resulta de las consideraciones anteriores que tanto publicistas como garantistas deben reconocer que la sentencia no puede tener cualquier contenido. Los publicistas exigen que la sentencia llegue a una decisión justa (lo que puede ir desde imposiciones igualitarias a la mera necesidad de que se base en hechos verdaderos), mientras que los garantistas se conforman con que, en búsqueda de la protección de la libertad de los individuos, la decisión del tribunal contribuya a la paz social. Este último propósito, he argumentado, requiere reconocer que la verdad respecto de los hechos no es irrelevante en el proceso.

Ahora, lo anterior no conlleva un compromiso con la búsqueda de la verdad a toda costa. Las facultades probatorias oficiosas deben reconocer límites. Si no, puede efectivamente caerse en el autoritarismo procesal. La facultad reconocida en el procedimiento laboral ordinario, como observé, parece excesiva.⁴ El desafío, entonces, está en el establecimiento de un sistema de reglas procesales que equilibre los distintos fines del proceso.

Dicho todo lo anterior, no puedo dejar de mencionar que el énfasis de los garantistas en las facultades probatorias del tribunal, aunque justificado en cierta medida, no debe obscurecer otros hechos que pueden afectar el carácter dispositivo de los procedimientos. Se trata de dos cuestiones: una relativa al derecho, y otra a los hechos.

En cuanto al derecho, la soberanía de las partes sobre el proceso puede verse afectada por la aceptación del principio *iura novit curia*. Al respecto Hunter ha observado

3 La similitud entre Klein y Tullock es notada por Lewisch, 2007: 581.

4 La prueba indiciaria del procedimiento de tutela merece un examen separado.

que “[n]uestros jueces se sienten autorizados para suplir y corregir las actuaciones erróneas, negligentes e insuficientes de los litigantes en la invocación del derecho”, pese a que “[e]l ordenamiento nacional no se preocupa –ni menos en el proceso civil– de reconocer expresamente al órgano jurisdiccional un poder amplio para aplicar la norma jurídica al caso concreto. Es más, tampoco hay una norma que autorice al juez a acoger una pretensión en base a una calificación jurídica diversa a la propuesta por el actor, no obstante, los tribunales suelen hacerlo con bastante frecuencia” (Hunter Ampuero, 2010: 210). La cuestión es de la mayor importancia, y abre más terreno para la discusión sobre la verdad –jurídica en este caso– y la justicia.

En cuanto a los hechos, en tanto, no debe olvidarse que incluso si el tribunal se apega estrictamente a la prueba aportada por las partes, eso no excluye el hecho de que el relato que el tribunal construye sobre la base de esa prueba acerca de lo ocurrido en la realidad puede ser un ámbito de discrecionalidad tanto o más riesgoso que el de la determinación de la prueba que ha de rendirse. Sobre este punto los garantistas pueden encontrar aliados improbables en los publicistas. Taruffo, por ejemplo, ha llamado la atención sobre el hecho de que “[u]n relato de hechos no es nunca, especialmente en los procedimientos judiciales, algo que se encuentre ya preparado o que caiga del cielo sobre el escritorio del abogado o el estrado del juez. Sucede exactamente lo contrario: los relatos son *construidos* por sus autores, generalmente por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas” (Taruffo, 2007: 251). Particularmente en el caso del tribunal, cuando este considera que “ninguna de las historias ofrecidas por las partes ha sido sustentada por las pruebas adecuada, articulará una historia diferente basada en una reconstrucción autónoma y original de los hechos” (Taruffo, 2007: 251).

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, A., (2006). Debido proceso versus pruebas de oficio, Intercontinental/Juris.

ALVARADO VELLOSO, A., (2009). Sistema procesal: Garantía de la libertad, tomo II.

BORDALÍ, A., (2013). “La igualdad de las partes en los procesos judiciales chilenos”, en Muñoz León Fernando (ed.), Igualdad, inclusión y derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria, LOM, Santiago.

CIPRIANI, F., (2007). “El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)”, en *Ius et praxis*, año 13, N° 2.

GUIDOTTI RAUCH, B., (2013). “La igualdad y el principio protector en el proceso laboral”, en Muñoz León, Fernando (ed.), Igualdad, inclusión y derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria, LOM, Santiago.

HUNTER AMPUERO, I., (2010). “El principio dispositivo y los poderes del juez”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. XXXV, segundo semestre.

HUNTER AMPUERO, I., (2010). “Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), vol. XXIII, n.º 2.

HUNTER AMPUERO, I., (2007). “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), vol. XX, N°1, julio de 2007.

LEWISCH, P., (2005). “Franz Klein (1854-1926)”, en Backhaus, J.G., *The Elgar Companion to Law and Economics* (segunda edición), Edward Elgar Publishing, Northampton, Mass.

PALAVECINO, C., (2011). *El retorno del inquisidor: Crítica a la iniciativa probatoria judicial*, La Ley Paraguaya, Asunción.

SUMMERS, R.S., (1999). “Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding – Their justified divergence in some particular cases”, en *Law and philosophy*, n.º 18.

TARUFFO, M., “Narrativas judiciales”, (2007). *Revista de Derecho* (Universidad Austral), vol. XX, n.º 1.

TARUFFO, M., (2006). “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Doxa*, vol. 26.

WILLIAMS, B., “Truth, politics, and self-deception”, en su *In the beginning was the deed*, Princeton University Press, Princeton, N.J..

ZYWICKI, T.J., (2008). “Spontaneous order and the common law: Gordon Tullock’s critique”, en *Public Choice*, N° 135.