

MICHELE TARUFFO

**PÁGINAS SOBRE
JUSTICIA CIVIL**

Traducción de
Maximiliano Aramburo Calle

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO DEL AUTOR	15
I. JURISDICCIÓN	
1. LEYENDO A FERRAJOLI: CONSIDERACIONES SOBRE LA JURIS- DICCIÓN	21
1. LA JURISDICCIÓN COMO GARANTÍA.....	21
2. NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN	22
3. DISCRECIONALIDAD Y CREACIÓN DEL DERECHO	26
4. LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN.....	28
2. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL	31
1. ANOTACIÓN HISTÓRICA	31
2. ACCESO A LA JUSTICIA	33
3. OTRAS GARANTÍAS PROCESALES	35
4. DIMENSIONES TRANSNACIONALES.....	37
3. LA CULTURA DE LA IMPARCIALIDAD EN LOS PAÍSES DE <i>COMMON LAW</i> Y DE DERECHO CONTINENTAL	39
1. INTRODUCCIÓN.....	39
2. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ: EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE	40
3. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ: EL SISTEMA INGLÉS.....	42
4. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN LOS ORDENAMIENTOS DE <i>CIVIL LAW</i>	44
5. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN EL CURSO DEL PROCESO	48
6. LA MOTIVACIÓN COMO GARANTÍA <i>EX POST</i>	53

	<u>Pág.</u>
4. JUECES Y POLÍTICA: DE LA SUBORDINACIÓN A LA DIALÉCTICA.	55
5. LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA CIVIL EN EL MUNDO GLOBALIZADO	63
1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES	63
2. LAS FUNCIONES DE LAS GARANTÍAS PROCESALES	66
3. LA EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS.....	67
4. LAS DIMENSIONES DE LAS GARANTÍAS: LA DIMENSIÓN NACIONAL.....	69
5. LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL.....	71
6. LOS SISTEMAS JUDICIALES EN LAS TRADICIONES JURÍDICAS DE CIVIL LAW Y DE COMMON LAW	77
1. INTRODUCCIÓN.....	77
2. LA NATURALEZA DEL JUEZ	77
3. LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ	83
4. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL	85
5. EL JUEZ Y EL PROCESO	88
7. LAS FUNCIONES DE LAS CORTES SUPREMAS	93
1. INTRODUCCIÓN.....	93
2. EL MODELO ANGLOAMERICANO	94
3. EL MODELO ALEMÁN	97
4. EL MODELO FRANCO-ITALIANO	100
5. CONCLUSIONES	104
8. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN ELECTORAL	107
9. UNA ALTERNATIVA A LAS ALTERNATIVAS: MODELOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	113
1. ASPECTOS DE LOS <i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION</i>	113
2. PROBLEMAS DE LAS ALTERNATIVAS.....	116
3. LA JURISDICCIÓN COMO ALTERNATIVA.....	119
4. EL PROCESO COMO ALTERNATIVA EFICIENTE.....	120
5. CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ALTERNATIVAS	123
6. CONCLUSIONES	125
10. OBSERVACIONES SOBRE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	127
1. INTRODUCCIÓN.....	127
2. VARIEDAD DE LAS FORMAS DE ADR	128
3. RAZONES PARA RECURRIR A LOS MÉTODOS DE ADR	129
4. EL ARBITRAJE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS	132
5. LA CONCILIACIÓN: VENTAJAS Y PROBLEMAS.....	134
6. CONCLUSIÓN: DE LOS ADR A LOS ODR	137
11. CONSIDERACIONES DISPERSAS SOBRE MEDIACIÓN Y DERECHOS.	139

II. PROCESO CIVIL

12. LA JUSTICIA CIVIL	153
1. DEL SIGLO XIX AL XX.....	153
2. LA PRIMERA POSGUERRA.....	159
3. LA SEGUNDA POSGUERRA.....	164
4. LAS GRANDES TENDENCIAS HACIA EL FINAL DEL SIGLO.....	173
5. CONCLUSIONES	186
13. CULTURA Y PROCESO	189
14. ¿ARMONIZAR EL PROCESO CIVIL EN EUROPA?	213
1. INTRODUCCIÓN.....	213
2. VARIEDAD DE LOS SISTEMAS PROCESALES EUROPEOS.....	215
3. LA IMPOSIBLE UNIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESALES.....	218
4. UNA ARMONIZACIÓN POSIBLE	221
5. EL TEXTO ALI/UNIDROIT	223
6. PROBLEMAS DE ARMONIZACIÓN	226
7. UNA CONCLUSIÓN ABIERTA	228
15. JUICIO: PROCESO, DECISIÓN	231
16. ORALIDAD Y ESCRITURA COMO FACTORES DE EFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL	245
1. INTRODUCCIÓN.....	245
2. CONCEPTOS DE EFICIENCIA	247
3. ¿EFICIENCIA DE QUÉ?	248
A) Una eficiente presentación de la causa	249
4. PRESENTACIÓN ORAL Y ESCRITA DE LA PRUEBA	255
A) El interrogatorio de los testigos.....	256
B) Contacto inmediato con la prueba	258
5. EL MODELO IDEAL DE UN JUICIO ORAL CONCENRADO	260
6. UNAS CUANTAS PALABRAS SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ...	264
7. ANOTACIONES FINALES	265
17. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONTRADICTORIO EN LA TUTELA SUMARIA	269
1. EL MODELO DEL PROCESO JUSTO.....	269
2. TUTELA SUMARIA Y TUTELA DIFERENCIADA	271
A) La tutela cautelar	274
B) Alternatividad de la tutela sumaria	275
3. CARACTERES DE LO SUMARIO	276
A) El contradictorio pospuesto	279
B) La apariencia de verdad	280
4. UNA BUENA TUTELA SUMARIA.....	282

	<u>Pág.</u>
18. OBSERVACIONES SOBRE LAS FICCIONES JURÍDICAS Y EL PROCESO CIVIL	285
1. PUNTO DE PARTIDA	285
2. LA COSA JUZGADA	286
3. LAS PRUEBAS LEGALES	290
19. ELEMENTOS PARA UNA DEFINICIÓN DE «ABUSO DEL PROCESO».	295
1. INTRODUCCIÓN	295
2. ABUSO Y DERECHO EN EL PROCESO	297
3. ABUSO Y DISCRECIONALIDAD	299
4. ABUSO DE INSTRUMENTOS PROCESALES	301
5. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD	305
6. ABUSO Y FUNCIONALIDAD DEL PROCESO	306
20. EL ABUSO DEL PROCESO: PERFILES COMPARADOS	311
1. PERFILES GENERALES DEL ABUSO DEL PROCESO	311
2. TIPOS DE ABUSO	322
3. PERFILES SUBJETIVOS DEL ABUSO	325
4. SANCIONES PARA EL ABUSO DEL PROCESO	328
5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	332
21. LA RECOLECCIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL: TRADICIONES CULTURALES Y TENDENCIAS TEÓRICAS	335
1. INTRODUCCIÓN	335
PARTE I: ASPECTOS GENERALES	336
2. MODELOS PROCESALES ACUSATORIOS VS. INQUISITIVOS	336
3. LA FUNCIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL	342
4. LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA PRUEBA	347
PARTE II: ASPECTOS PROCESALES	353
5. LA RECOPIACIÓN DE LA PRUEBA	353
6. LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA	359
7. CONCLUSIÓN	361
22. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO CIVIL ACUSATORIO	365
1. TÉRMINOS Y PRINCIPIOS	365
2. MODELOS E IDEOLOGÍAS DEL PROCESO	367
3. EL MODELO ACUSATORIO PURO	368
4. EL MODELO ACUSATORIO DE LAS GARANTÍAS	369
5. EL MODELO ACUSATORIO PARA LA VERDAD	372
6. CONCLUSIONES	377

III. DECISIÓN

23. DECISIONES JUDICIALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL	381
1. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES	381
2. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	384
3. TOMA DE DECISIONES JUDICIALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.....	387
24. EL CONTROL DE RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN, ENTRE LÓGICA, RETÓRICA Y DIALÉCTICA	397
1. RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	397
2. RACIONALIDAD Y LÓGICA DE LA DECISIÓN.....	400
3. RACIONALIDAD Y RETÓRICA EN LA DECISIÓN.....	402
4. RACIONALIDAD Y DIALÉCTICA EN EL PROCESO.....	404
5. LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA DECISIÓN.....	406
25. VERDAD Y PROBABILIDAD EN LA PRUEBA DE LOS HECHOS	411
1. INTRODUCCIÓN.....	411
2. LOS ENEMIGOS DE LA VERDAD.....	411
3. DISTINCIONES FALACES	415
4. EL VALOR DE LA VERDAD	417
5. PROBABILIDAD Y PRUEBA.....	421
6. GRADOS DE PROBABILIDAD Y ESTÁNDARES DE DECISIÓN.....	423
26. PROBABILIDAD Y PRUEBA JUDICIAL.....	427
1. VERDAD Y PRUEBA EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS	427
2. CONCEPTOS DE PROBABILIDAD.....	431
3. LA PROBABILIDAD LÓGICA.....	434
4. LA PROBABILIDAD PREVALECIENTE.....	436
27. CONSIDERACIONES SOBRE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.	439
1. ORIGEN Y LÍMITES DEL CONCEPTO	439
2. TIPOS DE MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA	441
3. FUNCIONES DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.....	446
4. CRITERIOS PARA EL USO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.	450
28. CIENCIA Y PROCESO	455
1. LA CIENCIA EN EL PROCESO	455
2. ¿QUÉ CIENCIA?	456
A) Las ciencias duras.....	457
B) Las ciencias humanas	460
C) Ciencia buena y ciencia mala	462
3. EL JUEZ Y EL EXPERTO	466
4. CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y ESTÁNDAR DE PRUEBA	470
5. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS	474

	<i>Pág.</i>
29. LA DERROTABILIDAD DE LA VERDAD JUDICIAL	481
1. INTRODUCCIÓN.....	481
2. LA INFERENCIA PROBATORIA.....	482
A) Prueba derrotable	483
B) Garantías derrotables	485
C) Prueba derrotable y garantías derrotables.....	487
3. UN COMENTARIO FINAL.....	487
30. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL: ENTRE EL DERECHO COMÚN Y LA ILUSTRACIÓN	489
31. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA	515
1. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN	515
2. FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN	516
3. NATURALEZA DE LA MOTIVACIÓN	519
4. CONTENIDO DE LA MOTIVACIÓN	522
32. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA Y LA MOTIVACIÓN	527
1. LA ELECCIÓN DE LA RACIONALIDAD	527
2. LAS CONCEPCIONES RACIONALES DE LA PRUEBA.....	531
3. LA MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE HECHO	535
4. IDEOLOGÍA DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS.....	538
33. DIMENSIONES DEL PRECEDENTE JUDICIAL	541
1. INTRODUCCIÓN	541
2. ¿QUÉ PRECEDENTE?	544
3. EL OBJETO DEL PRECEDENTE	546
4. ESTRUCTURA DEL PRECEDENTE.....	549
5. EFICACIA DEL PRECEDENTE.....	551
6. CONCLUSIONES.....	554
34. PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA	557
1. INTRODUCCIÓN	557
2. PRECEDENTE O JURISPRUDENCIA.....	558
3. FUERZA DEL PRECEDENTE	561
4. DIRECCIÓN DEL PRECEDENTE.....	563
5. PRECEDENTE Y EJEMPLO	566
6. PRECEDENTE Y NOMOFILAXIS	567
35. EL PRECEDENTE EN ITALIA	571
1. HISTORIA	571
2. FUERZA DE LOS PRECEDENTES.....	572
3. ¿QUÉ ES UN PRECEDENTE?.....	574
4. CANTIDAD DE PRECEDENTES.....	575
5. ABUSOS DE PRECEDENTES	577
6. ANOTACIONES FINALES	578
BIBLIOGRAFÍA	581

PREFACIO DEL AUTOR

La invitación de mis amigos Juan José PONS y Jordi FERRER a publicar una recopilación de mis escritos ha constituido para mí una grata ocasión para reflexionar sobre las distintas cosas que he tenido que escribir en estos últimos años, y para ver si, de una selección razonada, podía derivarse un volumen que tuviese un mínimo de coherencia temática. Sin tomar en consideración ensayos que ya habían sido publicados en español¹, fue posible elegir escritos que presentan varias conexiones por método y por materia.

Muchos de los ensayos que se publican aquí han aparecido en distintos idiomas y en lugares difícilmente accesibles al público en general, tales como memorias de congresos, revistas o volúmenes de circulación limitada. De este modo, se espera que tales escritos puedan ser utilizados por una cantidad más amplia de lectores.

* * *

A pesar de su aparente variedad, los escritos que se presentan aquí tienen una cierta unidad de método. Algunos de ellos se plantean en perspectiva histórica, o al menos tienen en cuenta la historia de los problemas. Por esta razón republico aquí un viejo ensayo sobre la historia de la obligación de motivación, que aún me parece actual para la comprensión del significado de dicha obligación. Varios ensayos utilizan de manera más continua el método de la comparación. Esta elección se deriva no sólo de mis intereses culturales, sino sobre todo del hecho de que, desde hace mucho tiempo, estoy convencido de que los problemas de la justicia civil —tal como sucede con muchos otros problemas jurídicos— no se pueden comprender permaneciendo dentro del Derecho positivo vigente en un cierto momento histórico y en un sistema jurídico específico. La reconstrucción histórica y el análisis com-

¹ Cfr. el apéndice al volumen *La prueba* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008) y *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Bogotá: Temis, 2006).

parado se encuentran entre los instrumentos esenciales de los que el jurista moderno debe saberse servir.

* * *

Los ensayos que componen el volumen están subdivididos en tres grupos, cada uno de los cuales corresponde a una gran área temática de la justicia civil.

El primer grupo se refiere a la *jurisdicción*, en el sentido amplio de «función jurisdiccional» y tiene que ver fundamentalmente con tres aspectos: el papel que desarrolla la jurisdicción en el moderno Estado democrático de Derecho; la posición que el juez asume en los sistemas judiciales actuales y, en particular, el significado que se atribuye a la derogación de la jurisdicción que tiene lugar de manera cada vez más frecuente en numerosos ordenamientos, y que se deriva del recurso a los llamados «métodos alternativos de resolución de controversias». Con respecto a estos métodos mi punto de vista es decididamente crítico: en principio, no niego su utilidad pero considero que la justicia del Estado —no la justicia privada— ofrece todas las garantías para una protección adecuada de los derechos de los ciudadanos y, entonces, debe considerarse como el instrumento esencial para la resolución de las controversias. El hecho de que a menudo —pero no siempre— sea difícil hacer eficiente la justicia pública, no justifica la tendencia de muchos legisladores a estimular a los ciudadanos a dirigirse a las más diversas formas de justicia privada. El deber del Estado (incluso desde el punto de vista del art. 6 de la Declaración Europea de los Derechos del Hombre) es el de predisponer una justicia eficiente, no el de desviar las controversias a «lugares privados» en los que tal vez se resuelvan las controversias, pero con escaso o nulo respeto de las reglas de Derecho.

El segundo grupo de ensayos se refiere más específicamente al *proceso civil*, pero no está dirigido a la descripción de uno o varios sistemas procesales, ni mucho menos al análisis técnico de normas que regulan el proceso. Este grupo versa, más bien, sobre problemas de carácter general que tienen que ver con la estructura y el funcionamiento del proceso civil. Desde el primer punto de vista, se pueden señalar los escritos sobre la armonización de los procesos civiles en Europa, el de la oralidad y la escritura como factores de eficiencia del proceso, el de las relaciones entre cultura y proceso e incluso el de las modalidades de presentación de la prueba. Pertenecen a la segunda perspectiva los ensayos sobre el abuso del proceso, destinados a ilustrar las modalidades con las que el proceso civil puede plegarse a la consecución de fines diferentes de la correcta administración de justicia.

Finalmente, el tercer grupo de ensayos afronta una serie de problemas relativos a la *decisión*, y en particular a la racionalidad del juicio que formula el juez sobre los hechos de la causa. Se trata en particular de los problemas relativos a la prueba de los hechos, las inferencias probatorias y la determinación de la verdad. Otro problema muy importante, que a menudo se menosprecia o se entiende de manera incorrecta, es el que tiene que ver con la motivación de la decisión, también aquí con particular referencia a la jus-

tificación racional del juicio de hecho. La motivación es el acto con el que el juez somete a control externo el fundamento racional de sus valoraciones, y por tanto es esencial —para la administración de justicia en el Estado democrático moderno— que las sentencias se motiven adecuadamente.

Los últimos escritos se ocupan de un fenómeno que en la actualidad ha asumido una gran importancia incluso en los ordenamientos de *civil law*, vale decir, la función del precedente judicial que cada vez con mayor frecuencia se reconoce, en particular, a las sentencias de los tribunales supremos. Se trata de un fenómeno variado y complejo, que suscita problemas e incertidumbres, pero que constituye un aspecto relevante de la administración de justicia en todos los ordenamientos.

* * *

Tratándose de una selección de ensayos escritos en oportunidades diferentes y con diversas finalidades, y no de una exposición sistemática, este volumen es por una parte incompleto —puesto que no habla de muchos temas no menos importantes que los que se abordan—, y por otro lado, está estructurado únicamente por líneas muy generales. Sin embargo, se ha considerado oportuno mantener los ensayos en su forma original, aunque esto puede acarrear algunas repeticiones inevitables y alguna variación de estilo.

Pese a estos límites, espero que el lector pueda encontrar en los ensayos aquí recopilados al menos algunos puntos de reflexión sobre ciertos aspectos importantes de la justicia civil. Probablemente el lector encontrará más dudas que certezas, más problemas que soluciones, pero la función del jurista crítico es justamente sembrar dudas y suscitar problemas, pues ésa es la dinámica fundamental de la evolución del Derecho.

Michele TARUFFO
Milán, julio de 2009

1. LEYENDO A FERRAJOLI: CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN *

1. LA JURISDICCIÓN COMO GARANTÍA

Al recorrer la *opus magnum* de Luigi FERRAJOLI, resulta obvio que la atención de un procesalista se concentre de manera particular en los puntos en los cuales aquél se ocupa de la jurisdicción, y de la función que ella desarrolla y debería desarrollar en el contexto del sistema democrático de la tutela de los derechos. Y, por tanto, es sobre estos aspectos del pensamiento de FERRAJOLI que propongo algunas observaciones.

El punto de partida del discurso se encuentra en la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos¹. FERRAJOLI aclara pertinentemente que se trata de garantías reparatorias dirigidas a eliminar o reducir el daño producido, o a cohibir o a castigar a los responsables², y que la jurisdicción no garantiza la inmediata satisfacción del derecho, dado que ése es el carácter propio de las garantías primarias, aunque asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos comprometidos en la violación de las garantías primarias³. Aclara además que las garantías secundarias, y entre ellas la jurisdicción, pueden de hecho faltar, y presuponen la creación de aparatos judiciales capaces de aplicarlas adecuadamente⁴. Finalmente, precisa que las garantías jurisdiccionales se articulan en una serie de subgarantías de carácter específicamente procesal, como las que habitualmente se reconocen en las normas constitucionales o en los principios fundamentales del proceso⁵.

* Cfr. FERRAJOLI, 2007. Este escrito reproduce una intervención desarrollada durante el seminario *Diritto e democrazia costituzionale. Discutendo Principia Juris di L. Ferrajoli*, que tuvo lugar en la Universidad de Brescia los días 6-7 de diciembre de 2007.

¹ FERRAJOLI, 2007 (1): 675 y ss.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*: 677 y ss.

⁵ *Ibid.*: 678.

Ciertamente, puede estarse de acuerdo con las líneas generales de este marco de las garantías jurisdiccionales (salvo algunas observaciones que haré enseguida). Este marco tiene, en efecto, la ventaja de establecer con claridad cuál es la función fundamental de la jurisdicción como instrumento indispensable de la actuación del Derecho. De un lado, esto implica prescindir de formulitas corrientes como aquellas según las cuales la justicia sería un servicio, o un negocio, o una rama de la administración pública, y así por el estilo, que constituyen una línea de devaluación de la jurisdicción y que se combina con la exaltación de las distintas formas de justicia «privada», como si la verdadera justicia la hicieran los árbitros (escogidos y pagados por las partes) y no los jueces (preconstituidos por la ley y no remunerados por sus «usuarios»).

De otro lado, resulta claro que la garantía jurisdiccional no puede no tener carácter general, en el sentido en que —al menos en principio— ningún derecho existe de verdad, si no está acompañado por la tutela jurisdiccional. Decir —como a veces se hace— que un derecho existe pero no goza de la garantía de la jurisdicción, y entonces no es ejecutable ante un juez, significa no haber comprendido el vínculo intrínseco que existe, precisamente, entre la efectiva existencia de un derecho y la posibilidad de hacerlo valer en juicio en caso de violación o de no realización del mismo. FERRAJOLI señala un fenómeno gravísimo, constituido por el hecho de que numerosos derechos fundamentales, aunque estén asegurados en una constitución, carecerían de sanción en la medida en que se les priva de accionabilidad; y señala en particular, entre estos «derechos sin tutela», a los derechos sociales⁶. Este fenómeno existe ciertamente, y representa una de las lagunas más graves de los sistemas jurídicos actuales, comenzando por el italiano. A este respecto, la denuncia de FERRAJOLI es necesaria y no puede ser menos que compartida. La triste observación que se puede hacer, es que vivimos en un sistema que se contenta con vacías proclamaciones retóricas de derechos fundamentales olvidando que, sin garantía jurisdiccional, no se trata, precisamente, más que de vacías proclamaciones retóricas.

2. NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN

El discurso de FERRAJOLI sobre la jurisdicción prosigue en la parte en la cual aclara cuáles son sus caracteres fundamentales, y los identifica particularmente: *a*) en la aplicación a los casos concretos de las normas sustanciales violadas, y *b*) en la comprobación de los hechos sobre la base de las pruebas, como premisa necesaria para la adecuada aplicación de las normas sustanciales⁷. FERRAJOLI subraya adecuadamente que el núcleo central de la jurisdicción consiste en una comprobación del supuesto de hecho sometido a juicio, en un acto declarativo o cognoscitivo con el cual el juez determina los hechos y determina el *nomen juris*, aplicando las normas a esos hechos. Textualmente: «el juicio es, en efecto, prueba del hecho

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*: 879.

al cual se le aplica la norma y, al mismo tiempo, interpretación operativa de la norma aplicada al hecho»⁸. Con este análisis del juicio jurisdiccional se relaciona lo que dice FERRAJOLI en otro lugar, retomando la misma definición y coligándola directamente con el principio de estricta legalidad, que vale para todos los casos en los cuales la jurisdicción desarrolle la función que le es propia, de aplicación sustancial y por lo tanto de afirmación de la ley⁹.

Este modo de representar la naturaleza fundamental de la jurisdicción recuerda las doctrinas clásicas, que FERRAJOLI sigue de tiempo atrás, acerca de la decisión judicial como aplicación de la ley sustancial a los hechos de la controversia particular; que hayan sido objeto de adecuada demostración probatoria. Pero eso no impide que sobre ello pueda hacerse alguna observación adicional, y además plantear alguna duda.

De un lado, poner de modo tan claro y decidido el acento sobre la aplicación de las normas sustanciales en la decisión judicial, permite dejar de lado todas las teorías —florecidas en el ámbito estadounidense pero no sólo en él—, según las cuales la única justicia de la que puede hablarse en el ámbito de la jurisdicción sería la justicia del proceso. En la cultura jurídica y filosófica norteamericana, la idea de la *procedural justice* en sus distintas versiones (desde RAWLS hasta los psicólogos experimentales)¹⁰ ha tenido, sobre todo, el efecto de distraer la atención de la justicia o injusticia «sustancial» de la decisión judicial, para concentrar el discurso sobre la justicia o injusticia del procedimiento, como si éste se absorbiese a sí mismo o asegurase a priori la justicia del resultado que el procedimiento lleva a cabo. No se trata de un discurso nuevo (similar al propuesto por LUHMAN en *Legitimation durch Verfahren*), que tiende a versar más sobre la legitimación y la aceptabilidad de la decisión judicial, que sobre su justicia sustancial. De esta última, por lo demás, los seguidores de la *procedural justice* no se ocupan. Las versiones vernáculas de orientaciones como éstas, se basan en la idea del proceso justo, que ha sido tan influyente que llevó hasta la reforma del art. 111 de la Constitución¹¹. Más allá de motivaciones políticas contingentes (se trataba, en realidad, de hacer justo el proceso penal para algunos acusados excelentes) y del hecho de que las garantías fundamentales del proceso ya existían de tiempo atrás, en todo caso se ha tratado de un factor que, una vez más, ha llevado muchos a creer que la función de la jurisdicción se agota en el aseguramiento de la justicia de los procedimientos jurisdiccionales, pero que no implica la justicia sustancial de las decisiones judiciales. En relación con esta orientación, sumamente discutible pero no por ello poco difundida, la fuerte llamada de atención de FERRAJOLI sobre la función esencial de la jurisdicción como afirmación y aplicación de la ley sustancial, y por tanto sobre la correcta aplicación de la ley como condición esencial de justicia de las deci-

⁸ *Ibid.*: 881, y análogamente, 883 y ss.

⁹ FERRAJOLI, 2007 (2): 213 y ss.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, LIND-TYLER, 1988.

¹¹ La reforma ha producido una literatura muy vasta, ciertamente desproporcionada respecto de la real importancia del argumento. Al respecto, cfr. por todos COMOGLIO, 2004; CHIARLONI, 2000: 1010 y ss.; CHIARLONI, 2008: 129 y ss.

siones, debe ser tomada en cuenta con seriedad. Cuando se trata de asegurar la actuación de derechos fundamentales, pero también cuando se trata de determinar cualquier situación jurídica, la idea de que se haga justicia llevando a cabo un procedimiento *fair*, pero sin asegurar la correcta aplicación de la ley debería resultar, por lo menos, curiosa.

Del otro lado, aparece la no menos esencial afirmación de FERRAJOLI, ratificada y repetida varias veces, según la cual la garantía jurisdiccional implica la verificación, fundada sobre pruebas, de la verdad de los hechos que están en la base de la controversia: «la legitimidad del juicio reside en la garantía de la verificación imparcial de la verdad»¹². También a este respecto FERRAJOLI hace referencia a concepciones clásicas relativas a la naturaleza de la decisión, a la función de la prueba y a la necesidad de una comprobación verídica de los hechos de la causa. No se puede pasar por alto, sin embargo, incluso adhiriéndose *in toto* a la tesis de FERRAJOLI, que va —en el panorama actual— completamente a contracorriente.

En primer lugar, aunque parece manifestarse una especie de «vuelta a la verdad» en el plano filosófico y epistemológico¹³, todavía quedan muchos *veriphobics* y *deniers* de la verdad¹⁴, especialmente entre los juristas y en particular entre los procesalistas¹⁵. En realidad, no todos los procesalistas comparten posiciones escépticas o indiferentes sobre el problema de la determinación de la verdad en juicio¹⁶. Sin embargo, es importante que FERRAJOLI ponga la determinación de la verdad de los hechos en el centro de las condiciones requeridas para la actuación de las garantías jurisdiccionales. Las razones de dicha importancia son al menos dos. La primera es que la justicia de la decisión judicial no puede no implicar, como condición necesaria (pero no —obviamente— suficiente), la determinación de la verdad de los hechos que constituyen el objeto de la controversia: como piensan muchos, ninguna decisión puede decirse justa si se funda en una reconstrucción errada de los hechos¹⁷. La segunda razón es que de este modo se llega a «reorientar» la función de la prueba en sentido epistémico, es decir, considerándola como instrumento para el descubrimiento y verificación de la verdad en juicio, y dejando de lado las concepciones recurrentes de la prueba como instrumento puramente retórico, dirigido a crear una persuasión favorable en la mente del juez¹⁸.

La referencia a la determinación de la verdad de los hechos produce, además, consecuencias relativas a la manera de concebir el proceso y su función (o, si se prefiere, relativas a las ideologías del proceso y su finalidad). Las teorías de la *procedural justice* a las que recientemente se ha hecho refe-

¹² FERRAJOLI, 2007 (2): 214.

¹³ En la literatura italiana reciente, cfr. p. ej., MARCONI, 2007; AMORETTI y MARSONETT, 2007; BORUTTI y FONNESU, 2005. Cfr. también, además de las obras citadas en la nota siguiente, LYNCH, 2004.

¹⁴ La primera definición es de GOLDMAN, 1999: 7, 9; la segunda es de WILLIAMS, 2002: 5.

¹⁵ Sobre este punto, *vid.* más ampliamente TARUFFO, 1992: 7 y ss.

¹⁶ Además de los autores de estas páginas, sobre los cuáles *vid.* la referencia en notas precedentes, cfr. en particular, UBERTIS, 2007: 53 y ss.

¹⁷ Más ampliamente al respecto, cfr. TARUFFO, 1997b: 219 y ss.

¹⁸ Sobre esta concepción, *vid.* también por referencia, TARUFFO, 1992: 62, 284, 329 y ss.

rencia, excluyen de su ámbito de atención la calidad y el contenido de la decisión final, y por lo tanto —obviamente— no tienen en cuenta, para nada, la eventualidad de que la verdad de los hechos sea o no sea verificada. Se puede añadir, en cambio, que el sistema procesal al que mejor se adaptan estas teorías, es decir, el *adversarial system* norteamericano, no sólo resulta estructuralmente incapaz de asegurar el descubrimiento de la verdad, sino que está orientado más bien en sentido claramente opuesto: como dicen sus teóricos más coherentes, en el proceso *adversarial* no sólo la verdad no es un fin perseguible, sino que es hasta molesta y contraproducente¹⁹. El problema es, sin embargo, de orden más general y aquí puede ser apenas resaltado: se deriva del hecho de que —como resulta del análisis estructural de los modelos procesales—, si uno se encuentra en un sistema procesal orientado exclusivamente a la resolución de la controversia, y demarcado exclusivamente por la actividad de las partes, la verdad de los hechos no constituye, ciertamente, un objetivo que pueda considerarse digno de perseguirse sino que, más bien, puede ser un obstáculo para la eficiente solución del conflicto²⁰. Esta consideración no vale sólo para el proceso norteamericano, sino que puede valer, en general, para todos los tipos de procedimiento que estén estructuralmente fundados en la libre iniciativa de las partes y sobre la idea de que el proceso consiste en una competencia en la cual las partes combaten ante un juez pasivo y neutral. Surge, por tanto, una tensión —cuando no un verdadero conflicto— entre el valor representado por la determinación de la verdad como condición de justicia y de legalidad de la decisión y la idea de que el proceso sea simplemente un lugar de confrontación y de competición individual que lleva, por definición, a una solución aceptable de la controversia.

Una implicación adicional de lo que dice FERRAJOLI acerca de la determinación de la verdad de los hechos, tiene que ver con el modo de concebir la cláusula constitucional del «proceso justo», al cual se ha hecho ya referencia, y también con cualquier principio de justicia del procedimiento, *due process of law*, *debido proceso legal*, etcétera. En síntesis, el problema puede ser formulado en estos términos: ¿estamos dispuestos a considerar justo un proceso que no asegure la obtención de decisiones justas? Según la concepción más difundida, pero también más banal y repetitiva, de acuerdo con la cual el proceso es justo si asegura las garantías consagradas para la tutela de las partes, la respuesta puede ser positiva: si la calidad de la decisión no se considera relevante, y la justicia del proceso se evalúa sin tener en cuenta el resultado que se deriva de ella, es claro que un proceso puede ser justo (en el sentido ya señalado de la *procedural justice*). Se puede decir, también —como dicen muchos sin preocuparse de la circularidad del argumento—, que es justa la decisión que se deriva de un proceso igualmente justo.

La orientación que parece más sensata es, por el contrario, la que lleva a dar una respuesta negativa al interrogante formulado: es imposible con-

¹⁹ Cfr., como ejemplo, LANDSMAN: 1984: 36 y ss.

²⁰ Cfr., en particular, el análisis ya clásico desarrollado al respecto por DAMAŠKA, 1986: 211 y ss.

siderar como justo un proceso que —incluso mediando las garantías de defensa de las partes— pueda concluirse con una sentencia injusta²¹. Si luego se considera, como se acaba de decir, que la justicia de la decisión depende también —pero de modo necesario— de la determinación de la verdad de los hechos, de allí se deriva que un proceso no es justo si no está estructuralmente orientado a la investigación y al descubrimiento de la verdad. Parece evidente, de otra parte, que un proceso que se desarrolla correctamente puede producir decisiones injustas, si se yerra en la determinación final de los hechos o si la norma se aplica de forma equivocada. Esta conclusión parece derivarse *de plano* de premisas razonables y aceptables, pero implica consecuencias relevantes dado que —como se demostraría en cualquier análisis comparado— muchos ordenamientos procesales (y en particular el proceso civil italiano) no están en absoluto estructurados de modo que permitan la determinación de la verdad de los hechos.

3. DISCRECIONALIDAD Y CREACIÓN DEL DERECHO

La remisión a las concepciones clásicas de la decisión judicial, que FERRAJOLI pone en el centro de su concepción de la jurisdicción, puede ser ciertamente compartida en sus aspectos fundamentales. Esto, sin embargo, puede suscitar algunas perplejidades si no se explica correctamente. Se trata de perplejidades que pueden ser marginales en relación con el núcleo fundamental del discurso de FERRAJOLI, pero tal vez no son del todo irrelevantes.

Una primera perplejidad nace del hecho de que, como se ha visto antes, uno de los caracteres fundamentales de la jurisdicción está identificado en la aplicación de la norma sustancial a las hipótesis de hecho concretas. De este modo, sin embargo, existe el riesgo de recaer en una concepción deductivista —o incluso mecanicista— de la decisión, con el juez visto como mero aplicador de normas preexistentes y preconstituidas. La perplejidad nace de la constatación de que no siempre las cosas son así. Por una parte, a menudo sucede que el juez tiene que decidir en ausencia de normas o de situaciones jurídicas preexistentes. Esto ocurre siempre que falta una específica norma sustancial ordinaria que rijan la hipótesis fáctica, y entonces se encuentra el juez ante la alternativa de declarar que tal hipótesis carece de calificación jurídica (y, en consecuencia, de tutela judicial), o buscar «en otra parte» (en las normas constitucionales directamente aplicables, en los principios generales del ordenamiento, en el *common law*, en la práctica comercial, etcétera) un criterio sustancial de juzgamiento que permita calificar la hipótesis como jurídicamente relevante y, en consecuencia, considerarla como tutelable en sede jurisdiccional. La respuesta a este problema no está solamente en la conocida teoría de las lagunas y de los métodos para llenarlas: el centro del problema está en configurar el poder del juez para buscar, y eventualmente para crear, la regla sustancial que se necesita para decidir.

²¹ En este sentido, *vid.* ahora CHIARLONI, 2008: 145.