

El modelo de juez en el proceso laboral chileno¹

Claudio Palavecino Cáceres.

Profesor Asistente del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

El tema ubica el desarrollo de nuestra reflexión en el campo de las funciones del juez. Para poder dar cuenta del tema debo referirme a algunas cuestiones previas y a otras conexas que, una vez tratadas, facilitarán la comprensión de aquel modelo.

1. La reforma del sistema judicial chileno

La reforma procesal laboral se inscribe dentro de un fenómeno político de más largo aliento que fue la decisión de reformar completamente el sistema judicial chileno. Se inició este ambicioso proyecto a la par que finalizaba el siglo XX y comenzó a materializarse cuando ya entrábamos en el siglo XXI, con la Reforma Procesal Penal. Y se prolonga hasta hoy con el proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil, cuya tramitación está temporalmente suspendida en el Congreso.

Se quiso dejar atrás un sistema procesal distinto, una cierta forma de concebir el proceso que se consideró lenta, obsoleta e ineficiente. Este proyecto de reforma global fue, pues, reactivo a una generalizada percepción de descrédito y disconformidad respecto del sistema judicial precedente, compartida tanto por los estudiosos, como por los operadores jurídicos y, me atrevería a aventurar que, por la población en general. Por esta razón, la nueva configuración procedimental se hará bajo un paradigma opuesto al que rigió bajo el sistema anterior.

Después de la Reforma Procesal Penal vino la Reforma Procesal de Familia, la Reforma Procesal Laboral y la ya mencionada Reforma Procesal Civil, todavía no

concluida. Y además se creó durante el mismo lapso nuevas jurisdicciones especiales en materia de libre competencia, compras públicas, justicia tributaria, etc. La reforma procesal civil será la culminación de este proyecto de largo aliento. Es una revolución copernicana del sistema judicial chileno.

2. Una cuestión política

Una segunda cuestión previa que me parece crucial para comprender el tema de esta exposición, tiene que ver con la constatación de que cada vez que un país inicia un proyecto de estas características, cada vez que plantea redefinir las bases de su sistema judicial, tiene que tomar ciertas decisiones políticas y ciertas decisiones técnicas. Es muy importante tener claridad respecto de esas dos clases de decisiones, políticas y técnicas, porque ordinariamente aparecen confundidas.

La cuestión política dice relación con otra cuestión de una envergadura mucho más vasta que la sola determinación del sistema procesal: Tiene que ver con la relación entre el individuo y el colectivo. Lo que estoy diciendo no es nada nuevo, ya ha sido planteado por Mirjan Damaska en *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Su tesis es que los sistemas procesales están íntimamente vinculados al tipo de Estado. Y ella distingue dos modelos de Estado puros o extremos: Un Estado liberal, de *laissez faire* y un Estado interventor. Yo prefiero hablar de un Estado en que prima el individuo sobre el colectivo y un Estado en que prima el colectivo sobre el individuo. Son paradigmas puros, modelos extremos, pero su comprensión es muy útil para determinar hacia cuál de los dos se acerca o tiende nuestro sistema procesal. Frente a cada uno de estos paradigmas de Estado hay un tipo de sistema procesal o una filosofía procesal.

En el Estado de *laissez faire*, en el Estado liberal, en el Estado en que el individuo prima sobre el colectivo, el proceso es concebido como un instrumento para la solución de conflictos. El fin del proceso es resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, el conflicto entre dos partes cuyas voluntades opuestas convergen sobre un

¹Clase inaugural del Diplomado en litigación laboral 2016, Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social - Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

mismo objeto, vale decir, que disputan un mismo objeto. Esa es la función primordial del proceso. Sin perjuicio de que, al resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, indirectamente el proceso sirva a la consecución de la paz social que es un objetivo ciertamente colectivo.

Frente al modelo procesal del Estado liberal está el modelo procesal del Estado interventor: El proceso concebido para la realización de determinados fines o políticas públicas. Incluso en los procesos en que se resuelve intereses privados habría un interés prevalente del Estado ¿Cuál sería ese interés prevalente del Estado? Muchos consideran que la realización o eficacia del Derecho objetivo (que la ley se aplique correctamente). Otros opinan que al Estado no le basta con que el conflicto se resuelva de cualquier forma, sino que le interesa que se resuelva de manera justa. Otros creen que al Estado le interesa que se alcance la verdad dentro del proceso, porque la verdad sobre los hechos es condición de la justicia del fallo, etc. Lo relevante desde esta perspectiva es que el proceso sea configurado de modo tal que se pueda asegurar que, llegado el caso, el interés estatal se sobreponga al interés egoísta de las partes.

Insisto que se trata de modelos abstractos. En la realidad, si miramos distintos países probablemente no encontremos sistemas procesales puros, sino unos que se acercan más al proceso del Estado liberal y otros que se acercan más al proceso del Estado interventor.

Cada uno de estos sistemas procesales concibe un rol distinto para el juez. Un juez exclusivamente adjudicador en el proceso concebido como resolución de conflictos y un juez activista en el proceso concebido como instrumento para las políticas públicas. El juez es el agente del Estado en el proceso. Y, por tanto, desde la perspectiva publicística el juez tiene la misión de realizar los altos fines del Estado en el proceso, para lo cual debe estar dotado de amplias facultades formales y materiales.

En cambio, en el proceso del Estado liberal el juez tiene un rol neutro: El juez aparece al final del proceso porque su función es adjudicar, resolver la controversia, dictar sentencia. El proceso es de las partes. El proceso queda entregado a la actividad dialéctica de las partes, por eso se llama "adversarial", sin mayor intervención del juez antes de la sentencia, salvo para resolver pequeñas escaramuzas o incidentes.

2.1. Algo de historia

El modelo procesal del Estado interventor se llama inquisitivo. Esto no es casual. Me voy a permitir una breve digresión histórica. Si estudiamos la historia del proceso desde los primeros documentos escritos que han llegado hasta nosotros, y me refiero específicamente a la Iliada, nos percataremos de que el proceso fue concebido originalmente adversarial. En el canto XVIII de la Iliada, Aquiles llora la muerte de Patroclo y la pérdida de sus regias armas. Recordemos que Patroclo usó las armas de Aquiles para enfrentar a Héctor y éste lo mató apoderándose de esas armas. En los tiempos homéricos el guerrero que vencía a otro en singular combate tenía derecho a quedarse con sus armas. La madre de Aquiles, para consolarlo, consigue que el dios de la forja, Hefestos, le haga nuevas armas. Y entre esas armas se cuenta un nuevo escudo. Este escudo tiene labradas incontables figuras con que el dios Hefestos quiso representar una ciudad en paz y otra ciudad en guerra. Y para simbolizar la ciudad en paz no halló nada mejor que representar un juicio en la plaza pública. Estamos ante una obra escrita ocho siglos antes de Cristo y que relata hechos todavía anteriores, probablemente del mundo Micénico. Lo sorprendente es que los antiguos griegos ya tuvieran consciencia de que la ciudad civilizada es aquella en que el conflicto intersubjetivo se resuelve mediante un debate en la plaza pública. Interesa destacar que el litigio se resolvía delante del pueblo, vale decir, que era público y, sobre todo, que era de naturaleza adversarial.

Homero describe un debate en la plaza pública entre uno que afirmaba que otro le debía una indemnización por la muerte de un pariente y ese otro que decía que todo había sido pagado; ambos hablan ordenadamente, uno primero, luego el otro; ambos son oídos; los jueces escuchan silentes el debate y esperan que este se agote para pronunciar su sentencia. Esta descripción da cuenta de lo que fue el proceso durante toda la antigüedad y hasta avanzada la Edad Media: un proceso adversarial. El proceso concebido como un método de debate dialéctico entre partes iguales donde el conflicto lo resuelve, tras oír a ambas, un tercero imparcial. Esta forma de resolver el conflicto intersubjetivo campeó en Europa hasta fines del siglo XII y comienzos de siglo XIII en que surge la Inquisición que va a trastocar el sistema procesal vigente al poner el énfasis en la indagación o averiguación de la verdad, de ahí proviene el nombre de la inquisición, del latín "inquisitio", que significa investigación. Procedimiento en que el inquisidor reúne sobre sí las calidades de investigador y juez



de la causa. Y donde el interés relevante no será ya el interés de parte sino de un tercero que está por encima de ellas, primero la Iglesia, luego el Estado. A la Iglesia le interesaba aplastar la herejía porque cuestionaba su autoridad. El poder de la Iglesia comienza a ser cuestionado tanto por la herejía en el plano ideológico como por los príncipes seculares en el campo político. Comienzan a consolidarse por esta época los reinos europeos. Y este fenómeno es crucial porque los reyes europeos se apropiarán del proceso inquisitorial ¿Por qué? Porque lo vieron como instrumento funcional, idóneo, para la consolidación del poder real. Los reyes se apoderaron de la Inquisición papal. Y, entonces, de un proceso adversarial que había imperado hasta entonces en Europa se pasó a un proceso inquisitivo. Un ejemplo de cómo el proceso inquisitorial le sirvió a los reyes europeos para deshacerse de sus enemigos y a la par hacerse con sus riquezas es el proceso contra los templarios. A los templarios se les imputó delitos perseguibles por la Inquisición, herejía, blasfemia, sodomía, etc., se les juzga secretamente y luego se les condena bajo este procedimiento y todos sus bienes son confiscados. El proceso inquisitivo será en adelante el sistema procesal dominante en Europa hasta que la crítica iluminista del siglo XVIII y, luego, el triunfo político del liberalismo en el siglo XIX determine el retorno al proceso adversarial. Este retorno del proceso adversarial será breve porque ya a fines del siglo XIX comienza, en palabras de Benabentos, un “reverdecer neoinquisitivo”. Nosotros seremos partícipes de ese reverdecer neoinquisitivo a través de nuestro proceso penal, que se mantuvo perfectamente inquisitivo durante todo el siglo XX: Con un juez que instruía, acusaba y juzgaba. Hubo amplio consenso entre los profesores de Derecho procesal y también entre los operadores jurídicos de que esta situación era insostenible, de que era un procedimiento bárbaro que debía ser modificado. Y fue modificado del modo que todos ya sabemos entregando la investigación a un órgano distinto de la judicatura, el ministerio público, y limitando la función de los jueces de la audiencia de juicio a dictar sentencia. Lo curioso es que enterramos al juez inquisidor con la reforma procesal penal y, al poco rato, en las otras reformas, las que tenían que ver con los conflictos entre privados, ya no con la pretensión punitiva del Estado, lo desenterramos y lo resucitamos. Porque en las reformas que le siguieron, laboral y de familia y en el proyecto de Código Procesal Civil como en las jurisdicciones especiales creadas en el mismo lapso, se estableció un juez con amplias facultades, pero especialmente con una facultad típicamente inquisitorial como es la de probar de oficio. El modelo de código procesal neoinquisitivo más exitoso desde el punto de

su difusión e influencia en el resto del mundo fue el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940, el Código de Mussolini, todavía vigente en Italia. Hay que reconocer que por aquella época la doctrina procesal italiana iluminaba al mundo y paradójicamente los profesores que tuvieron que emigrar de Europa hacia América por las persecuciones del fascismo trajeron bajo el brazo *il Codice*, como ejemplo de la legislación procesal más avanzada. El Código Procesal Civil modelo para Latinoamérica es indudablemente tributario del *Codice*.

3. Los pilares de la reforma procesal laboral

La reforma procesal laboral se apoya en dos pilares. Recordemos lo ya dicho: Lo que determinó el cambio completo del sistema de justicia chilena fue una intensa percepción de disconformidad con lo anterior y la queja principal contra el sistema anterior fue la lentitud en la tramitación de los juicios. La culpa de falta de justicia oportuna recayó en dos rasgos del sistema anterior: la escrituración y el rol pasivo del juez. Se dijo que lo que conspiraba contra la rapidez de la respuesta judicial era, de una parte, los procedimientos formalistas, farragosos, escriturados y, de otra, la circunstancia de que el juez se desentendiera completamente de la tramitación del juicio y se transformara en un mero lector de expedientes. Hay que reconocer que la cuestión relativa a la celeridad de la respuesta laboral es especialmente acuciante en materia laboral. Muchos afirman con poco rigor técnico, pero con una fuerza metafórica que sirve para comprender el problema, que el crédito laboral tiene naturaleza “alimentaria”. De la oportuna respuesta jurisdiccional depende muchas veces el sustento del trabajador y de su familia. De ahí que no sea baladí el reclamo por una justicia oportuna. Entonces, la reforma procesal laboral se estructuró sobre los principios opuestos al sistema hasta entonces existente: Frente al proceso escriturado, un proceso oral. Frente al rol pasivo del juez, un juez activo, conductor del proceso.

3.1. La oralidad

La oralidad se transforma, al decir de Montero Aroca, en una idea símbolo, en una suerte de panacea contra todos los males procesales. Se exagera a menudo sobre los méritos y posibilidades de la oralidad. Pero ciertamente la oralidad contribuye a la desformalización del procedimiento, contribuye a eliminar el papeleo. Y eso se ha conseguido. La escrituración quedó relegada a la fase de discusión. Uno de los aspectos más destacables de la reforma fue la informatización del procedimiento. Ya no hay expediente físico, sino digital, lo que tiene

muchas ventajas: Ya no se pierde el expediente, ni las hojas del expediente, ni tiene uno que ir al tribunal para leer el expediente, pues puede consultarlo todo desde su casa u oficina a través de la página Web del Poder Judicial. La oralidad supone que las actuaciones procesales se efectúen preferentemente a través del lenguaje hablado. La oralidad nos traslada al plano de las decisiones técnicas relativas a la configuración procedimental. Aquí ya no está en juego la posición del individuo frente al colectivo. Se trata simplemente de una opción técnica frente a la escrituración. La oralidad va unida a otros modos de configuración procedimental como la concentración. En efecto, el procedimiento laboral se estructura sobre la base de audiencias orales y de lo que se trata es de concentrar en las audiencias la mayor densidad de actuaciones procesales que sea posible. Esto también ayuda a acelerar la respuesta jurisdiccional. En la práctica no va a suceder nada muy emocionante entre las audiencias.

3.2. La sobrevalorada intermediación

Hay otro modo de configuración procedimental conexas a la oralidad que también ha cobrado naturaleza de idea símbolo, la intermediación. La intermediación exige la presencia física del juez en las audiencias sin posibilidad de delegar sus funciones en otros funcionarios del tribunal so pena de nulidad. En los procedimientos anteriores había comparendos donde se examinaba testigos y absolventes que se desarrollaban sin la presencia física del juez, sino delante de un actuario del tribunal que se limitaba a transcribir lo que declaraban testigos y absolventes. En la intermediación cobra especial relevancia la presencia del juez durante la audiencia de juicio en que se rinde la prueba. La ley señala que ese es el único juez que puede fallar la causa. La intermediación manda que el juez de la audiencia de juicio resuelva a partir de las impresiones directas que obtuvo en la audiencia y por eso nadie más lo puede sustituir en la dictación de la sentencia. Aquí aparece con toda su fuerza la mitología en torno a la intermediación. La idea de que esta percepción directa de la información que arrojan las fuentes de la prueba por el juez garantizaría una calidad de información mucho mejor que la mediada por registros para resolver el litigio. Esta idea debe ser sometida a crítica.

Es cierto que la presencia física del juez en las audiencias impone respeto a los sujetos intervinientes en ellas y disuade de faltas a la disciplina o de actuaciones dilatorias y, cuando no las disuade, facilita al menos una más rápida corrección por parte del juez que toma conocimiento directo de las mismas y puede frenarlas de

inmediato. Hasta ahí reconozco mérito a la intermediación. Pero con relación a la obtención de información de las fuentes de la prueba me cuesta más apreciar los supuestos méritos de la intermediación. Por ejemplo, en relación con la prueba documental. Si somos coherentes con la oralidad y la intermediación, la incorporación de la prueba documental debería hacerse oralmente en la audiencia de juicio leyendo aquellos pasajes relevantes para sustentar probatoriamente las alegaciones o defensas de la parte que los incorpora y el juez debería analizarlos y valorarlos inmediatamente en ese mismo acto. En la práctica o son apenas someramente individualizados a petición del propio juez para no ralentizar el curso de la audiencia o puede también suceder que se los incorpore oralmente en la forma debida, pero en uno y otro caso, luego de la audiencia de juicio y, a veces, muchos días después de la misma, son examinados por el juez para hacer su valoración como medios de prueba. De modo que, en la práctica, intermediación y oralidad no generan una diferencia sustantiva en la forma de apreciar la prueba documental respecto del procedimiento escrito. Entonces, en lo que respecta a la prueba documental quedamos más o menos donde mismo.

Analicemos ahora cómo opera la intermediación respecto de la “prueba viva”, vale decir, de los testigos, los absolventes y los peritos. Aquí mi preocupación surge precisamente de lo que sus propagandistas anuncian como ventaja incuestionable de la intermediación, a saber, la circunstancia de que el juez tenga delante y mire a los ojos al testigo, al absolvente o al perito. Lo que me inquieta es la posibilidad de que determinadas reacciones, gestos o actitudes de quienes comparecen a estrados, que suelen ser de muy ambigua interpretación, pasen a ocupar un lugar relevante en la formación de la convicción del juez porque éste les asigna intuitivamente un significado unívoco. Me ha tocado más de alguna vez escuchar de boca de los propios jueces frases tales como: “Yo sé de inmediato cuando un testigo me miente” o “Me basta con mirar a los ojos al testigo para saber si dice la verdad”. Hasta qué punto, percepciones subjetivas como las que acabo de reproducir son relevantes para el juez a la hora de formar su convicción. Hasta qué punto la comprensión intuitiva de actitudes o gestos ambiguos del testigo, o de las partes o de los peritos influyen en el juez más allá de lo que estará luego dispuesto a reconocer en la sentencia. Porque a pesar de la fe de algunos jueces respecto de sus propias intuiciones probatorias, jamás las consignarán como tales en la sentencia, lo que imposibilitará cualquier control racional de las mismas por la vía de la impugnación.



¿Qué otra supuesta ventaja puede proporcionar la intermediación en relación con la prueba? Que el juez pueda interrogar directamente a las partes, a sus testigos y a los peritos. Pienso nuevamente que hay mucho peligro y poco beneficio en que el juez interroge a los testigos. El interrogatorio de testigos está concebido en nuestra legislación procesal desde la técnica del interrogatorio cruzado. Esto aparece de manifiesto porque la ley impone límites característicos al abogado que interroga. Pues bien, la técnica del interrogatorio cruzado proviene del sistema adversarial, que no contempla la injerencia del juez. Basta con el interrogatorio del abogado que presenta al testigo, que está limitado, porque se trata de que el testigo declare espontáneamente y que no sea “la boca” del abogado que lo presenta, y el contra-interrogatorio, que es libre, pues quien contrainterroga se enfrenta a un testigo hostil. Y de esa lucha dialéctica entre el abogado que presenta al testigo y lo interroga y el abogado de la contraparte que contrainterroga, el sistema adversarial considera que la información resulta suficientemente depurada, sin que sea necesaria la intervención del juez. Pero el procedimiento laboral chileno, que no es adversarial sino inquisitivo, permite la intervención del juez, lo que distorsiona completamente la técnica del interrogatorio cruzado, abriendo la puerta a un intruso coadyuvante que encima no se considera sujeto a límites a la hora de interrogar.

3.3. La publicidad

La publicidad es otro elemento que acompaña a la oralidad en la configuración de los procedimientos. Frente a la opacidad del sistema antiguo, se opone la transparencia del proceso nuevo. El primer alcance de la publicidad es que cualquier persona que lo desee, en la medida que lo permita la capacidad física de la sala, puede entrar a ver y oír cómo se desarrolla la audiencia, vale decir, cualquier persona puede ver y oír cómo se imparte la justicia laboral. La audiencia oral también permite a las propias partes controlar “en vivo” el desempeño de sus abogados. Hay una segunda dimensión de la publicidad que ofrece la informatización del procedimiento, pues el expediente electrónico es asequible para cualquiera. Hay completa libertad de acceso a las piezas o escritos del expediente y a los registros de audio de las audiencias desde la página Web de Poder Judicial.

3.4. La celeridad

Hay que tener cuidado con nuestras expectativas. En general los plazos procesales definidos por el legislador para las actuaciones judiciales se han respetado. Si los jueces los seguirán respetando hacia el futuro es algo que no se puede asegurar. Los nuevos tribunales del trabajo comenzaron desde cero. Todas las causas que al momento de implementarse la reforma se habían iniciado bajo el sistema antiguo continuaron su tramitación en tribunales antiguos que sobrevivieron con este solo fin. Sin embargo, se avizora un tiempo de crisis económica y una reforma laboral que traerán como consecuencia mayor litigiosidad laboral y, por ende, una mayor presión sobre el sistema de justicia. Si esta profecía se cumple, es dudoso que los tribunales del trabajo continúen respetando los plazos. Porque en definitiva, lo que determina la respuesta oportuna del sistema de justicia no tiene tanto que ver con oralidad o escrituración como con una relación virtuosa entre cantidad de causas y cantidad de jueces. De momento, esa relación virtuosa se ha mantenido lo que se evidencia en que las fechas de audiencias respetan los plazos legales. Pero hacia el futuro eso resulta incierto.

4. Un juez inquisidor

El otro pilar de la reforma ha sido el cambio de un juez pasivo, lector de expedientes a un juez activo, a un juez conductor del proceso dotado de amplias facultades formales y materiales. Las facultades formales son las que dicen relación con la prosecución del procedimiento, con su avance en el tiempo. Es deber del juez del trabajo dar curso al procedimiento, ya no es carga de las partes. Consecuente con el impulso procesal de oficio, se ha suprimido explícitamente la figura del abandono del procedimiento.

Además, el juez del trabajo posee importantes facultades materiales. Las facultades materiales son aquellas que están dirigidas a facilitar la formación de la convicción del juez. La más importante, sin duda, es la de la aportación de prueba. Las partes pierden el monopolio de la aportación de pruebas puesto que esa potestad aparece compartida con el juez. El juez puede decretar prueba de manera autónoma respecto de las partes. Este no es el único poder material del juez. El juez toma la decisión de recibir o no recibir la causa a prueba. Se ha ido generalizando la práctica según la cual, si el demandado no contesta, no hay controversia y entonces el juez puede aprovechar la norma que lo faculta para dictar sentencia en la audiencia prepara-

toría sin necesidad de recibir la causa a prueba. Luego de recibir la causa a prueba el juez debe pronunciarse sobre la admisibilidad del material probatorio ofrecido de las partes. Aquí es muy importante tener presente que la regla general es la admisibilidad de la prueba, tanto de las fuentes tradicionales como de cualquier otro elemento de convicción y que la inadmisibilidad es siempre excepcional y el juez la tiene que fundar precisamente en las causales de inadmisión establecidas en la ley. Las causales de inadmisión de prueba son; impertinencia (inconexión con los hechos a probar), falta de idoneidad (prueba inútil para probar ciertos hechos) e ilicitud (prueba obtenida directa o indirectamente a través de medios ilícitos o con violación de derechos fundamentales). En el derecho procesal moderno la prueba no es simplemente una carga de las partes, sino un derecho que integra el derecho a la defensa en juicio que a su vez integra el derecho a un debido proceso. De modo que si un juez se niega a admitir un medio de prueba fuera de las causales legales de inadmisión, viola el derecho a la prueba, el derecho a la defensa y el debido proceso. En la audiencia de juicio, aquella en que se rinde la prueba, se permite al juez prescindir total o parcialmente de la prueba testimonial y de la confesional si la estimare sobreabundante. Esta facultad legal de juez laboral es cuestionable nuevamente desde el derecho a la prueba que según la dogmática comprende el derecho a que la prueba que fue admitida se rinda.

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

5. Reflexión final

Se defiende el protagonismo del juez en el proceso afirmando que el Estado no puede desentenderse del resultado del acto de adjudicación, que el Estado debe velar porque la sentencia que se dicte haga justicia, que se obtenga del proceso un resultado justo. Y que esto es especialmente acuciante en el proceso laboral atendida la asimetría de fuerzas entre los litigantes.

Sobre cuál de todas las teorías puede dotar de contenido a la retórica sobre la justicia y lo justo en el proceso, si la de Nozick, la de Dworkin, la de Rawls, la de Posner, la de Sarduski, la de Marx, Young o Habermas, por nombrar solo algunas de las que se debaten actualmente, el publicismo no ofrece mayores detalles, pero parece que sus paladines apuntaran a la realización de la igualdad material. Conforme a la ideología publicística el juez debe ser un agente del Estado contra la desigualdad. Pero este es un derrotero peligroso porque importa ya no simplemente tolerar como inevitable la conducta estratégica del juez respecto de la ley sustantiva y adjetiva y del material fáctico, sino promoverla activamente. De ahí que al publicismo se le llame también "activismo" judicial. El peligro es que por mor de justicia el juez se considere autorizado a prescindir de la imparcialidad. Ese es precisamente el objetivo inconfesable tras el otorgamiento al juez de poderes para que tempranamente conduzca el proceso en la dirección que él considere conveniente para corregir la injusticia social, la dolorosa herida de la desigualdad material que palpita y sangra en innumerables conflictos que llegan a conocimiento de los tribunales. Esta tendencia a la promoción de un juez sensible ante la injusticia social, un juez comprometido con la superación de la desigualdad resulta especialmente tentadora en Latinoamérica donde se predica desde el púlpito de todas las iglesias y desde todos los partidos políticos que la lucha contra la desigualdad es una tarea prioritaria del Estado. ¿Por qué el juez, al fin y al cabo un agente estatal más, debería sustraerse de contribuir a emparejar la cancha?

Se olvida que la igualdad es la columna vertebral, la viga maestra del proceso. Pero no la igualdad material sino la igualdad ante la ley procesal, la igualdad formal ¿Por qué no la igualdad material? Porque imponer al juez como deber la realización de la igualdad material implicaría ponerlo a priori de parte del débil, del pobre, del falto de educación, del desventajado en cualquier forma. Y al ponerse de parte de uno de los contendientes el juez pierde su atributo esencial que es la imparcialidad, con lo cual la contraparte se queda sin juez y, de paso, sin debido proceso o sin proceso a secas.



La igualdad formal de las partes, la igualdad ante la ley, es la esencia de todo proceso: de ahí surge todo lo demás, porque si las partes son iguales ante la ley quiere decir que el diseño procedimental plasmado a través de la ley debe considerar para ambas partes las mismas oportunidades de ser escuchadas y de ser informadas; las mismas oportunidades de actuación,

de defensa e impugnación; se sigue también que el juez no puede hacer diferencias de trato entre una y otra parte; ni mostrar preferencia o brindar ayuda a una parte en perjuicio de la otra; todo lo cual coincide con lo que los pueblos civilizados denominan debido proceso o proceso justo. Alterar la igualdad formal de las partes conlleva destruir el proceso que o es justo o no es proceso.