

## REFORMA JUDICIAL\*

*Waldo Ortúzar Latapiat*

Profesor de Derecho Procesal

Existe consenso entre importantes sectores de la ciudadanía que se debe abordar con prontitud una Reforma Judicial. Frente a estas palabras, todos pensamos en una verdadera reforma que cambie y mejore sustancialmente la justicia nuestra de cada día.

Sin embargo, temo que el gobierno y los partidos políticos no están hablando de esto. Entre los proyectos de modificaciones constitucionales y legales relacionados con la justicia, que se ha dado en llamar "la reforma judicial", no conozco ninguno que aborde un cambio sustancial en *nuestra justicia de todos los días*, en la justicia a que somos acreedores, por derecho natural, todos los integrantes del cuerpo social.

No se propone cambiar nada en la raíz de los males que aquejan a nuestra diaria experiencia de la administración de justicia en Chile. Si se aprobaran todas las modificaciones actualmente propuestas, seguramente el ciudadano corriente y los abogados no notaríamos ningún cambio, no encontraríamos nada nuevo.

Tal vez algo se notaría si se aprobaran los llamados juzgados vecinales, sobre los cuales se ha anunciado un proyecto que estaría confeccionándose. Ello sería por algún tiempo, mientras no fueran devorados por el mal centenario que aqueja a nuestra justicia, que es el procedimiento escrito.

La fuente de todos los males que aquejan a la justicia es el procedimiento escrito y nos viene agobiando por siglos. Casi toda Hispanoamérica lo sufre. Los más insignes procesalistas de los países hermanos lo han denunciado, formal y solemnemente, en congresos destinados a estudiar la justicia en nuestros países. Se ha formado conciencia y varios países ya han aprobado reformas que tienden a la eliminación de los procesos escritos.

El fenómeno es igual en toda Iberoamérica. Lo que se dice en cualquier país hermano puede aplicarse a nuestra administración de justicia y llega a creerse que se dice de ella.

Tan sólo en agosto de 1990 nuestro invitado a las Quintas Jornadas del Instituto Chileno de Derecho Procesal, el ilustre profesor uruguayo y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, don Enrique Vescovi, en el Salón de Honor de nuestra Universidad, nos decía:

"El Servicio de Justicia es uno de los que peor funciona en nuestro país. La burocratización, la lentitud, la ineficacia y demás males, muy conocidos en nuestros países en relación a la justicia, se dan en grado superlativo en Uruguay. Como consecuencia de lo cual, se ha dicho, la justicia no existe en el país y el pueblo no cree en la justicia".

\* Clase Magistral dictada el 17 de abril de 1991, durante el Acto de Inauguración del Año Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

Lo mismo se oye decir en Perú, en Bolivia y en casi todos los países hermanos. Incluso en la madre patria se formulan graves críticas a la justicia y entre los propios jueces existen claros signos de descontento.

En nuestra región predominó, desde la época de la Colonia, el sistema que regía en España en ese momento, que era el que había estado presente en la legislación de los países europeos de influencia románica y que para España se vio reflejado en la Partida III, que contenía las normas de procedimiento. Ese fue el origen de nuestro proceso judicial colonial.

Cuando los países europeos abandonaban el procedimiento arcaico buscando formas más modernas, España, desechando estas últimas, lo ratificó con su Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que fuera modificada parcialmente en 1881 y recientemente en 1984. Así, España, en 1855, gracias a la resistencia a las reformas, de jueces y abogados, se puso en retraso respecto de los países europeos y hasta hoy se mantiene un sistema escrito, basado en actas preparadas, en gran parte por funcionarios y actuarios, de gran lentitud y expuesto a todos los vicios que le son inseparables.

Nuestros países, una vez independientes, siguieron igual rumbo, ratificando las leyes coloniales. Los códigos procesales de fines del siglo pasado y comienzos del presente siguieron muy de cerca la Ley de Enjuiciamiento española de 1855.

Así, en nuestro continente, en las palabras de Vescovi, el régimen procesal fue el procedimiento escrito, "en su más amplio sentido: secreto, burocrático, de predominio de la tarifa legal en la evaluación de la prueba y de una gran lentitud".

Otro gran procesalista uruguayo, ya desaparecido, el profesor Eduardo J. Couture, dijo que nuestro régimen procesal es "desesperadamente escrito", acertada expresión con la que resumió el sistema y reflejó el estado de ánimo de los modernos juristas, de profundo rechazo al mismo.

Con la sola excepción de Brasil y la provincia de Córdoba, en Argentina, en 1939, sólo en la segunda mitad del presente siglo comenzaron a aprobarse algunas reformas de cierta importancia: Guatemala, en 1964; Argentina, Código de la Nación, en 1967; Colombia, en 1970; Brasil, en 1973; Cuba, en 1974 y 1978; España, parcialmente, en 1984; Colombia y Uruguay, en 1989; Costa Rica, en 1973 y en 1990. "No obstante lo cual, se puede decir que hoy, en los umbrales del Siglo XXI, todavía predomina en Iberoamérica el sistema de procedimiento escrito, apenas matizado con alguna audiencia (en materia de prueba y vista de la causa) sin llegar a la oralidad, entendida como un sistema que consagra la inmediatez, la concentración y la publicidad" (Vescovi, 1990).

Este juicio es compartido por todos los procesalistas que se han reunido en las jornadas y congresos convocados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desde hace más de tres décadas. Fruto de este consenso es el Proyecto de Código de Procedimiento Civil Modelo para Iberoamérica, que, preparado por el Instituto y aprobado en aquellos congresos, se ha entregado a la consideración de todos los países hermanos.

En nuestro país ese modelo se dio a conocer por el Instituto Chileno de Derecho Procesal, en sus Cuartas Jornadas, celebradas en Valparaíso en 1989, y se difundió en una cuidada edición de Edeval, del mismo año.

El Instituto Iberoamericano ha concluido también un Código del Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, que aún no ha sido difundido en nuestro país. Hay una buena edición de Hammurabi, Buenos Aires, de 1989.

Estos modelos, frutos de los estudios y debates de los más insignes procesalistas americanos, han consagrado, como no podía ser de otro modo, los principios de la *inmediación*, de la *concentración* y de la *publicidad*, entre otros, los que dan forma al juicio oral o por audiencias orales.

No obstante todo este movimiento que cada vez cobra más fuerza en Hispanoamérica y que los procesalistas chilenos conocen, en nuestro país se habla de proponer una Reforma Judicial sin siquiera aludir a una reforma del proceso y sin quitar ni un ápice al procedimiento escrito.

Analizando la llamada reforma judicial, actualmente en proyecto, se advierte que lo más importante de ella es la creación del Consejo Nacional de la Justicia, idea contra la cual me he pronunciado anteriormente y de la que no me ocuparé en esta oportunidad. Ella no tiene nada que ver con una reforma de la justicia. En el fondo, importa una lucha de poder en el más alto nivel político. ¿Quién nombra o quién propone a los miembros de la Corte Suprema? ¿Quién ejercerá el poder sobre la Corte Suprema?

Cualquiera sea el resultado de esa lucha por el poder, muy importante en el ámbito político, escasa o nula será su influencia en la justicia nuestra de cada día. Seguirán acumulándose los expedientes escritos en los armarios de los juzgados, seguirán siendo fértil caldo de cultivo para toda clase de incidentes y triquiñuelas, seguirán los ciudadanos que demandan justicia sin ver al juez y éste sin verlos a ellos, seguirán los empleados subalternos dirigiendo el proceso, seguirán los abogados y escribientes llenando hojas de papel que serán leídas, si lo son, meses o años después de escritas, seguirán declarando testigos a quienes nunca verán el juez ni los ministros de las Cortes.

Seguirá el expediente, ese objeto inanimado e indefenso, recibiendo escritos y documentos y toda clase de providencias dilatorias, siendo llevado de un juzgado a otro, o a alguna Corte y pasando largas temporadas en estantes o armarios, y algunas veces se perderá y habrá de ser reconstituido.

Entretanto, los seres humanos seguirán esperando justicia y los que aún no se han desengañado imaginarán que su caso es muy difícil y que están siendo estudiados con gran acuciosidad.

Nada de lo que se haga sin ir a una reforma radical del procedimiento podrá producir resultados palpables en la diaria administración de justicia. Podrá perfeccionarse un sistema político, podrá satisfacer reivindicaciones funcionarias, podrá mejorar sistemas administrativos, pero la administración de justicia seguirá igual, porque seguirá el procedimiento escrito con toda su corte de inevitables vicios y defectos. Incluso, si se aprobara una tímida oralidad, como alguna vez se intentara en el proceso laboral, en el de menores o en el de policía local, terminará igualmente "devorada" por el procedimiento escrito.

Los procesalistas lo afirman y la experiencia lo corrobora, que si no se proscribiera absolutamente el procedimiento escrito o no se le ponen férreos límites, como la nulidad insanable y forzosas medidas disciplinarias, termina literalmente devorando al proceso oral. Nosotros lo hemos experimentado en los tres casos recién señalados. Los usos y costumbres de funcionarios, jueces y abogados conducen a este resultado.

Por ello, una verdadera reforma tiene que tomar severas medidas para impedirlo. La reforma uruguaya de 1989 duplicó el número de jueces, no así el de funcionarios. Los antiguos continuaron con los juicios ya iniciados, sometidos al procedimiento escrito. Los recién nombrados empezaron a conocer de los que se

iniciaron bajo la vigencia de la nueva ley, con arreglo al procedimiento oral o por audiencias orales.

Creo que con independencia de los actuales proyectos que se ha dado en llamar de reforma judicial y cualquiera sea su resultado, en la Universidad y desde ella debemos promover e impulsar una verdadera Reforma Judicial, que haga del proceso un verdadero instrumento de paz social, un debate vivo de las partes en conflicto, con jueces presentes, que oigan por sí mismos a las partes, a los testigos y a los auxiliares de la administración de justicia, todos vivos y presentes, en que los actos procesales se realicen a la vista del juez, de las partes y de sus abogados, y del público que quiera presenciarlos.

Esta presencia viva y real del juez y de los demás protagonistas del proceso, con la realización de los actos procesales directamente ante ellos, se denomina "inmediación", porque el juez efectúa la labor de conocimiento por sí mismo, sin intermediarios. Las pruebas se producen ante él y él las aprecia directamente, sin deformaciones de transcripción o de lejanía temporal o espacial y con la posibilidad de solicitar o exigir aclaraciones o complementos inmediatos.

La inmediación exige la indelegabilidad de las atribuciones del juez. Tiene, forzosamente, que actuar el juez por sí mismo, con prohibición absoluta de delegar. Si no es así y el juez sólo pone una presencia formal, delegando en funcionarios o escribientes la conducción de las audiencias, se cae en el procedimiento escrito y en las dilaciones y se pierden las virtudes de la inmediatez.

Atendidas las limitaciones del tiempo y para que la inmediación rinda sus frutos se impone también la "concentración", principio de acuerdo con el cual la producción o realización de todos los actos del proceso se efectúa en una sola audiencia o en muy pocas, en la más pronta sucesión. La concentración es indispensable; sin ella también se cae en la escritura, se pierde la inmediación, ya que no es posible la reunión de todos los protagonistas del proceso sino durante un limitado período de tiempo.

La concentración, a la vez, es indispensable para evitar la lentitud judicial. Gracias a ella todas las materias o cuestiones del proceso, tanto formales como sustanciales, principales o accesorias, deben promoverse en la audiencia única o en la audiencia respectiva y en ella misma deben resolverse, sin posibilidad de dilación. Nada se puede proponer ni alegar fuera de las audiencias; todo se debe proponer en ellas; de cara al juez, a las partes, a los abogados y al público. Del mismo modo deben resolver el juez o jueces. Ya no son posibles los incidentes tardíos ni las sorpresas que se dosifican a lo largo del proceso por los litigantes de mala fe.

Consustancialmente, unida a los principios anteriores, se encuentra la "publicidad", que es el mejor y más democrático control de la administración de justicia.

La publicidad, unida a la concentración y a la inmediación, hace forzoso e inexcusable el control de la ética y de la buena fe en el proceso. En vivo y de palabra, frente a todos, es muy difícil ocultar la mala fe y es muy difícil, también, impedir la inmediata reacción correctiva.

Por ello, las audiencias deben estar siempre abiertas al público y ningún acto procesal puede ser secreto, salvo, parcialmente, por calificadas razones de moral o de buenas costumbres.

La inmediación, la concentración y la publicidad dan forma al juicio oral y constituyen su esencia.

El procedimiento oral, así concebido, "humaniza" o "personaliza" el proce-

so, esto es, como decía Calamandrei, lo acerca a la vida. Es indispensable hacerlo, por cuanto el proceso se realiza para resolver conflictos concretos que se presentan a los hombres en su vida diaria; y lo logra porque las partes, sus abogados, los testigos, otros auxiliares y el juez se comunican directamente y juntos cumplen los objetivos del proceso.

“Sustituye (el juicio oral) al juez lejano y oculto tras una cortina de papel, por un juez que con las partes y sus letrados trata de averiguar realmente lo ocurrido y procura, con ellos, investigar el derecho que habrá de aplicarse en el caso concreto.

“Sustituye los monólogos sucesivos, por el diálogo; las etapas y las formas rígidas, por la continuidad y la flexibilidad del transcurso; la autoridad que resuelve aislada, por la que, a lo largo del proceso y con las partes y sus letrados, va desbrozando el camino para llegar a la solución que quiere el sistema de Derecho vigente.” (Editorial de la Revista de Derecho Uruguayo de Derecho Procesal, 1976, N° 2).

Hemos visto que heredamos de España un proceso arcaico, que lo ratificamos cuando ya los países europeos habían abandonado ese proceso y que lo mantenemos hasta hoy. Las modificaciones que le hemos introducido, en lo civil y en lo penal, aun las más recientes, carecen de trascendencia, como ha podido apreciarse por el ningún impacto que han causado.

No podemos seguir más tiempo rezagados. Ya hay países hermanos que han abandonado decididamente el proceso escrito y han adoptado el juicio por audiencias orales, con éxito, incluso en lo criminal, como la provincia de Córdoba, en Argentina, y otras que han seguido su ejemplo. Ahora lo están haciendo Uruguay, con un excelente nuevo Código General del Proceso, y Costa Rica, con modernos Códigos Procesales.

Tenemos esos ejemplos y los códigos modelos preparados por los mejores procesalistas de América. Nada excusa nuestro retraso.

Es cierto que hay escasez de recursos para remunerar mejor a los jueces y a los funcionarios y para dotar a los tribunales de los medios técnicos y materiales indispensables. En Uruguay y en toda América también la hubo, y la hay, y han hecho esfuerzos heroicos en esta materia, pero empezaron por el principio, por lo primero: por reformar radicalmente el procedimiento. Sin esta reforma todo el resto se pierde.

No se puede hablar, válidamente, de reformas orgánicas o de estructuras si no se determina, primero, qué clase de proceso van a conducir o van a sustentar tales órganos y estructuras. Se pretende modificar el instrumento sin precisar, previamente, a qué función se le va a destinar ¿o se pretende continuar con el actual proceso, que se reconoce arcaico, vacío e inútil? ¿o se cree que modificando las estructuras el actual proceso se mudará en moderno, eficaz y útil?

Creo que las urgencias políticas han ignorado o desoído las recomendaciones de los especialistas y una vez más nuestra legislación quedará retrasada y, frente a una realidad que seguirá empeorando, vendrán recriminaciones y discusiones bizantinas, en tanto no se comprenda que en la justicia lo primero es el proceso.

Dos de los autores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, los profesores Gelsi Bidart y Vescovi, en sus explicaciones sobre el anteproyecto, señalaron, a propósito de las opciones para actualizar y mejorar el proceso, lo siguiente:

“El enfoque no debe conducir a la mera sistematización de los principios generalmente admitidos por las legislaciones de América Latina, una suerte de

síntesis global de lo ya aceptado por nuestro Derecho positivo, ni siquiera, quizá, por la mayoría de nuestra doctrina.

“Se trata, más bien, de proponer opciones fundamentales en torno a algunos puntos que pueden considerarse claves para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado, procurando encaminarlo hacia una “puesta al día” con las necesidades actuales y las inmediatas que se avizoran.

“Dándole, por tanto (al proceso), mayor flexibilidad y adecuación a esta época, que no aprecia las formas, ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia; que sigue apreciando como valor fundamental el de la justicia, especialmente si se refiere a los más débiles; que no puede soportar la exasperante lentitud en el obrar; que se sabe alejada de la comunicación y que quiere buscar los modos de lograrla, en cualquiera de los planos de la relación humana y, por ende, también en el proceso.”

Ese espíritu con que se aprobó el Código Modelo por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal es imperativo en la hora presente y es el que debe inspirarnos para hacer *una verdadera Reforma Judicial*.

#### EL MINISTERIO PÚBLICO

Otra institución fundamental, que se ha omitido absolutamente en los actuales proyectos de modificaciones, ha sido el Ministerio Público, pilar básico de todo sistema judicial moderno y eficiente.

Como es sabido, el Decreto con Fuerza de Ley N° 426, de 1927, suprimió el Ministerio Público en la primera instancia, manteniéndolo sólo en la Corte Suprema y en las Cortes de Apelaciones. Han pasado más de 60 años y todavía no se le repone.

Según los términos de Bello, el Ministerio Público representa los intereses generales de la sociedad, de la moral y de la ley.

El rol principal del Ministerio Público está en la primera instancia, en la que se desarrolla lo fundamental de los juicios, tanto civiles como criminales. En ella, en el proceso criminal, debe intentarse la acción penal pública, se solicitan las pruebas y se fiscalizan, se acusa y se sostiene la pretensión punitiva en el plenario contradictorio, y se interponen recursos.

En los juicios civiles, cuando se trata de materias de orden público, en la primera instancia, el Ministerio Público tiene también un importante rol como parte o como informante, cuyo dictamen necesariamente debe ser oído y considerado en la sentencia.

El Decreto con Fuerza de Ley N° 426, de 1927, que suprimió el Ministerio Público en primera instancia, eliminó sus funciones en el proceso civil y, en el proceso penal, las puso a cargo del juez.

Así, en nuestro proceso penal se da el absurdo que un mismo juez sea, a la vez, instructor o investigador, acusador y sentenciador. Esto, aparte de los serios reparos doctrinarios y de técnica procesal que merece, recarga aún más el trabajo del juez. No sólo tiene que proveer y resolver como juez, sino también tiene que discurrir y proceder como perseguidor y acusador y, en la mayoría de los casos, está solo en estas tareas.

Por otra parte cabe considerar que hay muchos reos desvalidos, que no tienen defensa o la tienen sólo formal, y el mismo juez tiene que discurrir por ellos e investigar “con igual celo” todo lo que los favorezca o los perjudique,

como lo ordena expresamente el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, también sin ninguna colaboración.

Por esto hay tanto sobreseimiento temporal, que significa, ordinariamente, el fracaso de la investigación. Nuestro juez, por sí solo, es incapaz de hacerlo todo.

Nadie que haya estudiado nuestro sistema judicial ha dejado de reprochar esta acumulación o confusión de funciones, enteramente incompatibles entre sí, en una misma persona. Todo proyecto serio de reforma de nuestro Código de Procedimiento Penal contempla, en mayor o menor grado, la reinstalación del Ministerio Público en la primera instancia.

El Proyecto de Galecio, de 1965, y todos los que lo siguieron, hasta materializar muy desdibujada la reforma del Código de Procedimiento Penal de diciembre de 1989, contemplaron la reposición del Ministerio Público. Aunque, como se ha dicho más atrás, esta última reforma fue irrelevante porque no cambió la sustancia del proceso penal inquisitivo escrito, no pudo dejar de referirse a ese Ministerio y, si bien en forma absolutamente insuficiente e insatisfactoria, sentó un principio de reposición del mismo en la primera instancia del proceso criminal.

Esta es una materia que no puede esperar más. Con la complejidad de la vida moderna no se puede dejar entregado sólo a los particulares el ejercicio de la acción penal pública. Estos lo hacen y son diligentes cuando el delito ha comprometido algún interés propio y están dispuestos a afrontar los gastos y las molestias que impone asumir la calidad de parte en un proceso criminal.

Hay muchos casos, y son la mayoría, en que el beneficio que se espera de la persecución criminal no compensa aquellos gastos y molestias. Otros hay en que los perjudicados, de ninguna manera, pueden afrontar esos gastos.

Así, la mayoría de los procesos criminales se inicia y se sigue de oficio.

Actualmente, además, existen formas de delincuencia que atemorizan a las personas, como el terrorismo y el narcotráfico, no pudiendo esperarse de ellas que promuevan la acción penal ni que la sostengan. Esto obliga a que un órgano público lo haga.

Igualmente, hoy han cobrado importancia los llamados "intereses difusos", cuya titularidad no puede asignarse a nadie en particular (los consumidores, los usuarios de servicios públicos, etc.).

Todas estas circunstancias justifican la existencia del Ministerio Público. Es un órgano público que representa los intereses generales de la sociedad.

Con su actuación se asegura que todos los delitos sean efectivamente perseguidos, aun cuando no puedan hacerlo los perjudicados, o por cualquier motivo no estén dispuestos a hacerlo. Asimismo, el juez es relevado de las tareas que no debiera realizar y cuenta con un actor que hace valer el interés público en el proceso.

Por último, y no por esto menos importante, la especial naturaleza del Ministerio Público lo constituye en contralor de la legalidad del proceso y lo obliga a velar por su corrección, pudiendo, incluso, actuar en favor del reo.

La realidad de nuestro proceso penal no admite discusión. Nadie la ignora.

Es imposible hablar de reforma judicial en nuestro país, sin abordar, de un modo u otro, la reposición del Ministerio Público en la primera instancia.

Antes que Ombudsman o Defensor del Pueblo, institución de origen parlamentario que nació en Suecia en 1809, que significaría la creación de un nuevo servicio público, debe pensarse en nuestro olvidado e indispensable Ministerio Público.

Hay mucho avanzado en los antecedentes del proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal de don Rubén Galecio, incluso un proyecto de ley orgánica del Ministerio Público.

El Ministerio Público, cuerpo esencialmente técnico-jurídico, debiera ser independiente de todo poder del Estado, incluso del Poder Judicial, con un estatuto semejante al de la Contraloría General de la República.

Todos los proyectos que actualmente se han presentado al Parlamento y los que se anuncian son accesorios. Algunos muy importantes, como el de mejorar las remuneraciones de los jueces y de los funcionarios judiciales, y el de proporcionarles más y mejores medios de trabajo. Son urgentísimos, pero no constituyen una reforma judicial ni van a cambiar el mal estado en que se encuentra nuestra administración de justicia.

La Escuela Judicial es una muy buena idea, que puede perfeccionarse. Promover el recurso voluntario al arbitraje también es una buena idea, pero sin negar a nadie la justicia ordinaria ni imponer a nadie, tampoco, una lista monopólica de árbitros oficiales.

Hay, repito, algunas buenas ideas, pero todas son secundarias.

Se podrán mejorar algunos defectos, pero el estado general de la administración de justicia no cambiará mientras no haya una verdadera reforma del proceso, tanto penal como civil.