

Verdad y Proceso Judicial

Verdad y Proceso Judicial

Perspectivas iusfilosóficas
y procesalistas

~

JOEL MELGAREJO ALLEGRETTO
(coordinador)

MARIO EUGENIO CHAUMET
JUAN MONTERO AROCA
MICHELE TARUFFO
RODOLFO LUIS VIGO
(autores)

ÍNDICE

7

Presentación

11

1. Notas sobre el pensamiento teórico jurídico de Michele Taruffo.
Su vertiente realista / *Mario Eugenio Chaumet*

37

2. Proceso y verdad. Contribución a un debate que algunos quieren jurídico,
pero es que es político / *Juan Montero Aroca*

71

3. Aspetti del precedente giudiziale / *Michele Taruffo*

107

4. Filosofía del Derecho y Derecho Procesal en Michele Taruffo /
Rodolfo Luis Vigo

129

4. La «Verdad» en Michele Taruffo en Michele Taruffo /
Rodolfo Luis Vigo

Biblioteca Pedagógica y Popular Domingo Faustino Sarmiento:
Centenario 1915-2015 / Beatriz Eva Ortiz et ál.; compilado por
María de los Ángeles Tévez
1a ed - Santa Fe: Ediciones UNL, 2015.
232 pp; 20 x 14 cm (Ediciones especiales)

ISBN 978-987-657-999-5

1. Instituciones. 2. Biblioteca Popular. 3. Biblioteca Pública.
I. Ortiz, Beatriz Eva II. Tévez, María de los Ángeles, comp.
CDD 020.9

Corrección: MA. ALEJANDRA SEDRÁN
Diseño de tapa e interior: ALINA HILL

© JOEL MELGAREJO ALLEGRETTO, MARIO EUGENIO CHAUMET
JUAN MONTERO AROCA, MICHELE TARUFFO,
RODOLFO LUIS VIGO, 2018.

Verdad y Proceso Judicial.
Perspectivas iusfilosóficas y procesalistas
se diagramó y compuso en ediciones UNL
y se terminó de imprimir en **Docuprint,**
Tacuari 123, CABA, Buenos Aires,
Argentina, abril de 2018



Presentación

.....

Dr. Joel Melgarejo Allegretto

Mis Maestros en Ciencias Jurídicas se encuentran presentes en esta obra:¹ Juan Montero Aroca, Rodolfo Luis Vigo, Mario Eugenio Chaumet y Michele Taruffo. La idea de este libro surgió desde cuestionamientos que me he realizado sobre la trascendencia de la posición de la verdad en el Derecho Procesal; por citar algunos: ¿se busca la verdad por medio de la verdad en los procesos?, ¿quién es responsable de buscar la verdad?, ¿cuál es la función de las partes y del juez en establecer la verdad?

Luego de las Primeras Jornadas de Filosofía Jurídica en la Universidad de Buenos Aires, el Doctor Rodolfo Vigo me remitió dos artículos de su autoría sustentados en estas Jornadas en Buenos Aires tituladas: «La «Verdad» en Michele Taruffo» y «Filosofía del Derecho y Derecho Procesal en Michele Taruffo», en conocimiento a mis cuestionamientos en

(1) Solo faltaría Adolfo Alvarado Velloso quien posee el libro *Proceso y Verdad*.

torno a la verdad procesal como fin de este y sobre mí posición garantista —para no decir Alvaradiana.

Los artículos del Maestro Vigo han sido el puntapié —fuera de toda mezquindad académica— para dar nacimiento a este libro. Seguido a esta motivación me contacté con el Dr. Mario Chaumet quien participó con un artículo también en las Jornadas de Filosofía Jurídica y a quien conozco por haber sido mi profesor en la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario, solicitando la autorización de incluir su trabajo a esta iniciativa, quien accedió gusto en formar parte.

Es importante señalar que la posición filosófica de los artículos tanto del Maestro Rodolfo Vigo como del Profesor Mario Chaumet, si bien distintos en sus análisis, se desarrolla dentro de la tendencia adoptada por el Dr. Michele Taruffo y su clara posición ante la relevancia de la verdad en el proceso y sobre la responsabilidad del juez, con el fin de poner en contraste otra tendencia o posición acudí a visitar en la ciudad de Valencia, España, al Maestro Juan Montero Aroca —a quien en el año 2016 ya agobiaba con mis cuestionamientos sobre la existencia de la verdad en el proceso.

La sorpresa agradable para mí fue que, al mes de mi encuentro, el Catedrático Emérito de la Universidad de Valencia, Don Juan Montero Aroca, remite al correo un artículo titulado «Proceso y Verdad. Contribución a un debate que algunos quieren jurídico, pero es que es político».

Con estos cuatro artículos: dos del Dr. Rodolfo Vigo, otro del Dr. Mario Chaumet y uno del Maestro Don Juan Montero Aroca, pensé que la obra estaba completa; pero, en una tarde calurosa en Asunción merendando con el Doctor Vigo en el histórico bar San Roque, pasando recuento de mi gestión en una de sus visitas, me dice «incluyamos un artículo de Mi-

chele Taruffo» artículo que a la semana me lo remite el cual obra como parte íntegra de este libro.

Diríamos que con los artículos de los connotados académicos el libro debía ser publicado de inmediato, pero no fue así, ya que esperaba el momento y las circunstancias que otorguen una trascendencia a *Verdad y Proceso Judicial (perspectivas iusfilosóficas y procesalistas)*; y hoy, en el marco de la Maestría en Argumentación Jurídica de la Universidad Nacional del Litoral, creo que es el momento ideal para compartir el libro con sus artículos, sobre todo por que el Dr. Rodolfo Vigo la dirige y porque el Profesor Michele Taruffo es parte del cuerpo docente.

Pues bien, no queda más que agradecer a los ilustres autores, mis profesores y amigos por la distinción y confianza que me brindan en cada idea e iniciativa académica, y a la Universidad Nacional del Litoral ya que sin ella sería imposible poner esta obra en poder de los lectores.

Asunción, enero de 2018

1.

Notas sobre el pensamiento teórico jurídico de Michele Taruffo

Su vertiente realista

.....

Mario Eugenio Chaumet
Universidad Nacional de Rosario

Introducción

Uno de los títulos que jerarquizan a las teorías jurídicas es su capacidad para dar cuenta satisfactoria de los grandes problemas que se van manifestando en cada una de las ramas del derecho.¹ Las fronteras entre el trabajo del jurista práctico, del que elabora la dogmática jurídica y del filósofo del derecho deberían ser fluidas. Con razón Atienza pregunta: «¿Puede extrañarnos que los juristas no filósofos del derecho hayan decidido prescindir de nosotros cuando nosotros no parecemos aspirar a otra cosa que a comentar ideas surgidas en otros contextos y a ser actores muy secundarios de representaciones que tienen lugar, en realidad, en escenarios muy lejanos?».²

(1) Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Las teorías jurídicas y la sociedad civil*, JA 2007-I-1000.

(2) Atienza, Manuel, Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca. *Doza Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 37 (2014), p. 299 y sgtes.

El caso de Michele Taruffo nos confirma la tesis de que la filosofía y la teoría del derecho deben preocuparse con mayor intensidad sobre los temas «relevantes para la comunidad jurídica entendida en un sentido amplio», a cerrar las puertas a mucho de lo que Bobbio llamó «filosofía del derecho de los filósofos».³

Alguien podría alegar que se trata de un procesalista con inquietudes filosóficas, nosotros creemos que estamos frente a un filósofo del derecho que, partiendo de temas procesales, agenda *preguntas* relevantes para todo el derecho. Al fin nos aproximamos a un investigador que pretende reflexionar para un público amplio, que va «más allá del configurado por los propios iusfilósofos (cuando no por los iusfilósofos que han escrito sobre tal tema o que siguen tal orientación)».⁴

La obra de Taruffo es muy amplia.⁵ Son conocidas sus investigaciones sobre epistemología, cultura,⁶ política,⁷ psicología, neurociencia⁸ en sus relaciones con el derecho, sus

(3) *Ibidem*.

(4) *Ibidem*.

(5) La Biblioteca de la Universitat de Girona preparó un catálogo completo de las obras de Michele Taruffo, en ocasión del congreso en su homenaje. Está disponible en catalán, castellano e inglés. <https://bibliografiamichele-taruffocastellano.wordpress.com/bibliografia/decada-de-los-2000>.

(6) V. *Cultura e processo*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXIII (1) (2009), pp. 63–92; *Dimensioni trasculturali della giustizia civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. xxxix (núm. 4) (2000), pp. 1047–1083.

(7) V. *Jueces y política: De la subordinación a la dialéctica*, *Isonomía*, 22, 9–18 (2005).

(8) V. *Proceso y Neurociencia. Aspectos Generales*, en *Neurociencia y proceso judicial*, dir. Taruffo, Michele y Nieva Fenoll, Jordi, Madrid, Macial Pons, 2013, pág. 15 y sgtes.

trabajos vinculados a derechos fundamentales,⁹ derecho comparado, sobre las fronteras del derecho, referentes a diversos aspectos del razonamiento jurídico¹⁰ y especialmente los relacionados a la verdad y el derecho.

Precisamente sus investigaciones sobre verdad, proceso y prueba —enlazando perspectivas filosóficas, históricas, dogmáticas y comparatistas— son de las más divulgadas y constituyen referencia obligada tanto para el derecho procesal como para la filosofía del derecho.

Hace ya un tiempo, la teoría jurídica comenzó a exhibir una fuerte preocupación por los hechos en el proceso y, consecuentemente, por la prueba de los hechos. Las obras señeras de Twining,¹¹ Damaška,¹² Ferrajoli,¹³ Taruffo,¹⁴ en lengua

(9) V. Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative. En *Neocos-tituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Dins T. Mazzaresse (ed.), 2002, págs. 189–205.

(10) Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto; Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice.

(11) Twining, William, *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, Evanston, Northwestern University Press, 1994.

(12) Damaška, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, New Heaven–London, 1997; *Rational and irrational proof revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, Spring 1997; *Truth in adjudication*, 49 *Hastings Law Journal* 289, University of California, January 1998.

(13) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998.

(14) Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002; *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008; *Simplemente la verdad*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

extranjera, y de Andrés Ibáñez,¹⁵ Gascón Abellán,¹⁶ González Lagier,¹⁷ Ferrer Beltrán,¹⁸ en lengua castellana, dan buena cuenta de ello.

Tradicionalmente los estudios jurídicos (particularmente los procesales) se han concentrado en los problemas normativos. La prédica de los autores antes señalados no dudó en calificar esta actitud como falacia normativista: pensar que al derecho sólo le interesan las normas y que los problemas fácticos «no son derecho» y, por tanto, «pertenecen a otras ciencias» o, peor aún, pensar que «los hechos son lo que son» y no plantean problema alguno.¹⁹

Cierto es que conforme una arraigada tradición, uno de los ámbitos donde más arbitrio y, en consecuencia, mayor posibilidad de arbitrariedad tienen los jueces en el derecho continental es el de la argumentación sobre los hechos. Se trata

(15) Andrés Ibáñez, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, *Doxa* 12 (1992), págs. 257–299; *De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza*, *Jueces para la Democracia*, N° 22, Madrid, 2/1994, págs. 87–92; La “cara oculta” de las garantías procesales. En AA.VV., *Garantismo y crisis de la justicia*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010, págs. 161–180.

(16) Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

(17) González Lagier, Daniel, Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En *Analisi e Diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000; Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I y II). En *Jueces para la democracia*, 46 y 47, 2003, págs. 17 y sgtes. y págs. 35 y sgtes, respectivamente; *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima–Bogotá, Palestra–Temis, 2005.

(18) Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2005.

(19) V., con provecho, González Lagier, *Quaestio...*, cit., págs. 11 y sgtes.

del momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia, puesto que en la reconstrucción de los hechos es donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, «puede ser como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo más arbitrario».²⁰

Creemos que en el terreno de la «construcción judicial de los hechos», la obra de Taruffo ha coadyuvado a instalar la exigencia a los jueces de asumir un punto de partida que no esté dominado por la mera emotividad, la intuición, que no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sus estudios sobre este aspecto del razonamiento del juez permiten referencias precisas a reglas y principios epistemológicos de carácter general que han sido objeto de una amplia elaboración teórica.

Sus investigaciones nos muestran que —en un espacio donde la tradición continental dejó tanto arbitrio a la decisión de juez— es posible desarrollar una actividad racional, aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas absolutas o convicciones matemáticas.

Escapan a los límites del presente trabajo exponer nuestros reparos sobre el pensamiento de Taruffo acerca de la finalidad que le otorga a la verdad en el ámbito del proceso y especialmente sobre el papel de las reglas institucionales y su relación con las reglas epistemológicas en el proceso civil. Sí queremos destacar que en el ámbito de la correcta aproximación de los hechos Taruffo se muestra como un pensador rigurosamente racionalista y analítico. Él mismo lo afirma: «Yo, como pueden ver, sigo un planteamiento en el que

(20) Meroi, Andrea A., Chaumet Mario E., Argumentación y constatación de hechos en la decisión judicial, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNR*, 20, Rosario, 2012, págs. 383 y sgtes.

quisiera ser rigurosamente racionalista y analítico de estos problemas».²¹ Más aún, agrega: «Tengo en la mente un concepto muy analítico de la decisión de los hechos, porque tiende a configurar la estructura lógica de razonamiento».²² Del mismo modo, es muy claro cuando afirma: «Cuando hago el análisis de estos problemas, no estoy haciendo ni arte ni poesía, estoy simplemente haciendo un análisis fríamente racional de los mecanismos que deberían recibir la decisión sobre los hechos».²³

A nuestro entender, esa visión racionalista y analítica del pensamiento de Taruffo contrasta con lo que consideramos su «vertiente realista», que especialmente se expresa cuando nos expone sus tesis sobre la teoría de la decisión. Teniendo en cuenta que se trata de la faceta quizá menos abordada sobre el autor, limitamos estas notas a una breve aproximación a su respecto.

Teoría de la decisión

El debate en torno a la adjudicación judicial y sus límites ha cobrado en las últimas décadas gran relevancia en la teoría del derecho. Creemos que desde mediados del siglo XIX se ha

(21) Taruffo, Michele, *Cinco lecciones mexicanas: Michele Taruffo, Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003, pág. 68.

(22) «Por eso siempre desconfío de las invenciones subjetivas injustificadas, es decir, del arbitrio en lugar de control racional. Por ello, me mantengo siempre radicalmente desconfiado para con las teorías que se brincan los distintos pasos sin explicarme cómo le hace uno para ir de un lugar a otro de forma racionalmente controlable» (Ibídem, pág. 71).

(23) *Ibidem*.

puesto en evidencia la imposibilidad de reducir la decisión jurídica, en particular la judicial, a una mera operación formal.

Con relación a la decisión judicial²⁴ y en coincidencia con lo expuesto, Taruffo se manifiesta enérgicamente crítico de lo que denomina «teoría silogística de la decisión judicial»: «Esa teoría, si se toma como una descripción de lo que hace el juez, siempre ha sido falsa. Ningún juez ha razonado según este esquema y mucho menos en la fase del descubrimiento de la decisión». Agrega: «Los estudios de los últimos setenta u ochenta años dicen que tanto el descubrimiento y la interpretación de la norma que se va a aplicar, como la valoración de las pruebas y la calificación de los hechos, son operaciones intelectuales que no siguen la estructura de la lógica silogística».²⁵

También lo hallamos próximo de aquellos que suponen que la reducción de la argumentación al silogismo adquiere un carácter nocivo, en la medida que disfraza a la decisión judicial con una pátina de neutralidad inexistente y encubre intereses que están ineludiblemente presentes: «Observo que las otras teorías de la decisión, como la silogística, siempre sirvieron para esconder la responsabilidad del juez y eso quiere decir hacer de él un aplicador pasivo de las directrices del poder, hacer de él alguien que no tiene responsabilidad sino un mero ejecutor, lo que quiere decir es que el poder viene de otra parte».²⁶

En función de ello también toma distancia de las posturas que propician la tesis de una respuesta correcta:

(24) Sobre el tema se puede ver: Taruffo, Michele, op. cit., *Cinco lecciones mexicanas y Proceso y Decisión*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

(25) Taruffo, Michele, op. cit. *Cinco lecciones mexicanas...*, pág. 3 y sgtes.

(26) *Ibidem* pág. 10.

Yo razonaría de un modo un poco diferente. Razonaría así: cada norma, así como cualquier otro enunciado de cualquier tipo, tiene por lo menos, en teoría, distintos significados posibles, significados correctos que son posibles, porque aquellos totalmente incorrectos, no son significados de esa proposición, son fantasías. La respuesta correcta posible siempre es más de una y esto es lo que crea el problema de la elección, suponiendo que se han identificado una, dos tres, cuatro o «n» posibles respuestas correctas del problema. Se trata de establecer cuál es la relativamente mejor, y éste es el problema de la elección interpretativa, si estamos hablando de proposiciones normativas, o de la elección cognoscitiva, si estamos hablando de enunciados que expresan hechos. También frente a una proposición de un hecho cualquiera, las hipótesis posibles siempre son por lo menos dos, y como en casos de este tipo no se aplica la regla del tercero excluido, pueden ser tres o más de tres. El hecho «x» puede ser verdadero, puede ser falso o se puede haberse verificado de otra manera. Aquí está el tercero, el cuarto o el quinto datur, según el rango de la hipótesis posible y, dentro de este rango, el juez tiene que escoger. El problema de cómo va a escoger y cuál va a ser la elección más adecuada queda para después, pero todas estas son hipótesis correctas en sí.²⁷

De igual modo manifiesta no estar de acuerdo con Dwor-kin, sobre «la tesis del *one right sense*»: «No creo que exista una sola respuesta correcta para un problema, lo cual hace evidente que soy un radical seguidor de la tesis de la discrecionalidad interpretativa en la cabeza del juez. La interpretación es un sentido que le da el intérprete a un enunciado normativo».²⁸

(27) *Ibíd.* pág. 26.

(28) *Ibíd.* pág. 46.

Entendemos que el profesor de Pavía asume que las decisiones judiciales son el resultado de complicados procesos de información en los que inciden problemas de determinación fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica.

Pone en evidencia que la decisión judicial implica un camino que continuamente se desdobra y en cada bifurcación el juez debe ir tomando opciones: «El razonamiento del juez puede ser leído como contexto organizado de elecciones entre distintas alternativas posibles. No obstante, tiendo a ver la formulación de la decisión como un conjunto de momentos, en cada uno de los cuales, el juez tiene frente a sus ojos, por lo menos, dos posibilidades o dos alternativas».²⁹

Señala que el razonamiento decisonal tiene una estructura dialéctica: «Va de la norma al hecho y del hecho a la norma, tratando o buscando el punto de equilibrio entre ambos elementos, dialécticamente contrapuestos, pero conectados y cada paso va modificando la interpretación de la norma y modificando también la reconstrucción del hecho, hasta que se encuentra un punto de combinación». Agrega que lo que le importa subrayar, es que «la relación dialéctica es una relación dinámica; no sigue una lógica lineal, de la premisa mayor, premisa menor y conclusión».³⁰

También remarca que la estructura dialéctica no solo se da entre norma y hecho sino por la propia relación procesal:

(29) *Ibidem* pág. 3 y sgtes.

(30) *Ibidem* pág. 4.

Entonces, la «relación» es doble (la dialéctica es una cuestión muy complicada). Hay una doble relación entre el hecho y la norma y también entre las partes, cada una de las cuales va a sostener una distinta relación entre ese hecho y esa norma. El juez está en la encrucijada de todas estas relaciones dialécticas y va a ser el que tiene que dar el último paso dialéctico y decir si reconstruye el hecho de una manera tal e interpreta la norma de esta otra manera. Así es como se verifica la correspondencia.³¹

Sin perjuicio de ello, marginalmente y tal como hemos desarrollado en otros trabajos, entendemos que ciertas posturas del Profesor de Pavía relegan la dimensión dialéctica de la argumentación (la argumentación como un procedimiento, que se genera por la interacción y confrontación entre roles argumentativos) y con ello se soslayan los despliegues intersubjetivos que a nuestro entender debe asumir la decisión judicial en el Estado constitucional y democrático de derecho.³²

(31) *Ibídem* pág. 17.

(32) Nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales también depende de la participación procesal de los litigantes. «Copiando a Damaška diremos que cuanto más fuerte sea la “voz” de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta. La perspectiva dialéctica de la argumentación, no solo ayuda a preservar la imparcialidad judicial, permite asumir la intersubjetividad y es necesaria para la racionalidad de la adjudicación judicial» (Chaumet, Mario E., Meroi, Andrea A., *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?*, en prensa). Es más, cabe recordar que en materia de hechos para aceptar una hipótesis, es necesario que ésta, además de estar confirmada, no sea refutada por otras posibles. El sometimiento a refutación de hipótesis es la prueba de fuego para poder aceptarlas. Al decir de Marina Gascón Abellán: «De aquí deriva otra importante regla epistemológica o garantía de verdad que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que poder

No obstante lo dicho, juzgamos que no corresponde sugerir que nos encontremos frente a un antiformalista radical, ante un escéptico de los aportes que tienen los razonamientos demostrativos:

Tal vez los que aún hoy siguen sosteniendo que la base de las decisiones judiciales es de carácter deductivo no se equivocan, si se refieren a este aspecto de la decisión, no a cómo se va formando la decisión, sino a un aspecto de cómo se enuncia ésta. Dentro de esos límites sí se puede hablar de un fundamento deductivo de la decisión, pero no significa que haya razonamientos en los que, por distintas causas, el juez no se expresa en forma deductiva.

Nuestro autor especifica que el juez ya hizo su selección, que únicamente debe explicar el por qué sus elecciones son razonablemente aceptables.³³

El Profesor Taruffo tampoco desestima los aspectos axiológicos de la decisión judicial. Admite que hay relación entre la justificación de la resolución y el contexto ideológico dentro del cual el juez trabaja:³⁴

refutar las hipótesis: *es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad)*. **Precisamente**

(33) Taruffo, Michele, *Cinco lecciones mexicanas...*, cit., pág. 9 y sgtes. «Cuando se encuentran sentencias que tienen una estructura lógica deductiva particularmente fuerte, mi sensación es que aquí el juez sobrepone un esquema formal a las razones verdaderas de su decisión, porque esto lo deja más tranquilo y, además, le permite presentar al exterior su decisión, como si fuera el resultado de una concatenación lógica necesaria. Esto es un problema de estilo de las sentencias, pero el estilo nunca es neutral. Por ponerles el ejemplo extremo, cuando la corte de casación francesa utiliza el estilo de motivación que llama “la frase única”» (Ibíd. pág.48).

(34) Previene que usa el término de ideología simplemente para indicar

Una cosa que creo debemos reconocer es que los juicios de valor los formula el juez, quien no puede hacer otra cosa, y si dice que no lo hace, es simplemente que no quiere reconocer que lo está haciendo. Normalmente la negación de un juicio de valor es una forma de cubrir juicios de valor que no tenemos la valentía de hacer explícitos. Esto, en mi opinión, forma parte del trabajo cotidiano del juez, no sólo cuando aplica normas constitucionales o principios, etc., sino también al interpretar las normas más obvias.³⁵

De otra parte ello resulta elocuente cuando expresa: «El juez que está muy ligado al formalismo positivista de mediados del siglo XX, no se va a dar cuenta de sus propias elecciones de valor, es más, si es un juez positivista particularmente tonto, no se va a dar cuenta siquiera de lo que hizo».³⁶

A causa de ello reniega de las posturas teóricas que entienden que el proceso «sería una entidad “ideológicamente indiferente”, y como tal no tendría nada que ver con ideologías de ningún género y sería extraño y neutral respecto de cualquier condición política, ética y cultural». Agrega: «La disciplina del proceso, por lo tanto, no es nunca “un dato objetivo”

una tabla de valores a las que ciertos sujetos hacen referencia. (Ibídem pág. 12).

(35) En la mayoría de los casos y sobre todo cuando se habla, como lo estamos haciendo ahora, de la interpretación de las normas, éstas se interpretan según algunas reglas técnicas bastante flexibles, que no proporcionan una metodología precisa, pero el juicio de valor está en cada paso, en el razonamiento de la decisión del juez, porque cualquier norma admite ser interpretada “hasta las más sencillas”, las civiles, por ejemplo, cualquier norma que habla de “normal prudencia” y “buena fe”, “buenas costumbres”, “orden público” o de lo que ustedes quieran.» (Ibídem pág. 19).

(36) Ibídem pág. 13.

una vez, por todas las veces y para todos. Es el resultado contingente de decisiones esencialmente políticas, y por lo tanto opciones evaluativas, **es decir de**

por eso, el proceso inquisitorio, donde la búsqueda de la verdad se confía sólo a la confirmación de la hipótesis por parte del juez, sin dar posibilidad a las partes (mediante un contradictorio) a defender la propia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria, es un proceso afectado de una tara epistemológica importante» (*op. cit.*, pág. 184).

las ideologías de los legisladores y de aquellos que, de vez en cuando, la determinan. Discurso análogo vale, también, para aquellos que interpretan y aplican esta disciplina.»³⁷

Lo hasta aquí expuesto nos permite señalar que el Profesor Taruffo se hace cargo de aspectos que a nuestro entender son insoslayables sobre la decisión judicial, especialmente en el ámbito del derecho continental de este tiempo.

En reiteradas oportunidades hemos acordado con quienes sostienen que para poder establecer un panorama más completo sobre la decisión judicial, ha de superarse el presupuesto sustancialmente mecánico de la actividad judicial, dando cuenta de los instrumentos intelectuales y volitivos en dicha labor. Es menester que no se pasen por alto los factores sociales, económicos, culturales, políticos que pueden incidir so-

(37) Aclara que entiende el término «ideología» no en sentido marxista, sino «como uniones de valores y de principios, de opciones relativas a las cosas del mundo y de la sociedad, se debe reconocer que son fenómenos sociales, culturales, políticos, y en particular jurídicos, inmunes a las implicaciones en amplio sentido ideológicas» (Ideologías y teorías de la justicia civil. En *Proceso judicial y cultura, una mirada global*, Coord. Mónica Bustamante Rúa, Medellín, Universidad de Medellín, 2013, págs. 23 y sgtes.).

bre los juzgadores, para entender el método judicial como un proceso de la toma judicial de decisiones no exclusivamente procesal, ni lógico-deductivo. Es necesario tomar como objeto de estudio el elemento sobre el cual los jueces trabajan: el caso. El método judicial es un camino para la acción, para la toma de decisión, que implica una opción del juez por una determinada solución. Esto significa que el juez no puede escurirse en el modelo mecánico de la jurisprudencia deductiva, puesto que al menos en parte, es responsable por el contenido de sus decisiones. Ello se hace más relevante desde un marco normativo donde ganan terreno las normas generales radicalmente indeterminadas.

No obstante ello, todavía existe en los medios forenses una práctica discursiva empeñada en negar todos los factores que hacen a la toma de la decisión judicial, o en ocultarla en tecnicismos procedimentales y esquemas de argumentación deductiva. Taruffo destaca que «el proceso no es una mera técnica neutral aplicada del mismo modo en cualquier ambiente y en cualquier contexto»; muy por el contrario, entiende que «es el resultado de la combinación —e incluso recíproca interferencia— de una pluralidad de factores que van desde las tradiciones jurídicas a los acontecimientos históricos, desde la economía hasta la política, a la moral y a la cultura».³⁸

Entre las consecuencias de la transformación de la juridicidad continental, particularmente nos preocupan las vicisitudes que origina una normatividad que se va desplazando de un sistema codificado de reglas, a una casuística judicial orientada según principios y la creciente constitucionalización del sistema jurídico.

(38) *Ibidem*.

Por ello, creemos que la decisión judicial, especialmente en el *Estado Constitucional*, tiene que aceptar su carácter *compositivo*; no se decide (exclusivamente) de modo deductivo, partiendo de axiomas *a priori*, sino a partir de una suerte de composición entre los datos del problema. No basta con invocar artículos de la constitución o de los tratados sobre derechos humanos para justificar una decisión. Es menester tener presentes las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso en cada situación concreta. La decisión judicial no se limita a la interpretación teórica de una realidad jurídica sino que se inserta en esa misma realidad.

Entendemos que en su exposición teórica sobre la decisión judicial el Profesor Taruffo no soslaya estos problemas. En nuestro caso, venimos sosteniendo que para comprender la argumentación de la adjudicación judicial en el derecho continental de este tiempo, es indispensable partir de un paradigma que reconozca su complejidad. Ello implica asumir una noción compleja tanto de la noción de argumentación como de la materia a adjudicar.³⁹

Si volvemos por un instante sobre la variedad de temas que se presentan en los casos judiciales (jueces resolviendo temas que hacen a salud, vivienda, medio ambiente, patrimonio histórico, interés superior del niño, ancianidad, información, trabajo, relaciones económicas, internacionales, cárceles); si cada uno de ellos, como todo el orden normativo, es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fun-

(39) Chaumet, Mario E., *Constitucionalización de Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial*, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, 2, 2012, págs. 194 y sgtes.

damentales; si estamos frente a «la era de los derechos», por cuanto muchos de ellos que usualmente se consideraban consagrados en el derecho natural, hoy forman parte del derecho positivo; si el aumento progresivo de normas supone el reconocimiento de expectativas positivas; si la normatividad del derecho continental está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices; si las adjudicaciones judiciales deben «concretar» las exigencias constitucionales y de los principios que surgen del resto de las fuentes; si los «derechos» están inseparablemente entretejidos con las normas constitucionales, no como meras proclamaciones sino con todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez; si los principios (constitucionales y de los otros) son mandatos de optimización dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas; si antes de aplicar un principio hay que llevar a cabo una deliberación previa; si a ello se le suma la exigencia de una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en que el juez no decide al margen del contexto social sino que su conciencia se convierte en conciencia pública; si acordamos las nuevas exigencias que ello impone sobre la pluralidad de destinatarios, prestaciones, formas de audiencia, diversidad de razones, límites (naturales, económicos, culturales, políticos, psicológicos), valores en juego; si no se quiere que ello se reduzca a un discurso formal totalmente alejado de lo que realmente ocurre, se comprende por qué, tan frecuentemente, surge la voz *complejidad*. Sostenemos que lo expuesto hace más que evidente que no se adjudica resolviendo solo conflictos normativos.

Por mucho tiempo, la teoría del derecho dominante en la juridicidad continental estuvo sólo interesada en problemas

normativos. Las normas no constituyen por sí solas el material a tener en cuenta en una adjudicación judicial, en igual medida en que tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico y una decisión judicial en su complejidad, hay que analizar la interferencia que hay entre los hechos, las normas y los valores.

Desde este punto de vista, participamos de los marcos teórico-jurídicos que admiten un objeto complejo integrado: reconociendo en su interior sus aspectos jurídicosociológicos, jurístico-normológicos y jurístico-axiológicos y, más allá de él, de relaciones interdisciplinarias.⁴⁰ A nuestro parecer, la teoría trialista del mundo jurídico da una pluralidad metodológica (sociológica, normológica y dikelógica)⁴¹ que permite comprender la cuestión en toda su complejidad y superar los reduccionismos jurídicos.⁴²

(40) En este marco son ya clásicos los planteos de François Gény, Hermann Kantorowicz, Emil Lask, Roscoe Pound, Miguel Reale, Luis Recaséns Siches, Eduardo García Máynez, Luis Legaz y Lacambra, Helmut Coing, Jerome Hall, Carlos Cossio, entre muchos otros.

(41) En relación con el tema pueden especialmente v. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Derecho y Política*, Buenos Aires, Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, FIJ, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, 2000, FIJ.

(42) Ciuro Caldani, Miguel Ángel, La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 18, pág. 19 y sgtes. v. tbn.; Dabove, Isolina, El Derecho como complejidad de saberes diversos, en *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Año 111, 3 (B. As., 2003), págs. 95 y sgtes.; Menicocci, Alejandro A. Complejidad y simplicidad en la conceptualización del Derecho, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filoso-*

Debido a ello, entendemos que en un derecho formado principalmente desde una casuística judicial orientada según principios, en el estado constitucional de derecho, el juez se encuentra en un marco de posibilidades conformado por una Constitución material integrada por un juego de factores de poder que limitan las sendas que puede recorrer. Nosotros afirmaremos que existen tres marcos de posibilidades (fácticas, normativas y axiológicas) que inevitablemente condicionan la decisión.

Las referencias concretas al pensamiento de Taruffo sobre la decisión jurídica nos muestran un pensador que no reduce su análisis a los elementos normativos, como así tampoco a los fácticos y axiológicos, que desarrolla la pretensión de Bobbio cuando reclamaba que «cualquier propuesta jurídica debe superar los reduccionismos que llevan a eliminar o por lo menos a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica y consecuentemente la mutilan».⁴³

fía Jurídica y Filosofía Social (Rosario, 1988) N° 10, págs. 43 y sgtes. Meroi, Andrea A. *El derecho procesal y la metodología jurídica trialista*, págs. 223 y sgtes. en: *Derecho y complejidad en Homenaje al Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Coordres. Eduardo V. Lapenta y Alfredo F. Ronchetti (Tandil, 2011), Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. (43) Norberto Bobbio expresaba que «quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de mejor organización de la vida de los hombres asociados» (*Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, F. Torres, 1980, págs. 35 y sgtes.).

Su visión realista de las decisiones jurídicas le permite diferenciar la labor de los jueces de la de los abogados:

Los oficios del juez o del abogado son completamente distintos. Yo cuando estoy en un juicio ante un juez, no estoy ahí para descubrir la verdad. Quizá yo sepa lo que en verdad ocurrió; sin embargo yo voy a tratar de descubrir la verdad, si sé que esto me va a da la razón; pero si tengo dudas o si sé que estoy equivocado, yo no voy a descubrir la verdad frente al juez, voy a defender mi parcial e individual planteamiento del caso, aun en los hechos. Si resulta que el hecho que no me daría la razón, no se comprueba, yo estoy contento, porque eso quiere decir que voy a ganar. Yo trabajo como abogado para defender a un cliente, para ganar, no para ser científico. El papel de científico lo hago en otros lugares. Es lógico que la óptica del enfrentamiento se da para alcanzar la victoria, no la verdad.

Agrega: «Si razonamos con esta óptica realista, aun no muy elegante, del abogado, entonces tiene sentido pensar en las pruebas como instrumento de convicción, porque de esta manera son utilizadas por los abogados».⁴⁴

(44) También con una visión marcadamente realista expone: «Yo trabajo como abogado lo suficiente para saber que el abogado es un *killer* pagado, cuya finalidad no es descubrir la verdad. El abogado lucha para vencer. No es un científico que en el proceso trate de descubrir la verdad, por amor a la verdad. Para nada, en lo absoluto. El abogado hará todo lo que pueda para ocultar, manipular, eliminar la verdad, sobre todo si sabe que la constatación de la verdad determinaría su derrota. Entonces, aquí es útil ser muy claro acerca de esta distinción de las funciones.» Completa: «Está claro que los abogados se sirven de cualquier cosa para convencer al juez, no para que éste pueda descubrir cómo, efectivamente, se dieron las cosas, sino que para inducirlo a determinar la victoria hacia un lado en lugar de otro» (Taruffo, *Cinco lecciones mexicanas...*, cit., pág. 70 y sgtes.).

Entre julio y agosto de 1944, Carlos Cossio dictó una serie de conferencias a jueces que fueron el origen de su obra *El derecho en el derecho judicial*. Allí les preguntaba a los jueces argentinos:

¿Cuál es la relación que existe entre normas y conductas?; ¿cómo ve el jurista racionalista el contacto del mundo normativo con la experiencia jurídica?; ¿qué imagen nos da él de cómo él mismo entra en contacto con la experiencia jurídica? Con énfasis señalaba que la Ciencia del Derecho es una ciencia de realidades; incluso el racionalista más recalcitrante tiene que convenir en ello cuando escribe para jueces, abogados y súbditos.⁴⁵

Michele Taruffo —que sigue un planteamiento que él mismo califica como «rigurosamente racionalista y analítico de estos problemas»— abre el planteo a una mirada realista en el ámbito de la decisión judicial.^{46 47} Su interés por no perder contacto con la experiencia jurídica, lo lleva a afirmar que «en la experiencia real de la administración concreta de la justicia, no de la teoría, es verdad que el derecho es lo que los jueces dicen». Es más, su preocupación por no ocultar la experiencia jurídica lo lleva a sostener que el derecho es caótico:

(45) Cossio, cit., pág. 190.

(46) No califica el término, pero ha llegado a sostener que es «un realista mas o menos radical, inclinado a la visión del realismo genovés», no así del realismo americano que a su entender deja de lado las normas (en video, ver las respuestas de Taruffo ante la Conferencia de Jordi Ferrer Beltrán, en el Congreso de la Universidad de Girona: *Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo*, 23-01-

(47) <https://www.youtube.com/watch?v=mTsToJ8qZWQ&list=PLkf6kBA56LKwbXLpptAlugRAaA7RP8Tij>.

Desde este punto de vista, yo tengo mis dudas sobre la necesaria coherencia del derecho, duda de realista, porque no veo un derecho como sistema que puede teóricamente ser coherente. Teoría del caos. Añade: «El mito de la coherencia del sistema lo dejamos fuera, el derecho no coherente es caótico. Esto podría decirse que es una visión realista, más realista que el peor de los realismos, pero es la manera que vive el derecho cada día.⁴⁸

Desde el trialismo observamos que sociológicamente todo derecho puede funcionar en forma ordenada o desordenada. De hecho, toda juridicidad tiene grados de orden y de desorden. Al desorden jurídico lo caracterizamos como *anarquía*, que puede ser *institucional* (cuando no se sabe quiénes mandan, porque todos o varios mandan simultáneamente), *teleológica* (cuando no se sabe con qué criterio se manda, porque se emplean simultáneamente criterios diversos, inclu-

(48) «No sólo existe la contradicción sino también se da la incoherencia, la confusión, la variedad. El mundo es mucho más complejo de lo que piensan los lógicos. Ese discurso hecho a nivel de decisiones judiciales no está dicho que sea tan negativo, como cuando se hace a nivel de normas, porque, a nivel de las decisiones judiciales, es donde podemos encontrar la variedad. Encontramos la variedad de la realidad, esto es, el hecho de que ningún caso es exactamente idéntico a otro caso, entonces se podría razonar con una imagen del ordenamiento de varias capas y que, por ejemplo, sea perfectamente coherente y carente de contradicciones sobre el plano de las normas generales, pero en cambio, muy variado y variable en el tiempo y diversificado en la solución de los conflictos individuales y concretos» (*Cinco lecciones mexicanas...*, cit., pág. 57; ver tbn. en video ya citado, las respuestas de Taruffo ante la Conferencia de Jordi Ferrer Beltrán, en el Congreso de la Universidad de Girona: *Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo*, 23-01-15).

sive opuestos) o ambas a la vez. La anarquía genera *arbitrariedad*.⁴⁹

En función de ello, nos interesa que el jurista se haga cargo del grado de grado de desorden que puede evidenciar el derecho. Así por ejemplo en nuestros días, en Argentina ante la recodificación del derecho privado: frente al alto grado de indeterminación normativa corresponde preguntarse como cuánto los jueces continentales —particularmente los jueces iusprivatistas argentinos— asumen y asumirán los requerimientos metodológicos que demanda un derecho caracterizado por una casuística judicial orientada según principios constitucionalizados. Urge evitar caer en la anarquía jurídica. Con relación al derecho procesal y en el contexto de la emergencia económica, se ha considerado que este inmenso traspaso de poder en cabeza de los jueces significa que miles de ellos decidan —para cada caso en concreto y, a menudo, sin referencia a pautas más precisas que no sean los genéricos derechos y garantías de la Constitución Nacional— de la manera más diversa.⁵⁰

No se puede dejar de mencionar que las ideas de Taruffo son, cuanto menos, movilizantes. Hay quienes afirman que toda la cultura humana es un intento para encontrarle sentido al sinsentido originario de la existencia.⁵¹ Posiblemente uno de nuestros principales conflictos teóricos sea la idealización que hacemos del derecho, quizás la teoría jurídica

(49) En relación con el tema puede v. especialmente Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.

(50) Meròi, Andrea A., *La emergencia y el derecho procesal (El derecho procesal de la anarquía)*, J.A. Número Especial sobre *Emergencia y revisión de los contratos*, 04/12/2002, págs. 49 y sgtes.

(51) Sztajnszrajber, Dario *¿Para qué sirve la Filosofía? Pequeño tratado sobre la demolición*, Buenos Aires, Planeta, 2013.

pierde su tiempo esperando una racionalidad absoluta ya que al idealizarla, la experiencia jurídica termina siendo frustrante. Desde este punto de vista parecería que si uno quiere aproximarse al proceso en su realización debe dejar de idealizarlo, entonces podremos vincularnos a él con todas las grandezas y miserias que implica una relación procesal. No se trata de un momento de absoluta racionalidad y armonía; en el proceso judicial hay conflicto y eso también es parte de la condición humana.

Esta visión realista del fenómeno le permite a Taruffo considerar el problema jurídico desde su dinámica. Al preguntarse sobre la fuerza vinculante de los precedentes, le pone límites a la previsibilidad y la continuidad jurídica: «A mí me gusta mucho más la variación, el cambio, la originalidad, aun cuando sea más difícil vivirlos».

Admite que una relativa uniformidad de los criterios de evaluación de situaciones semejantes puede ser una de las formas para actuar, para llevar a la práctica el principio de igualdad; al mismo tiempo recuerda que no podemos decir que siendo para este caso una buena regla de decisión hoy, lo será también mañana:

Para quienes creen en el cambio, la realidad cambia, lo que quiere decir que los criterios que utilizamos hoy, los buenos, desde luego no los malos para interpretar y valorar la realidad, se derrumbarán seguramente y hay que estar preparados para este hecho y van a derrumbarse siempre al cambio de la realidad. Cuanto mucho, podemos tratar de pensar en algún instrumento para gobernar ese cambio y reducir los efectos negativos del derrumbe.⁵²

(52) Taruffo, *Cinco lecciones mexicanas...*, cit., pág. 52 y sgtes.

Ello no implica que podamos calificarlo como un escéptico radical de las normas pero sí como un jurista que —al decir de Bobbio— no reduce su planteo a un problema de validez, sino que está preocupado por la eficacia y la justicia de la decisión.

Conclusión

Antes de terminar, queremos resaltar la significación que para Taruffo tiene la decisión jurídica especialmente para el derecho procesal: «Si *el derecho es el mundo de la decisión*, el proceso es el contexto jurídico en el que este rasgo del derecho se manifiesta con mayor evidencia».⁵³

En esta instancia podríamos afirmar que, así como en el ámbito de la correcta aproximación de los hechos reputaríamos el pensamiento de Taruffo como marcadamente racionalista (considera a la razón como fuente principal del conocimiento de los hechos y le atribuye un papel predominante sobre la voluntad o la emoción), en el terreno de la decisión procesal nos encontramos con un pensador singularmente realista, con una fuerte tendencia a representar fielmente la realidad sin llevar a cabo ninguna idealización. Su posturas en torno al tema nos muestran a un teórico del derecho que construye conceptos desde un punto de vista funcional más que estructural, postula nociones enunciadas desde la perspectiva de la práctica cotidiana del Derecho (la del abogado, el cliente, el funcionario, el juez), un jurista que no busca solo conocer el derecho en abstracto, sino el derecho de lo que sucede en concreto.

(53) Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad*, trad. Daniela A. Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 219.

A nosotros nos interesa remarcar que la teoría general de la decisión que expone Taruffo facilita el reconocimiento de los diversos componentes del caso que de otra forma quedarían ocultos por la reducción del planteo. Su exposición sobre el tema nos muestra a alguien que asume el marco de posibilidades normativas, pero también fácticas y axiológicas que tienen los jueces a la hora de decidir. Tal como lo hemos visto, descreo de posturas que —en aras de una purificación normativa— soslayan los factores ideológicos que condicionan la decisión judicial:

La relatividad cultural e ideológica del derecho procesal, y de su realidad en la Administración de Justicia, puede ser negada o solo ignorada por el jurista «de cuarto nivel» que asume una orientación exegética rigurosa y reduccionista, y que, por tanto, toma cualquier micro-norma como un dato objetivo y absoluto, que representa todo su horizonte científico.⁵⁴

En un artículo titulado «El juez en el cambio histórico» Ciuuro Caldani afirmaba que «entre los puntos de vista a considerar en la valoración de una teoría jurídica están, a nuestro parecer, su capacidad para esclarecer y acompañar la tarea judicial y este enfoque resulta de especial interés ante el cambio histórico, sobre todo en una nueva era como la que vivimos en la actualidad».⁵⁵

Desde nuestra perspectiva los aportes del Profesor Taruffo logran vastamente tal cometido. Con justicia se lo ha reconocido como «un jurista pluridisciplinar».⁵⁶

(54) Taruffo, *Ideologías y teorías de la justicia civil*, cit., págs. 23 y sgtes.

(55) *El juez en el cambio histórico*, LL 2001-D, págs. 1150 y sgtes.

(56) La Facultad de Derecho de la Universitat de Girona organizó un congreso en su honor los días 23 y 24 de enero de 2015, titulado: *Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo*.

2.

Proceso y verdad

Contribución a un debate que algunos quieren jurídico, pero es que es político

.....

*Juan Montero Aroca
Universidad de Valencia. España*

Los comunistas deben estar dispuestos en todo momento a perseverar en la verdad, porque la verdad concuerda con los intereses del pueblo; los comunistas deben estar dispuestos en todo momento a corregir sus errores, porque todo error va en contra de los intereses del pueblo.

Mao Tse-Tung

Proceso y verdad, dos realidades diferentes

Hace ya algunos años que he ido intentado ayudar a aquellos jóvenes que ocupaban por primera vez en su vida el estrado de conferenciantes en congresos y que proclamaban paladinamente que la verdad y el proceso no tienen nada que ver, que son realidades diferentes, o que en el proceso no interesa la verdad. Esas afirmaciones, u otras semejantes, me «sonaban» muy duras y por ello he intentado muchas veces que no las repitieran de ese modo tan crudo.

La última vez que oí una de esas afirmaciones fue en este año de 2016 en un congreso en Medellín y terminada la intervención del ponente me acerqué a él para intentar hacerle ver que no debía insistir en ellas, entre otras cosas porque las mismas son causa de escándalo para los jóvenes abogados. Estos todavía creen que su papel en la aplicación del Derecho consiste en perseguir la Justicia (con mayúscula) y que para lograr ese fin es preciso que en el proceso se alcance la «Verdad verdadera». A veces hasta me permitía citar a Marcos 9, 42: «El que escandalice a uno de estos pequeñuelos que creen, más le valdría que le encajasen en el cuello una piedra de molino y lo echasen al mar».

Después de aquel congreso he ido pensando y estoy por creer que no se debe distinguir entre afirmaciones aparentemente radicales, que siempre son peligrosas, y afirmaciones verdaderas, que son más peligrosas aún. Estoy afirmando ahora que la idea de que proceso y verdad son realidades diferentes es al mismo tiempo una afirmación radical y una afirmación verdadera y que, por las dos cosas, si alguien se escandaliza es su problema; no es problema ni del joven conferenciante ni mío. No me importa escandalizar siempre que lo que diga considere que es cierto.

Cuando se cuestiona la relación de la verdad con el proceso el punto de partida debe ser éste: en el proceso —en cualquier proceso— y por medio de la prueba tiene necesariamente que existir un intento decidido de las partes de verificar, de la manera posible más próxima a la realidad, las afirmaciones de hecho que esas partes han realizado antes. La constatación de los límites en que opera el hombre y la existencia de los principios propios del proceso no pueden llevar, sin más, a renunciar a que la sentencia se base en un relato de hechos probados que responda lo más ajustadamente posible a cómo sucedieron las cosas realmente.

Este punto de partida debe estar firmemente asentado en el convencimiento de todos los que reflexionen sobre verdad y proceso, pero ese punto de partida no puede significar que sin verdad no hay sentencia justa.

1. 1. LA VERDAD EN EL PROCESO, NO EN ABSTRACTO

Tradicionalmente, la función de la prueba ha venido refiriéndose a la búsqueda y descubrimiento de la verdad, y en dicho sentido se pronunció toda la doctrina del siglo XIX para la que «las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad».¹

Ahora bien, es evidente que en el siglo XIX no se estaba dando una respuesta política, sino que simplemente se pretendía decir en palabras llanas, sin complicaciones ni ideológicas ni técnicas, lo que parecía más adecuado al proceso —a cualquier proceso—. Los autores del siglo XIX estaban muy lejos del cuestionamiento actual de proceso y verdad.

Pero ahora ya en el siglo XXI, después de las experiencias políticas del siglo XX, sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas), puede afirmarse que hoy

(1) Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, 1, 5.^a ed., Madrid, 1928 (traducción de De Vicente y Caravantes, 1.^a ed. 1869, y notas de Rives Martí): 9; pero pueden recordarse otros muchos autores, entre los que destacamos a Ricci, F., *Tratado de las pruebas*, traducción de Buylla y Posada, Madrid, s.f., tomo 1, p. 22: «La prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad». En España Vicente y Caravantes, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, 11, Madrid, 1856, p. 124.

se reconoce comúnmente que esa aspiración —nada menos que ¡la verdad!, la que no esperó a oír Poncio Pilatos— era demasiado ambiciosa² y, sobre todo, que la misma no siempre es compatible con los principios y reglas conformadoras del proceso civil.

No se trata tan solo, ni de algo tan elemental, como es el reconocimiento de las limitaciones con que se encuentra el hombre a la hora de alcanzar verdades que puedan calificarse de absolutas. Se trata más sencillamente de asumir que «algo» para ser verdadero proceso se configura conforme a toda una serie de principios que son tan importantes, al menos, como la búsqueda de la verdad a la hora de conformar los hechos que han de tomarse en consideración en la sentencia (por ejemplo, condición de tercero del juez, contradicción, derecho de defensa, igualdad de las partes).

La verdad, el papel que ésta pudiera tener en el proceso, no puede suscitarse en el vacío de lo abstracto, y en ese grave error incurren los pseudo procesalistas que actúan como filósofos del Derecho. Estos pueden discutir sobre la verdad

(2) En general, puede verse Giuliani, A., *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, 1961, y *Prova in generale, a) filosofia del diritto*, en Enciclopedia del Diritto, xxxvii, Milano, 1988, pp. 519–579; Wróblewsky, J., *Sentido y hecho en el derecho. y especialmente El problema de la así llamada verdad judicial*, San Sebastián, 1975; Chiarloni, S., *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, núm. 3; Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, existe traducción española de Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002; también del mismo *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, núm. 3, y ahora en «Sui confini. Scritti sulla giustizia civile», Bologna, 2002, pp. 305–328; Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999; Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2002.

en abstracto, pero cuando un procesalista atiende a determinar la relación entre verdad y proceso no puede desentenderse de los principios y reglas que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción.

1.2. LA FUNCIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Respecto de la función de la jurisdicción parece claro que hoy se mantienen sustancialmente dos posiciones:

- 1) Hay quienes sostienen que la jurisdicción persigue la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto, de modo que al Estado le corresponde asegurar la actuación del Derecho objetivo en todos los supuestos en los que el mismo no sea voluntariamente observado.³

(3) Políticamente, esta concepción respondió claramente a una idea autoritaria del Derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad de ese Estado; en ella queda en la sombra el interés individual y la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo. Lo importante no es ya el interés de los particulares; lo importante es que se cumpla la previsión general de la ley en cuanto en ella se recoge el interés público. Por ello, todas las manifestaciones de estas concepciones, en menor o mayor medida, tienen un sustrato autoritario, que no puede esconderse bajo referencias a lo «social». En este sentido puede verse Calamandrei, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte Prima*, Padova, 1941, p. 65. En contra de lo que pudiera parecer, estas concepciones no nacen pensando en el proceso penal, en el que pudiera estimarse en principio que tratándose de la aplicación de una rama del derecho público, como es el penal, podría prevalecer el interés general, sino que su origen se encuentra en la concepción autoritaria del proceso civil a que responden el socialismo (los códigos de la Unión Soviética) y el fascismo (el Código italiano de 1940), aunque acaba aplicándose al proceso penal, y en éste se trata entonces de hacer prevalecer la seguridad de la sociedad frente a la libertad del individuo.

La norma a aplicar es para el órgano jurisdiccional —se sigue diciendo— el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita solo con el fin o, por lo menos, con el fin principal, de asegurar el respeto del Derecho objetivo. Se trata de hacer en el caso concreto lo que el legislador ha plasmado en general en la norma. El mismo fin político y general del legislador pasa a perseguirse por el juez en caso concreto.

Desde esta perspectiva —que es, según algunos simplemente publicista y pero que otros calificamos de autoritaria—, la verdad, por mucho que se admita que es relativa, se convierte en parte esencial de la función del juez, quien en buena medida deja de ser un tercero entre las partes y, además, pone en cuestión su imparcialidad.⁴

2) Otros sostenemos que la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, es el último garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mis-

(4) Un ejemplo muy claro de esta concepción es la que puede verse en el juez federal brasileño Cabral, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático. Claro que no se dice cuáles son esos fines, aunque pareciere que permite distinguir entre un Estado que sirve las personas y un Estado que se sirve de las personas.

mo que se tome en consideración. Naturalmente, los derechos que más importan son los fundamentales, pues son los que más trascendencia tienen, pero la garantía se refiere a todos los derechos. En la aplicación del Derecho privado se tratará de que, por medio del proceso civil, el particular vea cómo sus derechos subjetivos (económicos o no), los que él afirma como propios, sean examinados y decididos con todas las garantías propias del proceso.

De esta manera resulta que la tutela de los derechos de los particulares propia de la función jurisdiccional tiene que basarse, por un lado, en el imperio de la ley, pues no se trata de tutelar sino los derechos que se establecen en la ley (entendida ésta en el sentido de Derecho) y, por otro, en el instrumento que es el proceso. Desde esta posición, que es privatista y liberal, la verdad, siempre relativa, se convertiría en medio para cumplir con la función de garantía.

1.3. LAS PRETENDIDAS FUNCIONES DEL PROCESO

Últimamente se ha pretendido distinguir entre las que se consideran dos posiciones doctrinales sobre la función del proceso:⁵

1) Esa función —se dice— consiste sólo en resolver controversias poniendo fin a los conflictos entre particulares, bien entendido que las consecuencias de esta pretendida posición radican, entre otras, en que no importa el contenido de la sentencia, es decir, la calidad de la decisión no se toma en cuenta, pues se trata sólo de cómo se llega a la decisión (por medio de un proceso justo), pero no del con-

(5) Puede verse Taruffo, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, núm. 2, pp. 468 y ss.

tenido de ésta. En este contexto se dice que para esta posición no interesa la verdad y que por ello tampoco se admiten los poderes probatorios del juez.

2) Como contraria se presenta aquella otra posición conforme a la que lo que importa es la calidad de la decisión judicial, decisión que debe basarse en una aplicación correcta y racionalmente justificada del Derecho, y por ello se tratará de alcanzar la verdad de los hechos, al servicio de lo cual debe estar la atribución al juez de poderes probatorios.

La contraposición de estas dos pretendidas posiciones es una clara manipulación maniquea y se expone por su sostenedor sabiendo que no se ajusta a la realidad, dado que no existe quien haya mantenido que el contenido de la sentencia sea, política y jurídicamente, indiferente.

El verdadero debate se ha centrado en que la sentencia no puede ser justa si en el camino para llegar a ella, es decir, en el proceso, no se han respetado los principios y reglas que determinan que «algo» sea un verdadero proceso. Por ejemplo, si no se ha respetado el principio de igualdad de las partes y el si el juez ha sido parcial, ayudando a una de las partes. En este caso ya se afirma de entrada que la sentencia será siempre injusta.

Por el contrario, lo que acaba sosteniendo la doctrina que se autocalifica de publicista, pero que ahora estamos llamando autoritaria, es que lo que importa realmente es el descubrimiento de la «verdad», aunque se sacrifiquen principios y reglas esenciales en el proceso, y por ello no hay obstáculo alguno en convertir al juez en parcial y que pueda acordar pruebas de oficio, por ejemplo. Pero esa pretendida «verdad», si se examinan las concepciones que la han defendido, no equivale a la exactitud de los hechos tal y como ocurrieron

en la realidad, sino que esa «verdad» es lo que «concuere con los intereses del pueblo», como dijo Mao. De este modo, para los jueces la «verdad» debe ser todo aquello que favorece el fin político perseguido por el Derecho, bien entendido que éste es un instrumento para la conformación de la sociedad en un sentido determinado.

Naturalmente, en toda esta concepción no se trata de determinar cuál es la mejor manera de regular el proceso para que, por un lado, en el mismo las partes puedan alcanzar la tutela efectiva de sus derechos y, por otro, para que el juez pueda cumplir con su función de garante último de esos derechos, y en ese debate nada tienen que ver las posiciones ideológicas que de modo parcial describe Taruffo.

1.4. ALGUNAS AFIRMACIONES SIN SENTIDO

Se permite, además, Taruffo hacer afirmaciones —aparte de carentes de demostración— radicalmente contrarias a los sistemas jurídicos occidentales; por ejemplo, dice literalmente: «Es notorio y está históricamente confirmado que el modo menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el proceso es el de confiarse exclusivamente en las iniciativas probatorias de las partes». Si esta rotunda afirmación fuera cierta sería obvio que todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental deberían reformarse de raíz, especialmente en lo relativo al proceso penal, pues en éste deberían atribuirse completos, aunque no exclusivos, poderes probatorios al jurado y al magistrado que lo preside, o, en su caso, sólo al juez del juicio penal. El sistema occidental de justicia se ha basado, por el contrario, en algo elemental: «Las partes son los mejores jueces de su propia defensa».⁶

(6) Chioyenda, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1925, traducción de Casáis y Santaló, p. 183.

Por si faltara algo, no debería olvidarse algo elemental para quienes, después de intentar entender la doctrina procesal, esto es, la base teórica de la misma, nos hemos movido en la práctica, aprendiendo tanto de la primera como de la segunda. Prácticamente, no puede admitirse la afirmación de Taruffo de que «en todos los procesos existe una parte al menos —aquella que sabe que actúa inicua— que no tiene interés alguno en que se descubra la verdad». Cuando se sostiene esta afirmación se está desconociendo la realidad misma de la vida judicial, en la que las partes, las dos, llegan al proceso normalmente (y dejando a un lado los casos patológicos) convencidas de la razón de su causa, por lo menos en parte. Solo quien no tiene experiencia en la realidad procesal cotidiana, quien no ha hecho como profesional un juicio en su vida e, incluso, quien no ha visto ni siquiera como espectador, puede hacer la afirmación anterior sobre la siempre sin razón de una de las partes.⁷

Únicamente desde una concepción política autoritaria, que acaba impregnando a la concepción de la función de la jurisdicción y al cómo del instrumento que es el proceso, puede llegar a sostenerse que la función del abogado es algo diferente de la defensa de los intereses de su cliente, y a una defensa en la que debe utilizar toda la inteligencia y el saber hacer con que Dios y la naturaleza le hayan dotado y utilizando todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.⁸ El absurdo, basado en una determinada y evidente con-

(7) Afirmación que hace Taruffo en *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, ya citado, y ahora en p. 477.

(8) Taruffo, en la misma página que la nota anterior. Solo faltaría añadir que las partes y sus defensores tienen el deber de actuar conforme a los principios de buena fe y de veracidad, que el juez es el «amigo» y el colaborador de las partes en la búsqueda de la justicia, para que nos convencié-

cepción ideológica, llega hasta el extremo de pretender que el abogado debe actuar en contra de los intereses de su cliente y a favor del cumplimiento del Derecho objetivo, esto es, ser imparcial. Y para colmo luego se quiere que el juez no se mantenga en la neutralidad, esto es en la imparcialidad.

Por cierto que Taruffo descubre su fondo ideológico cuando sigue diciendo, y como si ello fuera reprobable, que «los defensores no son científicos que persigan una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en resaltar la versión de los hechos que más conviene a su cliente y ello incluso antes que la verdad». La sorpresa que se lleva aquí el lector es mayúscula, pues los abogados defensores, desde que la profesión existe, tienen como función exactamente defender los intereses de su cliente y para ello deben hacer resaltar la versión de los hechos que mejor se acomoda a esos intereses. El proceso civil en nuestra civilización se ha basado precisamente en que cada abogado defensor es alguien parcial, con una función clara de defensa de su cliente; para imparcial ya está el juez. ¿O es que el Taruffo pretende que los abogados también deberían ser imparciales?

Y así se llega al absurdo de ciertas construcciones en las que se pone el mundo al revés: abogado imparcial (veracidad, lealtad y buena fe colaboración con el juez) y juez parcial (pérdida de la neutralidad al servicio de la verdad material).

ramos de la concepción totalitaria que está la base de afirmaciones como las aquí recogidas y hechas por Taruffo. Puede verse también Montero, J., *Ideología y proceso civil*. Su reflejo en la «buena fe procesal», en el volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, Valencia, 2ª edición, 2011.

1.5. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Los principios y las reglas que conforman el proceso se consideran elementos que han de determinar la posibilidad de alcanzar en mayor o menor grado la verdad. Es evidente que:

1) Un proceso regido por los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte (un proceso regido por los viejos brocardos *ne procedat iudex ex officio e iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*), supone necesariamente que los hechos que importan en el proceso son los que afirman las partes —y ninguno otro más—, la prueba se refiere solo a los hechos controvertidos y es simplemente verificadora, no actividad de investigación,⁹ los medios de prueba a practicar son los propuestos por las partes, esa práctica se hace conforme al principio de legalidad, en la verificación no todo vale, pues no pueden sacrificarse derechos que se consideran superiores a la misma verdad (por ejemplo, no puede servir como base de la sentencia un hecho verificado de modo que se ha vulnerado en ello un derecho fundamental; esto es, con base en una prueba obtenida de modo ilícito¹⁰).

(9) En sentido estricto la investigación supone ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, solo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas.

(10) Naturalmente, con lo que decimos en el texto no guarda relación alguna la doctrina que distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el

Además, un proceso que responde a principios como el de contradicción e igualdad de las partes y que se regula atendiendo a determinadas reglas que dan seguridad a esas propias partes, caso por ejemplo de una cierta preclusión, no puede luego negar unos y otras al servicio de una pretendida verdad que estaría por encima de las garantías propias del proceso.

No se trata ya solo de que la prueba se refiere a las afirmaciones de hechos que las partes han efectuado, sino también de que el proceso responde a unas reglas y principios que son de tanta importancia, al menos, como puede serlo el que elemento determinante de la justicia de la sentencia es que se parta de un conocimiento real de los hechos. En el proceso, en tanto que serie de ordenada de actos sujeta a unos principios, no puede desconocerse, por ejemplo, que las alegaciones de hechos de las partes tienen que hacerse en momentos determinados en esa serie de actos, de modo que, precluida la posibilidad de alegar, no cabe

resultado de la actividad probatoria se admite que no puede ser la «verdad verdadera», sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en las leyes jurídicas.

La distinción anterior es absurda pero fue sostenida por la doctrina (especialmente la alemana, puede verse Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, traduc. de González Collado, p. 22, nota 24) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la prueba civil. El mito de la verdad formal fue destruido por Carnelutti, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad. Carnelutti, *La prueba civil*, 1915, 2.^a ed. 1947, con un interesante apéndice de Giacomo P. Augenti; citamos ahora por *La prueba civil* (traducción de Alcalá-Zamora, sobre la edición italiana de 1947), 2.^a ed., Buenos Aires, 2000, p. 21, que recuerda que la expresión verdad formal se debe a Möser.

ya hacer otras afirmaciones de hechos, o que las pruebas se proponen también en momentos procesales determinados. La preclusión en supuestos como los dichos no puede verse como obstáculo al «descubrimiento» de la verdad, sino como elemento determinante de principios básicos, tanto como la contradicción o la igualdad de las partes, y estos principios son tan irrenunciables como la base fáctica desde la que decidir ese mismo proceso.

Todo esto indica, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función última de la prueba civil, entre otras cosas porque realmente lo que persigue la jurisdicción en este proceso no es meramente declarar y además de modo absoluto la verdad de los hechos. La jurisdicción persigue la tutela de los derechos de las partes; la función de la jurisdicción por medio del proceso no consiste en declarar ciertos determinados hechos, sino la de tutelar derechos subjetivos, y ello debe hacerse conforme a una regulación del proceso en cuyo respeto está la propia esencia de la tutela.

2) Un modo inquisitivo de aplicar el Derecho, esto es, determinado por los principios de necesidad, oficialidad y de aportación judicial, en el que los hechos pueden ser aportados por el juez, el cual los investiga. Suele decirse que este sistema está posiblemente más cerca de la verdad, si bien esa afirmación es tan discutible como la de que el Tribunal de la Inquisición fue el más adecuado para lograr la verdad. Lo que sí es cierto es que ese «proceso» (realmente no es un verdadero proceso) no es ya garantía de la tutela de los derechos subjetivos de las personas, pasando a ser medio para asegurar el cumplimiento del Derecho objetivo.

En este caso ese «proceso» inquisitivo se explica desde la persecución de un fin político (por ejemplo la conformación de la sociedad según modelo totalitaria) y de ahí que lo que importa en el mismo no son los derechos de las partes, sino el cumplimiento de ese fin político. Naturalmente, en esta manera de aplicar el Derecho objetivo no importan los principios ni las reglas conformadoras del proceso, y de ahí que el principio de contradicción no sea elemento determinante, aparte de que garantías fundamentales como la condición de tercero del juez y su imparcialidad desaparecen al carecer de sentido.

La contraposición de estos dos sistemas se ha pretendido presentar como opciones técnicas,¹¹ pero se trata claramente de opciones políticas. Con todo, ahora lo que importa es destacar que siendo la verificación de los hechos elemento trascendental en el proceso, pues sólo desde esa verificación puede hacerse efectiva la tutela de los derechos subjetivos de las personas, a la misma se debe llegar no de cualquier manera, sino con los condicionamientos propios, primero de la jurisdicción y después del proceso.¹²

(11) Así Comoglio, *Le prove civili*, 2.^a ed., Torino, 2004, pp. 17 y ss. En contra Monteleone, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, 1, 4.^a ed., Padova, 2007, pp. 267–272, para el que la inquisición judicial, sin dar garantía alguna de resultados más rápidos y mejores, es la expresión de un poder público autoritario en detrimento de las partes.

(12) A lo que decimos en el texto deberían añadirse otros elementos que conforman la manera de regular el proceso. Si en esa regulación se impone a las partes y a sus abogados los deberes de decir verdad y de colaborar con el juez en la búsqueda de la verdad, y además al juez se le dota de poderes de coerción, es obvio que se estarán disponiendo por el legislador medios que favorecen la verdad, pero también lo es que ello se hará a costa de las garantías procesales de las partes en el proceso; puede verse Montero, J.,

2. Las concepciones políticas totalitarias y la persecución obsesiva de la llamada verdad objetiva o material

Lo que hemos dicho hasta aquí podría ser entendido por algunos como mera concepción teórica y con ello esos «algunos» estarían metiendo la cabeza debajo de la arena para no enterarse de la realidad. Si a lo largo del siglo xx se ha estado debatiendo sobre proceso y verdad es porque algo nuevo ha sucedido en el siglo xx, algo diferente de lo propio del siglo xix.

En el siglo xx buena parte de la doctrina ha estimado que en el proceso civil debe perseguirse la que se ha llamado verdad objetiva o material, y que esa persecución no ha sido algo técnico-jurídico; se ha tratado de una verdadera obsesión ideológica. Siendo esto así, es necesario llegar a tener un conocimiento por lo menos somero de cómo y cuándo se ha producido la «obsesión ideológica». O sea, es preciso atender a quiénes y cómo han entendido que en el proceso civil debe perseguirse a toda costa la verdad, como única manera de hacer efectivo en el caso concreto el Derecho proclamado por el Estado.

2.1. EN EL DERECHO SOCIALISTA

El punto de partida teórico de esta concepción se encuentra a finales del siglo xix en Viena y se personifica en Antón Menger, profesor de Derecho Procesal Civil y fundador del llamado «socialismo jurídico». Menger aspiraba a que, transformados los derechos civiles privados en derechos adminis-

Ideología y proceso civil. Su reflejo en la «buena fe procesal», en el ya citado volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, con la bibliografía sobre la buena fe.

trativos, desapareciera la barrera más importante que separa hoy —decía— los procesos civil, penal y administrativo. Se trataba de que «las tres formas de procedimiento se fundirán en una sola, consistente esencialmente en una instrucción de oficio».¹³

Poco después se estaría ya ante la imposición práctica. Cuando Lenin decía que «no reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado»¹⁴ estaba poniendo las bases políticas para la desaparición de los derechos subjetivos privados, de todos, pero especialmente de los económicos, y con ellos del proceso civil tal y como se había entendido hasta entonces. Naturalmente, por ese camino la consideración fundamental acabó siendo la de que el proceso civil es un «fenómeno social de masas».¹⁵ Está claro que lo importante en

(13) Sobre Menger puede verse la biografía de J. L. Monereo Pérez en *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 487–494; recordemos que fue en el ordinario de procesal civil en Viena cuando Klein hacía sus reformas orgánicas y procesales. Las citas del texto provienen de Menger, A., *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, pero citamos por la traducción al francés de Milhaud, *L'Etat socialista*, Paris, 1904, p. 220; existe traducción española *El Estado socialista*, Barcelona, 1908. Debe verse Porcar, v., *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, en *L'Educazione Giuridica. VI—Modelli storici della procedura continentale* (direc. de Giuliani y Picardi), tomo I, Perugia, 1994, pp. 225 y ss.

(14) La cita proviene de Gurvich, M.A. *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (traducción de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 44.

(15) Por ejemplo, Stalev, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas*, cit., p. 171. La misma concepción ideológica se encuentra, por raro que pueda parecer en estos tiempos, en un juez federal brasileño, Cabral, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453, ya citado. Nunca está de más recordar con Monteleone, G., *Manuale di Diritto pro-*

esta concepción no es la tutela de los derechos de una persona concreta; lo importante es convertir al proceso en un medio al servicio de determinados fines estatales, fines políticos que cumple la función jurisdiccional y que lo hace por medio de la actuación del Derecho objetivo.

Con ánimo de resumir los principios de ese proceso llamado socialista, se identificaban con dos notas.

A. La verdad objetiva

La obtención de la verdad objetiva fue un principio esencial del derecho socialista, principio que respondía nada menos que a un postulado marxista-leninista,¹⁶ aparte de que venía impuesto por su concepción de la función del juez y de su cumplimiento por medio del proceso.¹⁷

cessuale civile, 4.^a ed., I, Padova, 2007, p. 21, que instrumentalizar el proceso para cualquier fin significa adular profundamente la esencia de la función y conduce a la supresión del contradictorio y a la sujeción del juez, que cesa de ser un sujeto parcial e independiente para asumir el papel de marioneta cuyos hilos son manejados por otros sujetos.

(16) Gurvich, M. A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 43, postulado que suele denominar de la cognoscibilidad, en el sentido de que todo hombre tiene la capacidad de reflejar en su conciencia los fenómenos del mundo objetivo; el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad. Más directamente debería verse Lenin, *Materialismo y empíriocritismo: Notas críticas sobre una filosofía reaccionaria*, Barcelona, 1975.

(17) Deben verse Troussov, A., *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Moscú, s.d, pero 1965, traduc. de Piatigorski; Gwiazdomorski y Cieslak, La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine, en el volumen *La preuve*, Bruxelles, 1963, en «Recueils de la Société Jean Bodin, xix», pp. 69 y ss.; Cerroni, U., *El pensamiento jurídico soviético*, Madrid, 1977, traduc. de Zapatero y De la Rocha, pp. 243 y ss. También sería útil Vishinski, A., *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, pp. 178 y ss.

El derecho socialista, por medio del principio de la verdad objetiva o material, imponía a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer del modo más completo posible las circunstancias reales del asunto, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones. El principio respondía claramente al interés del Estado en la realización del Derecho objetivo y, desde luego, no atendía a la tutela de los derechos subjetivos de las personas. Lo importante era hacer efectivo el Derecho tal y como había sido definido por el Estado, siendo todo lo demás accesorio.¹⁸

Desde este principio de la búsqueda de la verdad material u objetiva se comprenden las facultades del juez, primero, respecto de la aportación de hechos y, luego, en materia probatoria. Si el Estado, y en este caso el juez como órgano o representante del Estado, tenía que conocer la verdad «verdadera» existente en las relaciones jurídicas entre los particulares, pues por medio del proceso no se trataba tanto de tutelar esos intereses particulares cuanto de hacer efectivo el Derecho objetivo proclamado en la ley, las consecuencias tenían que ser: 1) el tribunal en su decisión no estaba limitado a los hechos alegados por las partes, de modo que en el logro del conocimiento de los hechos estaba interesado tanto el tribunal como la procuraduría y las varias organizaciones estatales y de representación de la sociedad soviética, todos los cuales podía y debían aportar hechos, y 2) el tribunal no debía conformarse con los medios de prueba propuestos por

(18) Por ello no puede extrañarse de que en algunos países socialistas el principio de la verdad objetiva en el proceso llegara a aparecer en la Constitución; por ejemplo, en la Constitución Checoslovaca de 1960 se decía en el artículo 107: «Los tribunales realizarán en proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan».

las partes siendo su deber acordar todas las pruebas de oficio que estimara oportunas y útiles para lograr el conocimiento de la llamada verdad objetiva.¹⁹

El principio de la verdad objetiva debía llevar a la consecuencia de que el juez podía o, mejor, debía, adoptar todas las medidas tendentes al esclarecimiento total de las circunstancias del asunto, incluido naturalmente acordar medios de prueba de oficio. No se trataba de una facultad, se trataba de un deber, y la finalidad no era propiamente la tutela de los derechos del particular (los cuales en esta concepción tenían importancia secundaria, si es que puede decirse que existían), sino la defensa del Derecho objetivo, el cual debía aplicarse siempre que se estuviera ante un supuesto de hecho de los previstos en general en la norma.²⁰

(19) Kellner, H., *Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975*, Milano, 2004, en el volumen x de «Testi e documenti per la Storia del Processo», dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió en los años ochenta del siglo xx). También puede tener interés Cappelletti, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (traducción de Sentís).

(20) En este sentido, por ejemplo, se puede leer en *Principios (o Bases) fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961:

1) Principio 16.º: Declaración de los hechos de la causa, de los derechos y de las obligaciones de las partes: el juez, sin limitación alguna e independientemente del material llevado al proceso y de las declaraciones prestadas por las partes, adopta todas las medidas previstas por la ley a fin de alcanzar un completo, minucioso y objetivo conocimiento de los hechos de la causa, además de los derechos y obligaciones de las partes. El juez debe instruir a las personas que intervienen en el proceso de sus derechos y obligaciones.

2) Principio 18.º: Carga de la prueba y obligación de practicar los medios de prueba: después de decir que los medios de prueba deben ser propuestos

Naturalmente, en este contexto el juez no es un tercero entre las partes y tampoco puede considerarse imparcial, por lo que a la postre no ejerce propiamente jurisdicción, por lo menos tal y como la entendemos en el mundo occidental. El juez es un funcionario del Estado a quien se le confía una especie de actos de jurisdicción voluntaria, actos por medio de los que aplicará el Derecho objetivo sin importar ni lo que las partes aleguen, ni los intereses que quieran defender.

B. La colaboración del juez y las partes

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso civil es la idea relativa a que ese proceso no se presenta como una suerte de contienda entre partes, no es ya una lucha entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resuelve en un principio que puede denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, y así se habla de una «confiada colaboración entre el juez y las partes».²¹ De este modo se destacan:

- 1) El deber del juez de asesorar a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, lo que supone también la necesidad de estimular la actividad procesal de

por las partes «y las demás personas que intervienen en el proceso», añade: «Si las pruebas propuestas resultan insuficientes, el juez ordena a las partes y a las otras personas que intervienen en el proceso proporcionar otros medios de prueba o los acuerda de oficio».

Después debe estarse al *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Estos dos cuerpos legales pueden verse en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, en el volumen IX de «Testi e documenti per la Storia del Processo», dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

(21) Por ejemplo Kellner, *Introduzione*, cit., p. XLIX.

las partes y realmente de todos los demás que intervienen en el proceso, llegándose a hablar de una suerte de funciones asistenciales encomendadas al juez que deben operar incluso cuando las partes comparecen asistidas por abogado.²²

2) Correlativamente, el deber de las partes, no ya de aportar los hechos al proceso informando al juez, sino de hacerlo sin esconder hecho alguno y haciéndolo siempre de manera veraz, de modo que han de llevar al proceso todo aquello de lo que tienen conocimiento. Se trata un deber de veracidad e integridad de más alcance que el deber de lealtad y probidad.²³

Ha sostenido Taruffo que esta concepción debe referirse a un contexto ideológico y filosófico absolutamente peculiar, aunque determinó la ortodoxia de la cultura procesalista de los países socialistas, si bien no merece hoy más que una mención, que se justifica solo por exigencias de

(22) Puede verse, por ejemplo, Stalev, *El proceso civil en los Estados socialistas*, cit., p. 195. Según el artículo 2 (2) del que se llamaba Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: «Los tribunales tienen el deber de aclarar, declarar en forma veraz y decidir, según las normas de derecho, en un proceso concentrado y rápido, los hechos relevantes para el juicio». Y artículo 2 (3): «Los tribunales deben indicar a los que participan en el proceso sus respectivos derechos y obligaciones, para la efectividad de los mismos». Este cuerpo legal puede verse en *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975*, Milano, 2004, en el volumen X de «Testi e documenti per la Storia del Processo», dirigidos por Picardi y Giuliani, ya citado.

(23) Según el artículo 3 («Derechos y obligaciones de las partes») (1) del Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: «Las partes tienen el derecho y el deber de participar en el proceso y, especialmente, de colaborar para la declaración de la situación de hecho. Sus respectivas declaraciones y deposiciones deben ser competas y veraces».

plenitud historiográfica.²⁴ Ahora bien, no debería olvidarse que algunos de sus aspectos (por ejemplo el de la prueba de oficio o los deberes de buena fe y de veracidad) se siguen sosteniendo en construcciones teóricas y se pide su inclusión en códigos concretos, sin que se aclaren cuáles son las bases ideológicas de unas y de otros.

Nos parece muy razonable exigir, por lo menos, que se pongan de manifiesto cuáles son las bases ideológicas de quienes sostienen aquellas construcciones y de quienes insisten en la inclusión en los códigos. No cabe seguir sosteniendo que se trata de meras cuestiones técnicas.

2.2. EN LAS CONCEPCIONES FASCISTAS

También en Viena, y también a finales del siglo XIX, encontramos a Franz Klein que es nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las «leyes de la justicia».²⁵ Entre las varias leyes que impulsó, después ya como ministro, la que nos importa es la Ordenanza Procesal Civil, que será aprobada en 1895²⁶ y entrará en vigor el 1 de enero 1898.²⁷ En la década final del siglo XIX gobernaba el im-

(24) Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 58–59.

(25) Sobre Klein puede verse la biografía de W. Brauner en *Juristas universales*. 3. *Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 647–650.

(26) En estos años Antón Menger era el ordinario de procesal civil en Viena y justo en el año 1895 se le elevó a la dignidad académica más elevada; Monereo, *Antón Menger*, cit., pp. 488, sin olvidar que, a pesar de lo que dice el biógrafo, la posición de Menger no es, desde luego, ni liberal ni democrática.

(27) Puede verse ahora *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, que es el núm. VIII de la colección Testi e documenti per la storia del processo, dirigida por Picardi y Giuliani, Milano, 2004, con la Introducción de W. H. Rechberger y G. E. Kodek (pp. 1x–xxxv) y la de C. Conso, titulada *Il duplice volto della «buona» giustizia civile tardo-asburgica*.

perio austro húngaro Francisco José I de Habsburgo (como Emperador de Austria y Rey de Hungría). No hay parecido alguno entre ese sistema político y la democracia liberal.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas o en una de las instituciones sociales del Estado;²⁸ el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuanto antes y al menor coste posible.²⁹ Éstas son las bases ideológicas de Klein, para quien el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego, los intereses individuales, pero también y espe-

ca e del suo rigeneratore (pp. xxxvii-lxv).

(28) La obra de referencia de esta concepción es la de Klein, F., *Materialen zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1897. Sobre ella puede verse Fairén, v., El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, págs. 301 y ss. Klein llegaba a hablar de proceso civil como una «institución de beneficencia» o de un instituto dirigido a promover el bienestar colectivo, y de ahí consiguientemente de la función asistencial del juez. Es evidente aquí la influencia de Menger; éste consideraba que el juez no debía ser un tercero imparcial, pues debía asegurar la asistencia y la instrucción de la parte más débil, y en la misma línea Klein habla del proceso como medio para la educación y el bienestar social (así Porcar, Il giudice como amministratore: Antón Menger, en *L'Educazione Giuridica*. vi, tomo I, cit., p. 231).

(29) Así, Sprung, R., Le basi del diritto processuale civile austriaco, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 38. También Cipriani, F., Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità), en *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, después publicado en *Idologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997 y, por fin, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (traducción de Ariano); cito por esta última publicación, y en ella p. 65. También puede verse Parra Quijano, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 39 y ss.

cialmente los sociales.³⁰ En este contexto uno de los elementos definidores de ese proceso es el refuerzo de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que debe proteger no sólo al individuo, sino también al ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad,³¹ lo que incluye el acordar pruebas de oficio.³²

El juez no se limita a juzgar, es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo ni principalmente los derechos de las partes, sino sobre todo los valores e intereses de la sociedad que se expresan en el Derecho objetivo.³³

(30) Otra vez Sprung, *Le basi del diritto*, cit., p. 36.

(31) En este sentido Fasching, ponencia nacional austriaca citada por Fairén, Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1990-1975), en *LXXI años de evolución jurídica en el mundo*, México, 1978, p. 28. Después en Introducción de W. H. Rechberger y G. E. Kodek (p. xxvii) a la *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, antes citada puede leerse que la Ordenanza está sujeta a un «principio inquisitivo atenuado» y que el proceso civil austriaco se caracteriza «principalmente por la llamada iniciativa oficial del juez».

(32) Para Goldschmidt, J., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. 40, en la ZPO austriaca «la reunión de los elementos de juicio se obtiene por la colaboración del juez con las partes, gracias a una feliz fusión del principio dispositivo y el oficial o intuitivo», aparte de la posibilidad de acordar pruebas de oficio y de las imposición de deberes u obligaciones (no queda claro) a las partes.

(33) Fairén, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil...*, cit., pp. 315-6: «Es lamentable, decía Klein, que en determinado porcentaje las sentencias, contrastadas con la realidad de los hechos, vengan a resultar injustas o defectuosas»; ello ocurre en muchos casos por falta de diligencia; en otros por haberse visto obligado el juez diligente a fallar, a pesar suyo, sobre la base de hechos injustos, inciertos, dudosos. Por esto Klein aumenta los poderes

A) Alemania y el nazismo

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 puede considerarse liberal³⁴ y llegada la época del nazismo, aunque no se realizó una nueva Ordenanza, sí se ha sostenido³⁵ que el común denominador de todas sus elaboraciones del régimen político fue la tiránica acentuación del criterio colectivista de la «comunidad de pueblo»³⁶ que llevaba a pretender, entre otras cosas, la exaltación de la figura del juez, el cual, por otro lado, se convirtió en dependiente del poder nazi; como decía el ministro de Justicia Hans Frank, el juez debe ser siempre consciente de que «en razón de su posición predominante en la aplicación del derecho, no puede jamás ir contra los principios del programa político nacionalsocialista y de su ideología».³⁷

del juez, el cual puede completar el proceso en lo que haga falta, es decir, puede acordar cuantos medios de prueba estime oportunos.

(34) Para Leible, S., *Proceso civil alemán*, Medellín, 1999, pp. 64–65, la LPO de 1877, influenciada por la codificación napoleónica, estaba «acuñada totalmente por una concepción liberal del Estado», de modo que la ley era el reglamento de la lucha entre las partes, en la que éstas asumían su responsabilidad siendo el juez un tercero neutral. Ya Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto–Castro y notas de Alcalá–Zamora), p. x, había dicho que el proceso alemán era un «vestido liberal del siglo XIX al que se han cosido muchos remiendos redivivos de los tiempos pasados».

(35) Böhm, P., *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, núm. 2, pp. 623 y ss. (el trabajo es de 1990, y apareció publicado en el volumen colectivo *Nationalsozialismus und Recht*, Viena, 1990).

(36) En materia penal esa «comunidad del pueblo» dio lugar a la legislación sobre los «extraños a la comunidad», y un ejemplo puede verse en Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4.^a ed., Valencia, 2003.

(37) Citado por Böhm, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629–630.

La concepción del proceso civil, no la extrema que quiso convertirlo en mera jurisdicción voluntaria,³⁸ sino la menos radical de Hans Otto de Boor,³⁹ sostuvo: «Que a nosotros, en el Tercer *Reich*, no nos sirve para nada un proceso de inspiración y características liberales es cosa totalmente evidente, sobre la que no debe darse ni siquiera una explicación». Se negaba, pues, la concepción del juez como sujeto neutral que asiste a la lucha entre dos personas; era necesario un juez que «tutele los intereses de la comunidad del pueblo de modo extremadamente activo». Ese juez tampoco tutelaba los derechos subjetivos de los ciudadanos, pues su función consistía en llevar a debido efecto en la práctica el Derecho objetivo, el cual era expresión de la ideología nazi.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1933, de modificación del procedimiento civil, se decía: «Las partes y sus re-

(38) Baumbach, A., *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria), en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 583 y ss; luego en 941, pp. 31 y 49, y en 1942, p. 49. Para su exposición y crítica en Italia Calamandrei, P., *Abolizione del processo civile?*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, pp. 336–340, y luego en *Opere giuridiche*, I, Napoli, pp. 387–390; y en España Prieto Castro, L., Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, pp. 665–669. Últimamente ha sido recordada por Caponi, R., I poteri probatorie delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001, en *Prove nel processo civile*, Atti del xxv Convegno Nazionale, en Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile (Cagliari, 7–8 ottobre–2005), Milano, 2007.

(39) La síntesis de De Boor puede verse en Böhm, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 631–633; se trata del artículo de aquél publicado también en la *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 834 y ss. y titulado *Die Funktion des Zivilprozesses* (La función del proceso civil).

presentantes deben ser conocedores de que la jurisdicción no las sirve sólo a ellas, sino que, sirve antes y principalmente, a la actuación de la paz jurídica de toda la comunidad». Más aún, se trataba, como dice Böhm, «de que las disposiciones programáticas de la Ley de 1933 imponían al juez una “rigurosa dirección del proceso”, “el efectivo descubrimiento de la verdad” y una disciplina del procedimiento “dinámica”, “comprensible” y “auténticamente popular”». ⁴⁰

Mayor incidencia tuvo todavía la ley de 15 de julio de 1941 sobre la participación el Ministerio Público en las controversias civiles. Con ella el fiscal asumía en todos los procesos civiles, más o menos como el fiscal soviético, la posición de pretendida parte imparcial, con poder para alegar hechos y para proponer pruebas; de esta manera el principio de aportación venía completamente alterado, siendo un primer paso en el camino de la imposición del principio inquisitivo en el proceso civil. Se trataba de sacrificar la estructura bilateral de este proceso y por eso la ley fue calificada de «giro crucial» o de «vuelta de tuerca» en la evolución del derecho.

B) Italia y el fascismo

La concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la *Relazione* (Exposición de Motivos) del Código procesal civil de 1940, obra de Calamandrei que firma Dino Grandi, el ministro de Justicia. ⁴¹ Sin grandes profundidades en esa exposición se encuentra:

(40) Böhm, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639.

(41) Estamos haciendo referencia a la *Relazione* o Exposición de Motivos que precede al Código, que fue redactada por Calamandrei y firmada por el ministro Dino Grandi. La *Relazione al Re* había sido olvidada, después de no haber sido publicada desde 1943, y así Cipriani, D’elia e Impagnatie-

- 1) El nuevo Código se basaba en un condicionamiento político; si el Código anterior, el de 1865, era expresión de los intereses individuales que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quería ser expresión del Estado fascista. Para éste el proceso civil no es sólo la lucha entre intereses privados, es también instrumento para asegurar que las normas dictadas por ese Estado son cumplidas («2.– Los factores históricos de la reforma»).
- 2) Uno de los puntos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez («8.– El juez y la ley») que se calificó de «directiva fundamental de la reforma», pero ello debe entenderse dentro del «renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista

llo, *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, cit., pero es evidente que expresa políticamente lo que el Código desarrolla en sus artículos. Últimamente parte de la doctrina italiana está llegando al extremo de imputar a quien cita esta *Relazione* una especie de mala fe argumentativa a la hora de atender a la ideología propia del *Codice*, de manera que pareciera como si pretendiera negar la existencia de la misma (solo por ejemplo Chiarloni, S., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 154). La situación ha llegado hasta el extremo de pudiera ser este el momento de empezar a creer en los milagros; o por lo menos de creer en que la Italia fascista de 1940 se produjo uno: el *Codice* de 1940 a pesar de todo es liberal y democrático. ¡Milagro! Falta por saber a quién debemos achacarlo para instar el inicio de su proceso de beatificación.

y de sus órganos»⁴² («12.– Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso»)⁴³.

Desde esas consideraciones, luego el Código dedicó un Título (el v del Libro I) a «De los poderes del juez», y sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron poderes de oficio: 1)

(42) No debería ser necesario tener que recordar que el propio Calamandrei, en la *Avvertenza* a la primera edición de las *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, p. x dijo: «Una de la mayores virtudes del nuevo Código, quizá su más apreciable novedad, es su adecuación histórica: la consciencia que el legislador ha tenido de la posición que la justicia ocupa en el Estado y de la necesidad de considerar también las instituciones judiciales como expresión de un cierto clima histórico, no ajenas a la realidad social, sino teniendo sus raíces bien hundidas en el terreno político de su propio tiempo» (en la segunda edición de 1943, aunque su *Avvertenza* se fecha en diciembre de 1942, se reitera en p. xi). Resulta de esta manera algo aparentemente extraño pero que, bien pensadas las cosas, no lo es; algunos primero niegan sin más que el Código sea fascista para poder, luego, defender lo mismo que ha sostenido el Código, y al final resulta que los que vemos (sin ser ni negros ni palafreneros) que el Rey va desnudo (Juan Manuel, *Conde Lucanor*, 1335, Cuento xxii, Lo que sucedió a un rey con los burladores que hicieron el paño), esto es, que el Código solo puede ser fascista y que lo es, podemos acabar siendo acusados de «revisionistas».

(43) Este conjunto de caracteres que determinan lo que es un Código fascista tiene una explicación doctrinal de altura en el Capítulo Tercero de las *Istituzioni* de Calamandrei, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, pp. 233 y ss. En ese capítulo es necesario leer los párrafos 57, sobre el principio de autoridad en el proceso, 59, sobre el principio dispositivo, pero especialmente en la parte atinente a la iniciativa probatoria del juez, y el 61, sobre el reforzamiento del deber cívico de colaboración con la justicia. Las diferencias son muy apreciables en la comparación con la obra de Carnelutti, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942 (traducción de Guasp).

Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (art. 117); 2) Acordar el reconocimiento de personas (partes y terceros) y de cosas (art. 118); 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240 y 241 CPC y 2736 CC); 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (art. 353); 5) Decretar careos (art. 254); 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (art. 257), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el artículo 421 permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento.

3. La asunción de una u otra concepción

Llegados a este momento, tiene el lector un conocimiento, si quiera sea somero, de los orígenes de la llamada «verdad objetiva en el proceso civil» y puede advertir que siempre se ha tratado de algo político.⁴⁴

(44) Decía Denti, V., *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, en *Estudios de derecho probatorio* (traducción de Sentís y Banzhaf), Buenos Aires, 1974, p. 152, que la concepción del proceso como *adversary system* respondía a una concepción liberal y democrática (en el sentido occidental) de la sociedad civil, pero que la caída de esos valores, bien como fin en sí mismos (caso de los regímenes dictatoriales fascistas), bien por valores de justicia (caso de los regímenes socialistas), lleva inevitablemente a la atenuación de la iniciativa de las partes y a la afirmación de los poderes del juez.

Si dejamos a un lado las expresiones claramente sectarias de Denti (como decir que la caída de la libertad y de la democracia en los países socialistas responde a una idea superior de justicia), es evidente que para el antiguo profesor de Pavía la atenuación de la iniciativa de las partes y el aumento de los poderes del juez responde a bases sin duda políticas y precisamente de contenidos muy determinados. Por eso causa extrañeza que su sucesor

Ahora, desde esos conocimientos, puede atender al Código Procesal Civil, Modelo para Iberoamérica, y después de advertir que en él se dispone: 1) entre las facultades del tribunal, la de «ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes» (art. 33, 4º) y 2) entre sus deberes «emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes» (art. 34.2), tiene los elementos necesario para formar su opinión sobre sus bases ideológicas.

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

Hoy, es difícil que alguien sostenga de modo abierto el principio de la verdad objetiva, por lo menos en su derivación de la doctrina marxista-leninista de que el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad, por lo que no pueden ponerse barreras al conocimiento, ni es imaginable que se si-

en la cátedra llegue a negar conexión alguna entre el aumento de los poderes probatorios del juez y los regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos (así Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 468 y ss).

ga sosteniendo que la verdad supone coordinación entre las declaraciones y la realidad objetiva, bien entendido que esa verdad no se identifica con la verdad absoluta, y aquí con cita de Engels; tampoco se atrevería nadie a sostener que el logro de esa verdad objetiva está por encima de los principios dispositivo (manifestación de los inexistentes derechos privados de naturaleza económica) y de contradicción (calificado de expresión hipócrita del interés de la clase dominante). De la misma manera no será fácil encontrar quien defienda que la verdad material, con el aumento de los poderes que implica, se justifica con referencia al «renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos».

Nadie se suma hoy a estas dos bases ideológicas de modo claro, pero el caso es que siguen registrándose manifestaciones doctrinales y prácticas en las que se defiende que la prueba debe perseguir la verdad objetiva o material y que con ese fin el juez debe poder acordar pruebas de oficio, y sería conveniente que se explicara públicamente cuáles son sus bases ideológicas de partida.⁴⁵

(45) No se ponen de manifiesto las bases ideológicas sino que, antes al contrario, se esconden, cuando (así Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 476-477), partiendo de decir que se opta por un sistema en el que importa la calidad de la decisión que cierra el proceso, la cual debe basarse en una declaración verdadera de los hechos de la causa, que es algo que cualquier persona está dispuesta a afirmar y a hacer suyo por ser algo evidente (siempre que se matice recordando que existen límites constitucionales y legales en la verificación de los hechos), se pasa a sostener que para conseguir esa finalidad se necesita que el juez «pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas aparezcan insuficientes o inadecuadas para permitir la aportación de todas las pruebas que sean necesarias para dictar una decisión que declare la verdad de los hechos». Las bases ideológicas sí aparecen, aunque sea veladamente, cuando se sostiene seguidamente por Taruffo que: 1) en todos los procesos hay siem-

pre una parte que no tiene interés en que se descubra la verdad, y 2) en todos los procesos los abogados no persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en resaltar la versión de los hechos que más conviene a su cliente. Aquí ya es manifiesto que se está partiendo de una manera claramente ideológica de negar dos elementos esenciales en las bases de la civilización occidental, pues lo que se está diciendo es que: 1) los ciudadanos no pueden tener en todo caso el derecho de defender en juicio lo que estiman que es su derecho, y 2) los abogados, que se consideran elementos perturbadores de la «justicia», no deberían actuar como defensores de esos derechos. Quienes parten de sostener estas dos consideraciones no necesitan decir más para evidenciar cuáles son sus bases ideológicas.



3.

Aspetti del precedente giudiziale

.....

Michele Taruffo

Introduzione

Da quando si è acquisita consapevolezza del fatto che anche nei sistemi di *civil law talvolta* le decisioni di casi successivi si uniformano a decisioni di casi precedenti, soprattutto se queste ultime provengono da corti supreme o superiori,¹ l'invocazione al precedente giudiziale è diventata una specie di

(1) Nell'ampia letteratura in argomento cfr. soprattutto, per analisi di carattere comparatistico relative anche a paesi di *civil law*, le relazioni pubblicate in *Precedent and the law*, a cura di E. Hondius, Bruxelles, 2007, e i saggi raccolti in *Interpreting precedents. A comparative study*, a cura di D.N. MacCormick e R.S. Summers, Aldershot–Brookfield–Singapore–Sydney, 1997. V. inoltre Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss. e Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, *ibidem*, 1994, p. 411 ss., anche per numerose altre indicazioni.

mantra recitato a ripetizione da dottrina,² giurisprudenza, ed anche da qualche legislatore.³

Le ragioni di questo fenomeno sono varie, e possono avere aspetti diversi nei differenti contesti, ma una di esse si impone al di sopra di tutte le spiegazioni: si tratta della *uniformità* nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, che da tempo costituisce un valore ritenuto fondamentale, una sorta di oggetto del desiderio di quanti si occupano dell'ammi-

(2) Con particolare riferimento al diritto penale v. per tutti Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 29 ss. In particolare a proposito del diritto amministrativo cfr. Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

(3) Per limitarci all'Italia, vale la pena di ricordare che nel 2009 viene riformato l'art. 118 disp. att. c.p.c., che riguarda la motivazione della sentenza, nel senso che da allora la motivazione in diritto consiste nella «succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, *anche con riferimento a precedenti conformi*» [corsivo aggiunto]. Non è chiaro se per motivare in diritto si possa far riferimento *anche* o *soltanto* a precedenti conformi, e che cosa accada quando vi siano precedenti difformi, o addirittura questi siano la maggioranza (in proposito v. Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 376 ss.). Sul punto il legislatore interviene di nuovo con l'art. 79 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, ove il dubbio viene risolto dicendo che la motivazione in diritto può consistere nell'«esclusivo riferimento a precedenti conformi», con il che la motivazione in diritto viene ridotta sostanzialmente a zero. Per fortuna, in un soprassalto di respiscenza, questa norma viene soppressa con la legge 9 agosto 2013, n. 98 (anche a questo proposito v. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 378 ss.). Analogamente, l'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., pure introdotto nel 2009, dice che il ricorso in Cassazione è inammissibile se la sentenza impugnata ha deciso questioni di diritto «in modo conforme alla giurisprudenza della Corte» e il ricorso non offre «elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa» (nella ricca letteratura sul punto cfr., anche per riferimenti, Carpi, Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 8^a ed., Padova, 2015, p. 1492).

nistrazione della giustizia. Nulla di particolarmente nuovo al riguardo: per limitare il discorso all'Italia basta ricordare il Calamandrei della *Cassazione civile*⁴ o le vicende che hanno portato all'unificazione della Cassazione penale nel 1888 e della Cassazione civile nel 1923,⁵ o – ancora – l'art.65 della legge sull'ordinamento giudiziario, tuttora in vigore, ove si dice che la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», oltre a garantire «l'unità del diritto oggettivo nazionale».⁶

L'uniformità viene dunque considerata come un fine che dovrebbe essere tendenzialmente conseguito in ogni sistema giuridico, e trova varie giustificazioni che vanno dalla necessaria uguaglianza di trattamento di tutti i cittadini quanto alla decisione di casi uguali – o meglio, di casi simili, come si vedrà⁷ – all'opportunità che le decisioni giudiziarie siano prevedibili (anche nella speranza che ciò riduca il numero delle controversie), alla necessità di assicurare la certezza del diritto attraverso la continuità degli orientamenti interpretativi.⁸ Ecco che quindi il precedente viene generalmente con-

(4) Cfr. Calamandrei, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto*, 1920, in Id., *Opere giuridiche*, vol. VII, Napoli 1976, p. 57 ss.

(5) Soprattutto sulla seconda vicenda v. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 181 ss., ed anche Id., *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 51 ss.

(6) In argomento v. Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, in Id., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 59 ss., 70 ss., e da ultimo Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013, p. 32 ss.

(7) Al riguardo non bisogna dimenticare la leibniziana legge degli indiscernibili secondo la quale due fatti uguali non esistono, e se vi sono due descrizioni uguali allora si tratta dello stesso fatto.

(8) In proposito v. i contributi citati in nt. 1, e Taruffo, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 35 ss.

siderato come lo strumento fondamentale per assicurare la realizzazione di alcuni valori o principi che si considerano essenziali per l'ordinamento giuridico e per la sua coerente attuazione attraverso la giurisprudenza, anche nei sistemi di *civil law* e non solo in quelli di *common law*.

Tuttavia, se si rivolge uno sguardo anche superficiale al complesso panorama dottrinale, giurisprudenziale e normativo che riguarda il precedente, balzano all'evidenza alcuni problemi rilevanti che caratterizzano l'argomento, almeno nelle modalità con cui esso viene solitamente affrontato e discusso. In particolare, ci si imbatte in una serie di equivoci che rendono vaghi, imprecisi, e non di rado inattendibili, molti dei discorsi che vengono fatti intorno al precedente.

1. Che cos'è un precedente

Un primo equivoco, molto rilevante, riguarda ciò di cui si parla quando ci si riferisce al precedente. L'equivoco nasce dal fatto che la parola «precedente» viene usata per indicare oggetti molto diversi tra loro, alcuni dei quali – come ora si vedrà – non hanno nulla a che fare con il precedente in senso proprio.

Una prima distinzione che va tenuta presente è quella che si impone tra «precedente» e «giurisprudenza». Il «vero» precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da *una* decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un *insieme* di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di cassazione – e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni di diritto. Nulla di strano, allora, se

la giurisprudenza può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, perché sulla stessa questione di diritto si possono verificare orientamenti interpretativi diversi e variabili. Estremizzando il discorso (ma non troppo) si può dire che una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole (ed anche il suo contrario).⁹ Da questo punto di vista norme come l'art. 360-bis, di cui si è fatto cenno in precedenza,¹⁰ hanno il sapore dell'assurdità. Esse mostrano come il legislatore italiano sia completamente all'oscuro di ciò che è un precedente, e neppure sappia in che cosa consiste la giurisprudenza.

Tornando al precedente in senso proprio, bisogna osservare che esso si definisce essenzialmente in funzione di due fattori. Il primo fattore deriva dal fatto che ciò che «fa precedente» non è tutto ciò che si dice nella decisione in questione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione, e – appunto – per decidere su di essa. Non costituiscono invece precedente gli *obiter dicta*, ossia tutte le argomentazioni o considerazioni che la sentenza contiene ma che non sono direttamente rilevanti per la decisione del caso. Nulla esclude che un giudice successivo faccia riferimento anche ad un *obiter dictum*, ma in questo caso non si tratterebbe di un precedente in senso proprio.¹¹ Il se-

(9) Su questi temi v. più ampiamente Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 713 ss.

(10) V. *supra*, nt. 3.

(11) Su questi concetti, fondamentali ed ovvi nella teoria del precedente, esiste una letteratura vastissima, sulla quale qualunque citazione sarebbe casuale ed incompleta. Nella letteratura italiana vale comunque la pena di

condo essenziale fattore è costituito dalla necessaria *analogia tra i fatti* del primo caso e i fatti del caso successivo:¹² perché in quest'ultimo caso si possa applicare la stessa *ratio decidendi* che ha determinato la decisione nel primo caso, occorre che i fatti dei due casi siano *abbastanza simili*, essendo ovvio – in caso di difformità delle situazioni di fatto – che non si giustificherebbe una decisione secondo quella *ratio decidendi*. In questa situazione, il secondo giudice ricorrerà al c.d. *distinguishing*, ossia alla dimostrazione di tale difformità, con ciò giustificando la non applicazione del precedente.

Sotto questo profilo appare ragionevole un'osservazione che a prima vista può sembrare paradossale, ossia che in realtà è il *secondo giudice* che – per così dire – *crea* il precedente adottando la medesima *ratio decidendi* del caso anteriore. Solo in questa ipotesi, infatti, si può propriamente dire che la prima decisione ha efficacia di precedente nei confronti della seconda. È evidente che il primo giudice può adottare una *ratio decidendi* ipoteticamente universalizzabile, e quindi potenzialmente applicabile anche a casi successivi (come accade per le pronunce delle «corti del precedente» di cui si parlerà più oltre), ma il successo di questa previsione, o speranza, dipende comunque da ciò che decideranno i giudici di questi ulteriori casi.¹³ Si noti, d'altronde, che il *distingui-*

vedere i saggi raccolti in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padova, 1988, p. 25 ss., 113 ss., 125 ss. V. anche Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 420 ss.

(12) Al riguardo v. ampiamente Serio, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Casistica e giurisprudenza*, a cura di L. Vacca, Milano, 2014, p. 91 ss.; Whittaker, *Precedent in english law: a view from the citadel*, in *Precedent and the law*, cit., p. 41 ss.

(13) Cfr. Whittaker, *op. cit.*, p. 42.

shing non è la sola tecnica di cui il secondo giudice dispone per evitare di seguire il precedente, e quindi per giustificare l'inefficacia: il giudice inglese dispone infatti di un vasto repertorio di modi in cui può «liberarsi» del precedente.¹⁴ Il riferimento ai fatti rimane comunque il fattore determinante per l'applicazione o la disapplicazione del precedente nei casi successivi.

Da ciò deriva una conseguenza rilevante nella prospettiva della definizione del precedente in senso proprio. Essa è che non si ha precedente in senso proprio tutte le volte che il secondo giudice non ragiona intorno ai fatti del suo caso, anche perché la stessa cosa *non* ha fatto il primo giudice. Ciò accade tutte le volte in cui la decisione che si assume come ipotetico precedente non si occupa, in realtà, dei fatti, ma si limita ad enunciare una regola di diritto senza che emerga alcuna connessione con i fatti di *quel* caso. Nulla di strano: basta pensare alle *massime* che costituiscono di fatto la gran parte della giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione a cui si fa di regola riferimento, per avere testi di poche righe in cui si enuncia una regola in termini generali ed astratti, senza alcuna connessione o spiegazione fattuale. D'altronde, la funzione istituzionale della Corte *esclude* – come è noto, almeno in teoria – che essa si possa occupare dei fatti della causa, essendo esclusivamente un giudice – il giudice supremo – della nomofilachia. Senza approfondire qui il tema come forse meriterebbe, questa osservazione sembra costituire una ragione sufficiente per dire che in realtà la Corte di Cassazione non enuncia precedenti in senso proprio.

(14) Per un'interessante analisi di queste tecniche cfr. Marshall, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 1996, fasc. 6, p. 29 ss.

Occorre tuttavia tener conto del fatto che si è ampiamente diffusa l'abitudine di usare la parola «precedente» non tanto nel suo significato proprio ed originario (che si è appena definito), bensì in un significato generico, impreciso, non rigoroso e sostanzialmente diverso. In sostanza, si parla di precedente a proposito di ogni decisione, di qualunque forma e contenuto – ma il riferimento più frequente è alle sentenze di corti superiori o supreme – che in qualche modo influenzano, o possa influenzare, la decisione di casi successivi.¹⁵ In proposito vale la pena di sottolineare che in questo uso del termine «precedente» viene meno qualsiasi riferimento ai fatti che sono stati ad oggetto della prima decisione, e anche ai fatti che sono oggetto delle decisioni successive. Ciò spiega come mai il termine venga usato pure a proposito di decisioni – come quelle della nostra Corte di Cassazione – che non si occupano dei fatti, e addirittura anche a proposito delle massime redatte a cura dell'apposito Ufficio del Massimario. Ne discende, allora, che il precedente può essere costituito da qualsiasi enunciazione relativa alla soluzione di una questione di diritto, e nulla esclude che tale enunciazione non corrisponda affatto alla reale *ratio decidendi* che ha determinato la decisione del primo caso, ma possa consistere – come non di rado accade nelle massime – di qualunque cosa che sia stata detta nella relativa sentenza.¹⁶

(15) Sulle modalità di questa influenza v. *infra*, par. 5.

(16) Si tratta del fenomeno già da tempo segnalato da Sacco: v. Id., *La massima mentitoria*, in *La giurisprudenza per massime*, cit., p. 53 ss.

2. Dimensioni del precedente

Per intendere correttamente il fenomeno del precedente, e i suoi limiti, è opportuno fare qualche sintetica considerazione intorno alle *dimensioni* che esso può avere.¹⁷ La dimensione più rilevante, caratteristica in particolare del precedente in senso proprio di cui si è appena parlato, è senz'altro la dimensione *verticale*. Essa si connette con la struttura gerarchica dell'organizzazione giudiziaria, che vede al vertice una corte suprema, e varie corti ai livelli inferiori. Il precedente verticale si ha soprattutto a proposito delle sentenze delle corti supreme, in quanto si ritiene che esse possano influenzare le decisioni di tutti gli altri giudici. Questi, in altri termini, debbono uniformarsi ai precedenti delle corti supreme,¹⁸ ed è in questo modo, e per questa ragione, che tali precedenti dovrebbero realizzare l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto nell'ambito dell'intero sistema giurisdizionale. È in questa prospettiva, allora, che si parla di vere e proprie «corti del precedente», per significare che la funzione essenziale di queste corti consiste proprio nell'enunciare decisioni destinate a servire come precedenti, ossia come punti di riferimento per tutte le decisioni successive.¹⁹ Il modello per certi versi «puro» di una corte del precedente è senz'altro rappresentato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa corte pronuncia ora solo alcune decine di sentenze all'anno (in tutte le materie, incluse le questioni

(17) In argomento, e per ulteriori riferimenti, cfr. Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 416.

(18) Sull'intensità di questo vincolo v. *infra*, par. 5.

(19) In argomento v. Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme*, cit., p. 11 ss., Marinoni, *O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*, São Paulo, 2013.

di costituzionalità), e «decide di decidere» nel merito il ricorso (mentre in tutti gli altri casi dice semplicemente «*certiorari denied*», senza alcuna motivazione), in base ad un potere largamente discrezionale che le consente di scegliere i casi in cui ritiene opportuno pronunciarsi su una questione di diritto, per stabilire un precedente nuovo, per risolvere contrasti di giurisprudenza, o per provvedere all'*overruling* di un proprio precedente.²⁰ In sostanza, l'attività della corte è orientata essenzialmente a ciò che si potrebbe definire come «governo dei precedenti».

Soprattutto dopo la riforma intervenuta nel 2001, che ha modificato i §§ 543 ss. della zpo, anche il *Revisionsgericht* tedesco può essere considerato come una «corte del precedente», poiché il ricorso può essere ammesso solo quando sollevi una questione di diritto che abbia un *grundsätzlich Bedeutung* oppure quando la decisione della corte suprema sia necessaria per l'evoluzione del diritto o la conferma di una specifica giurisprudenza.²¹

(20) In proposito v. per tutti Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, e da ultimo Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva «quantistica»*, Milano, 2014, p. 86 ss., anche per numerosi riferimenti bibliografici.

(21) Cfr. il § 543 della zpo tedesca. In proposito si osserva giustamente che quindi la funzione della corte non è tanto di decidere casi individuali, quanto di unificare e razionalizzare l'intero sistema della giustizia civile. In questo senso cfr. Murray, Stürner, *German civil justice*, Durham, 2004, p. 386. Sulla corte suprema tedesca prima della riforma cfr. Sonelli, *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla Cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Torino, 2001, p. 82 ss., (e in particolare p. 88 ss., sul significato del criterio di *grundsätzlich Bedeutung*).

È dubbio, invece, che possano considerarsi come vere e proprie corti del precedente quelle corti che, come la nostra Cassazione, hanno soprattutto una funzione *retroattiva*, consistente principalmente nella correzione degli errori di diritto, sostanziale e processuale, *già compiuti* dai giudici inferiori (la c.d. nomofilachia), mentre solo *de facto*, non sempre ed in modo solo eventuale, svolgono una funzione *proattiva* consistente nel formulare regole che potrebbero essere seguite dai giudici dei casi successivi.²²

Naturalmente non è possibile escludere che qualche efficacia di precedente venga riconosciuta anche alle decisioni di corti di livello inferiore nell'ambito della stessa gerarchia giudiziaria: ad esempio, la decisione di una Corte d'Appello potrebbe essere richiamata come precedente da giudici di primo grado. La dimensione verticale del precedente opera però, in questo caso, in modo limitativo: esso varrebbe come tale solo per i giudici appartenenti allo stesso distretto; altrimenti, si avrebbe un fenomeno diverso dal precedente in senso proprio.

L'altra dimensione rilevante del precedente è la dimensione *orizzontale*,²³ ma a questo proposito occorrono alcune precisazioni. L'esempio più tipico del precedente orizzontale è il c.d. *autoprecedente*, che si ha quando il secondo giudice

(22) In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2011, p. 11 ss. A proposito della *Cour de Cassation* francese Cadiet parla di una funzione *jurisprudentielle et normative*, alludendo al fatto che la corte pronuncia sentenze possibilmente destinate ad essere seguite dagli altri giudici (cfr. Cadiet, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2011, p. 191 ss.

(23) V. Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 417, anche per riferimenti relativi ai punti successivi del testo.

(ad esempio, una corte suprema) fa riferimento ad un *proprio* precedente. Non è affatto escluso che ciò accada, ed anzi si tratta di un fenomeno frequente nella prassi, ma al riguardo sorge un problema non trascurabile, in quanto normalmente si esclude che il riferimento di una corte ad una *propria* decisione passata abbia davvero efficacia di precedente. Bastino al riguardo pochi esempi. Per quanto riguarda la patria del precedente in senso proprio, ossia l'Inghilterra, va ricordato il *Practice Statement* con il quale nel 1966 la *House of Lords* comunicò che da quel momento non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti. In effetti negli anni successivi essa si discostò in pochi casi dai suoi precedenti, ma la negazione dell'autoprecedente era quanto mai chiara. Un altro esempio rilevante è, ancora una volta, quello della Corte Suprema degli Stati Uniti: è costante e normale, infatti, che la corte proceda all'*overruling* dei propri precedenti, tutte le volte che essa ritiene – per le ragioni più diverse – che il precedente debba essere abbandonato.²⁴ Un ulteriore esempio

(24) E' di particolare interesse un'indagine empirica di cui si dà conto in Brenner-Spaeth, *Stare Indecisus. The Alteration of Precedent in the Supreme Court. 1946-1992*, N.Y. 1995, p.10 ss., 29 ss., dalla quale risulta la frequenza con cui la Corte Suprema procede all'*overruling*. Farber e Shelly (*Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009, p.63 ss., 81) danno, occupandosi della giurisprudenza della Corte in materia costituzionale, un'immagine relativamente ottimistica del valore del precedente, secondo la quale parrebbe che l'*overruling* si verifici abbastanza di rado, ma non possono negare la sua esistenza (oltre al fatto che non mancano orientamenti contrari a riconoscere al precedente qualsiasi valore. D'altronde, già nel 1021 Benjamin Nathaniel Cardozo, in una delle sue *Yale Lectures*, diceva che la regola del precedente non andava abbandonata ma doveva essere «in some degree relaxed», e che il precedente non doveva essere seguito quando apparisse incoerente «with the sense of justice or with the social welfare». Egli segnalava inoltre la tendenza della

interessante, infine, è costituito dalla nostra Corte di Cassazione, che in una pronuncia recentissima,²⁵ nega che nel nostro sistema esista lo *stare decisis* (ossia, pare di intendere, il precedente vincolante) ed in particolare nega che la stessa Corte sia tenuta a seguire i propri precedenti, neppure quando si tratti di decisioni pronunciate dalle Sezioni Unite.

2.1. PLURALITÀ DI CORTI SUPREME

Dal precedente verticale e dal precedente orizzontale si discostano altri fenomeni che pure hanno a che fare in vario modo con il precedente, e meritano qualche ulteriore considerazione.

Il primo di questi fenomeni si verifica quando nello stesso ordinamento sono presenti più corti supreme, come ad esempio, nel caso italiano, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato.²⁶ Nulla esclude che le decisioni di queste corti possano avere efficacia per i giudici delle rispettive giurisdizioni, ma se una di esse fa riferimento alla decisione di un'altra corte suprema non si ha certamente un precedente verticale, ma neppure un precedente orizzontale, trattandosi appunto di giurisdizioni distinte.

Situazioni peculiari si verificano, poi, a proposito delle corti costituzionali o –più in generale– della decisione di questioni di costituzionalità. Al riguardo occorre distinguere a seconda che ci si trovi in un sistema in cui il controllo di co-

Corte Suprema, e delle corti superiori di vari Stati, a subordinare «the precedent to justice», e a rovesciare le loro decisioni «when manifestly erroneous» (cfr. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven MDCCLXXI, p.150, 158, 160).

(25) Cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174.

(26) In particolare sul precedente nella giustizia amministrativa v. ampiamente Pesce, *op. cit.*, p. 29 ss., 103 ss., 143 ss., 177 ss.

stituzionalità è *diffuso*, ovvero in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *accentrato* e viene svolto da apposite corti autonome rispetto al sistema giurisdizionale ordinario. Nel primo caso, e ancora una volta l'esempio più immediato è offerto dagli Stati Uniti, la Corte Suprema che occupa il vertice del sistema giurisdizionale è unica, e decide *anche* le questioni di costituzionalità. Peraltro, queste questioni vengono decise anche da tutti gli altri giudici, a partire da quelli di primo grado, con le ordinarie modalità processuali, sicché la Corte Suprema se ne occupa (quando lo ritiene opportuno, come già si è detto) solo come *corte di ultima istanza*. La sua decisione ha naturalmente efficacia diretta nel caso specifico, ma non ha nessun effetto abrogativo, e costituisce soltanto un *normale precedente* (evidentemente verticale) che potrà essere seguito dai giudici successivi.

Se invece, come nel caso italiano, la Corte Costituzionale è autonoma e non fa parte dell'ordinamento giurisdizionale ordinario, la situazione è evidentemente diversa. Non è dubbio, invero, che alle sue decisioni, quale che ne sia lo specifico contenuto (di accoglimento o di rigetto), e al di là della loro specifica efficacia all'interno del procedimento in cui è sorta la questione di legittimità costituzionale, viene solitamente attribuita la capacità di orientare o di determinare le decisioni dei giudici successivi.²⁷ Si può escludere, tuttavia, che si tratti di precedenti in senso proprio: tali decisioni non sono precedenti orizzontali (rispetto alle altre corti su-

(27) In proposito cfr. già Pizzorusso, *Stare decisis e Corte Costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di G. Treves, Torino, 1971, p. 31 ss. (oltre agli altri saggi raccolti nello stesso volume); Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

preme dell'ordinamento, che sono al vertice di giurisdizioni distinte), né autoprecedenti, poiché si esclude pacificamente che una corte costituzionale sia vincolata ai propri precedenti, ma neppure precedenti verticali, poiché non vi sono giudici di rango direttamente subordinato rispetto alla Corte Costituzionale. Tutti i giudici sono vincolati dalle pronunce della Corte che dichiarano l'illegittimità di una norma ordinaria, ma questo è l'effetto tipico di quelle pronunce, non è un effetto di precedente. Si può ulteriormente osservare, in proposito, che la Corte Costituzionale si occupa di norme e di interpretazioni di norme,²⁸ non di fatti e della loro qualificazione, sicché le sue decisioni costituiscono in realtà precedenti soltanto nel senso ampio che si è indicato più sopra. Tutto ciò non impedisce, peraltro, che la Corte Costituzionale partecipi attivamente ad un «gioco di squadra», insieme con le altre giurisdizioni, fondato da un lato sull'«uso giudiziario» della Costituzione che viene fatto dalle corti ordinarie, e dall'altro lato sulla attività con cui la stessa Corte si rende protagonista – con varie modalità – dell'evoluzione generale del sistema giuridico.²⁹

2.2. PRECEDENTI SOVRANAZIONALI

Le considerazioni svolte finora si sono basate sulla premessa che il fenomeno del precedente sorga all'interno di specifici ordinamenti giuridici nazionali. Occorre tuttavia tener conto

(28) V. per tutti Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2005, p. 267 ss.; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 330 ss.

(29) In proposito v. ampiamente, e per numerosi riferimenti, Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, p. 37 ss.

della complessa realtà costituita dall'esistenza di corti sovranazionali di varia natura, e delle conseguenze che possono ricongiungersi alle loro pronunce. Si intuisce facilmente che il tema è troppo ampio e complesso per essere qui affrontato con l'approfondimento che meriterebbe.³⁰ Tuttavia, rimanendo rigorosamente nell'ambito di un discorso sul precedente, vale la pena di fare sintetico riferimento ad almeno due fenomeni di notevole rilevanza.

Il primo di questi fenomeni riguarda gli effetti delle decisioni di corti istituite da convenzioni o trattati internazionali: gli esempi più importanti sono la Corte Europea dei diritti dell'uomo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo istituita con il Patto di San José de Costa Rica, e per molti aspetti anche la Corte di Giustizia della UE e le corti penali internazionali. È noto che le decisioni di queste corti hanno un'efficacia che può definirsi *diretta* in ordine alla specifica controversia che viene decisa e nei confronti degli Stati coinvolti nelle controversie,³¹ ma non è questo ciò che particolarmente interessa in questa sede. L'aspetto rilevante di queste decisioni è che esse costituiscono dei precedenti nei confronti di tutti i giudici degli Stati di volta in volta coinvolti nelle controversie, ma anche nei confronti dei giudici degli Stati che hanno aderito alla rispettiva convenzione o al rispettivo trattato, i quali vengono a configurarsi come appartenenti ad un siste-

(30) In argomento v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 727 ss. Con riferimento al diritto penale cfr. in particolare Manes, *op. cit.*, p. 77 ss., 131 ss.

(31) A proposito delle decisioni della Corte di Giustizia della UE v. per tutti D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 212 ss., 314 ss.

ma giudiziario per certi versi omogeneo (nelle materie regolate da tali convenzioni e trattati).³² In proposito si può probabilmente parlare di precedenti in senso proprio, sia perché essi presentano una dimensione verticale, essendo diretti ai giudici in certo senso «inferiori» appartenenti a quel sistema, sia perché la loro applicazione a casi successivi si fonda solitamente sull'analogia delle situazioni di fatto cui si riferiscono la decisione anteriore e i casi successivi.

Il secondo dei fenomeni che qui meritano di essere richiamati va da qualche tempo sotto il nome di *judicial globalization*. Si tratta della tendenza, che negli ultimi anni ha ricevuto manifestazioni sempre più numerose, a far riferimento a decisioni rese da corti appartenenti ad altri ordinamenti. Esso si manifesta soprattutto al livello delle corti supreme e delle corti costituzionali, che adottano argomentazioni utilizzate da altre corti del medesimo livello, soprattutto in decisioni relative all'interpretazione e alle garanzie dei diritti fondamentali.³³ Si intende facilmente che qui non si è di fronte a

(32) Con riferimento alla Corte Europea dei diritti dell'uomo v. in particolare Zagrebelski, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 61 ss. In generale sui precedenti delle corti europee in materia penale v. Manes, *op. cit.*, p. 28 ss., ed inoltre Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

(33) Cfr. Markesinis, Fedke, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?*, London, 2006; Idd., *Engaging with foreign law*, Oxford-Portland, 2009, p. 134 ss., 159 ss.; Slaughter, *Judicial globalization*, in *Virginia journal of international law*, vol. 40, 1999-2000, p. 1103 ss.; Taruffo, *Globalization, Processes of judicial*, in *Enc. of law & society. American and global perspectives*, a cura di D.D. Clark, Los Angeles a.o., 2007, vol. 2, p. 656; Bahdi, *Globalization of judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts*, in *The George Washington international law review*, vol. 34, 2002-2003, p. 555 ss.

precedenti in senso proprio, né verticali né orizzontali, dato che si tratta di riferimenti a decisioni rese in ordinamenti *diversi*. Tuttavia, non si può disconoscere l'importanza di questo fenomeno, dal quale emerge la tendenza «globalizzante» a far capo a principi comuni (intesi come universali) per creare una giurisprudenza possibilmente costante e coerente nella protezione dei diritti fondamentali.³⁴

3. Che cosa non è un precedente

L'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto viene perseguita con varie tecniche. Alcune si fondano, come si è appena visto, sul precedente, inteso in senso proprio o in senso ampio, mentre altre tecniche non vanno confuse con il precedente (anche se spesso i relativi discorsi sono troppo generici e danno luogo ad equivoci).

Una tecnica peculiare, che sta avendo un certo successo in alcuni ordinamenti, si fonda su enunciazioni formulate da corti o tribunali supremi con il fine di determinare l'interpretazione di disposizioni legislative, eliminando eventuali dubbi che sono sorti o possono sorgere al riguardo. Queste enunciazioni hanno efficacia vincolante per tutti i giudici successivi (e di solito anche per tutti gli organi pubblici) in ogni caso che ricada nel campo di applicazione delle norme interpretate. Non mancano esempi significativi di queste tecniche: un esempio rilevante era costituito dalle *direttive* che veni-

(34) Ciò non toglie che vi siano casi, come quello degli Stati Uniti e quello della Francia, di ordinamenti che non partecipano a questa tendenza, sia pure per ragioni rispettivamente diverse. In proposito v. ampiamente Mar-kesinis, Fedke, *Engaging with foreign law*, cit., p. 187 ss.

vano emanate dalla corte suprema dell'URSS, e che oggi vengono emanate dalla cassazione cubana, e tuttora dalla corte suprema della Federazione Russa.³⁵ Queste direttive non nascono da decisioni relative a casi specifici, ma da decisioni in senso lato «normative», essendo finalizzate a stabilire come vanno interpretate determinate norme. Non pare, quindi, che esse possano essere assimilate a dei precedenti.

Una tecnica sorprendentemente analoga (non risulta, infatti, che il legislatore brasiliano si sia ispirato al modello sovietico) è quella che oggi (dopo una riforma costituzionale del 2004) si fonda sulle *súmulas vinculantes*. Si tratta di massime che il *Supremo Tribunal da Justiça* enuncia, dopo una riunione dei suoi membri che votano al riguardo (con una maggioranza di due terzi), quando si tratta di risolvere contrasti interpretativi sorti nella giurisprudenza dei tribunali inferiori. Esse sono vincolanti per tutti i giudici, ed anche per gli altri organi pubblici. Anche le *súmulas* brasiliane hanno natura di atti in senso lato «normativi», e non vengono enunciate in occasione della decisione di casi specifici. Anche in questo caso, dunque, non sembra appropriato far riferimento al concetto di precedente, neppure in senso molto ampio.³⁶

(35) Cfr. Rudovkas, *Precedente giudiziario come fonte di diritto nell'ordinamento giuridico della Federazione Russa*, in *Casistica e giurisprudenza*, cit., p. 129 ss.

(36) In argomento v. Higashiyama, *Teoria do direito sumular*, in *Rev. de processo*, 2011, p. 74 ss.; Bahia, *As súmulas vinculantes e a Nova Escola da Exegese*, ivi, 2012, p. 362 ss.

4. Efficacia del precedente

Un aspetto molto rilevante del precedente giudiziale riguarda la sua efficacia, ossia la capacità che esso ha di influenzare – o addirittura di determinare – la decisione di casi successivi. Si dice spesso che il precedente ha efficacia *vincolante*,³⁷ ma questa definizione appare impropria, oltre a produrre confusioni con pronunce che non sono precedenti, come quelle esaminate nel par. 4.

In effetti, vi sono varie ragioni per escludere che il precedente, se correttamente inteso, abbia davvero un'efficacia vincolante nei confronti dei giudici dei casi simili successivi.

Una di queste ragioni deriva dalla teoria delle fonti: si può sostenere infatti, ad es. nell'ordinamento italiano, che la Costituzione esclude che i precedenti siano vincolanti, ossia che i giudici abbiano un vero e proprio *obbligo* di seguirli;³⁸ sarebbe anzi incostituzionale una norma ordinaria che mirasse ad introdurre nel nostro diritto la regola del precedente vincolante.³⁹ Ciò non esclude che l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto venga considerata come un valore da perseguire nel nostro ordinamento,⁴⁰ ma ciò non implica affatto che a tal fine si possa o si debba considerare il precedente come vincolante.

(37) Cfr. ad es. Marinoni, *op. cit.*, p. 154, 162 ss.; Pesce, *op. cit.*, p. 153 ss.

(38) V. da ultimo Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174 (v. nt. 24 e ivi nel testo), e cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 480.

(39) Cfr. Guastini, *ibidem*.

(40) Così infatti Cass. civ., s.u., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, ove si afferma, con varia argomentazione, che tale valore dovrebbe essere realizzato soprattutto in materia processuale, poiché in essa sarebbero maggiori gli inconvenienti derivanti da un'eccessiva variabilità della giurisprudenza.

Un altro argomento di rilievo è di carattere comparatistico, e deriva dalla considerazione che il precedente non è davvero vincolante neppure negli ordinamenti che tipicamente si fondano su di esso, ossia l'Inghilterra e gli Stati Uniti. Quanto all'Inghilterra, si è già visto che il giudice dispone di un ampio repertorio di strumenti dei quali può servirsi per discostarsi dal precedente,⁴¹ e il *Practice Statement* del 1966 – di cui si è pure già parlato – vale anche per la *Supreme Court* che da qualche anno ha preso il posto della *House of Lords* al vertice dell'ordinamento giudiziario inglese. Dunque, in sostanza, il giudice inglese disattende il precedente quando ritiene opportuno farlo al fine di giungere ad una decisione più giusta.⁴² Quanto agli Stati Uniti, non solo la Corte Suprema esercita il potere di discostarsi dai suoi precedenti tutte le volte che lo ritiene opportuno, come si è già visto, ma ogni giudice ad ogni livello ha la possibilità di non uniformarsi al precedente quando ritiene che ciò lo condurrebbe ad una decisione ingiusta ed inaccettabile nel caso specifico.⁴³ Nei vari ordinamenti di *civil law*, oltre al nostro, di regola non si attribuisce al precedente alcuna efficacia vincolante, anche se si riconosce che i precedenti possano influenzare le decisioni successive.⁴⁴

È chiaro, peraltro, che negare in linea generale che il precedente abbia efficacia vincolante non significa dire che es-

(41) V. *supra*, nt. 13 e ivi nel testo.

(42) Cfr. Bankowski, MacCormick, Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 325 ss.; Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 716.

(43) Cfr. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 369 ss.

(44) Cfr. i saggi di Alexy–Dreier, Aarnio, Eng e Bergholz–Peczenik, in *Interpreting precedents*, cit., p. 17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

so non ha *nessuna* efficacia. Bisogna invece riconoscere che esso può avere una sua *forza* nei confronti dei giudici successivi. Si tratta, in altri termini, di ammettere che il precedente può *influenzare*, ma non formalmente *determinare* le decisioni di questi giudici. Parlare di forza del precedente significa allora riconoscere che esso ha un'efficacia puramente *persuasiva*,⁴⁵ e quindi considerare che questa efficacia può sussistere in *gradi* molto diversi a seconda di come operano vari fattori, come ad es. la struttura dell'ordinamento giurisdizionale, la funzione svolta dalle varie corti e in particolare dalle corti supreme, l'autorevolezza di queste corti, il pregio delle argomentazioni con cui viene giustificata la decisione del precedente, la corrispondenza di questa decisione con i valori che ispirano l'ordinamento giuridico del luogo e nel momento in cui essa viene presa, la possibilità che essa induca i giudici successivi a prendere decisioni giuste, e così via.

Ne deriva la conseguenza che in linea di massima il giudice successivo non è mai veramente obbligato a sottomettersi al precedente. Piuttosto, egli è obbligato a *giustificare* adeguatamente la sua decisione quando sceglie di *non* uniformarsi al precedente, esprimendo le ragioni per le quali compie questa scelta.⁴⁶ Non si ha quindi un obbligo di applicare il precedente, bensì un obbligo di motivare la decisione nella quale il precedente non viene applicato. È *questo* obbligo che può avere maggiore o minore intensità nei vari ordinamenti, e viene avvertito come più forte nei sistemi in cui vi-

(45) Cfr. in particolare Peczenik, *The binding force of precedent*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 461 ss.; Guastini, *op. ult. cit.*, p. 480.

(46) Cass. civ., s.u., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, condivide questa prospettiva affermando che il giudice che non segue il precedente deve addurre «buone ragioni» per giustificare la sua scelta (ragioni che dovrebbero essere «ottime» in materia processuale).

ge lo *stare decisis*, e nei quali vi sono vere e proprie corti del precedente, mentre viene avvertito in maniera più debole e flessibile nei sistemi nei quali – invece che con precedenti in senso proprio – si ha a che fare con una giurisprudenza che, come accade in Italia, è pletorica, variabile e spesso contraddittoria.

Bisogna peraltro osservare che la *forza persuasiva* di una decisione, ossia la sua capacità di influenzare decisioni successive, può esistere anche a proposito di decisioni che non possono considerarsi precedenti in senso proprio (e forse neppure in senso lato). È possibile d'altronde distinguere, rispetto – appunto – alle decisioni che in qualche modo costituiscono precedenti, altre decisioni che tuttavia possono costituire punti di riferimento per decisioni successive perché possono essere prese ad *esempio per tali* decisioni.⁴⁷ La loro funzione, invero, non è di indicare una regola che dovrebbe essere seguita in altri casi, ma semplicemente di indicare che una certa norma è stata applicata in un certo modo in quel caso. Si possono dare anche esempi *negativi*, ossia decisioni che risultano erranee o infondate, che quindi non dovrebbero essere prese a modello. In tal caso il giudice successivo fa riferimento ad un tipo di decisione che rifiuta come erroneo o ingiusto.

Sintetizzando le situazioni più rilevanti in cui si può parlare di esempi, e non di precedenti, si possono ricordare i casi in cui una corte fa riferimento a decisioni di corti dello stesso livello (come nel caso di più corti supreme del medesimo or-

(47) Su questa distinzione v. più ampiamente Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1998, p. 783 ss.; Id., *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 720 ss.

dinamento, di cui si è fatto cenno in precedenza), o anche casi in cui una corte fa riferimento alla decisione di un giudice di rango inferiore. Peraltro, il caso più rilevante, e per molti versi più interessante, di riferimento ad esempi, è quello della *judicial globalization* di cui pure si è fatto cenno più sopra: è chiaro, infatti, che se la corte suprema di un Paese fa riferimento a una decisione pronunciata da una corte suprema di un altro Paese, ciò non ha nulla a che fare con il precedente. Tuttavia, proprio questo fenomeno rende evidente come vi possano essere esempi che in realtà manifestano una rilevante forza persuasiva su decisioni successive.⁴⁸

5. Universalismo vs particolarismo

Nelle pagine che precedono si è seguita la prospettiva che pare largamente prevalente, secondo la quale l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale, e la funzione principale che si attribuisce alle corti supreme è di assicurare che tale valore venga conseguito attraverso la produzione e la gestione di precedenti che dovrebbero condizionare la decisione dei casi successivi. Si vede facilmente che questa prospettiva è comune a vari ordinamenti, e che essa si fonda – in maniera più o meno esplicita – su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico, e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno vengano risolte nel modo il più possibile unitario. Rimane ai margini dell'orizzonte concettuale che caratterizza questa prospettiva

(48) V. più ampiamente Taruffo, *opp. ult. citt.*

va l'eventualità che all'interno dell'ordinamento vi siano eccezioni e variazioni, e si ammette, ma senza attribuirvi particolare importanza, la possibilità che il sistema si evolva, e quindi si modifichi, nel tempo. Nulla di particolarmente nuovo in tutto ciò: si tratta della immagine di «Un ordinamento giuridico perfettamente omogeneo, unitario, ordinato» che secondo Vittorio Frosini «non esiste che nelle astrazioni dei giuristi formalisti, ma non appartiene al mondo reale dell'esperienza giuridica». ⁴⁹ Se poi si considera il compito che in questa immagine viene assegnato alle corti supreme, emerge anche una dimensione spiccatamente burocratica – e sostanzialmente autoritaria – del funzionamento del sistema. Invero, le corti supreme occupano i vertici delle rispettive piramidi giudiziarie e – come in tutte le strutture burocratiche accentrate – tutto il vero potere si colloca al vertice, e da lì discende condizionando il comportamento dei soggetti (nel nostro caso i giudici) che, essendo collocati ai livelli inferiori, sono subordinati a ciò che dice il vertice. D'altronde, la corte suprema finisce con l'essere più importante dello stesso legislatore: costui produce norme generali ed astratte, ma è la corte che stabilisce il «vero» significato di queste norme e tendenzialmente lo impone a tutti i giudici inferiori.

Questa immagine rappresenta un caso specifico, tuttavia molto importante, di ciò che nella teoria generale del diritto si usa chiamare «universalismo giuridico», ossia la concezione secondo la quale il diritto sarebbe costituito da norme generali ed astratte. Queste norme, inoltre, dovrebbero essere applicate in modo uniforme dai giudici attraverso la «sussunzione» in esse dei singoli casi particolari. ⁵⁰ Peraltro, l'univer-

(49) Cfr. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, 1979, p. 23.

(50) Nell'ampia letteratura in argomento cfr. in particolare Bouvier, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*,

salismo è da tempo oggetto di varie critiche, fondate soprattutto sulla considerazione che la decisione giudiziaria non è mai soltanto il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, dato che la loro interpretazione ed applicazione dipende direttamente dalla complessità del caso specifico che è oggetto di decisione.⁵¹ Basta considerare, in proposito, che di regola sono i fatti sui quali il giudice deve decidere che condizionano e determinano l'interpretazione e l'applicazione delle norme che regolano il caso.⁵² Emergono allora prospettive diverse ed alternative rispetto all'universalismo, che si raccolgono sotto la denominazione comune di «particolarismo giuridico».⁵³ L'idea fondamentale del particolarismo è – appunto – che la decisione giudiziaria deve tener conto soprattutto⁵⁴ delle circostanze specifiche – i c.d. *particulars* – del singolo caso concreto.⁵⁵ Nelle versioni più moderate del particolarismo non si esclude che la decisione tenga comunque

Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 19 ss., 38 ss. Cfr. inoltre Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011; Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011; Sacco, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011.

(51) Cfr. in vario senso gli autori citati nella nota precedente.

(52) In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 123 ss. In una prospettiva analoga cfr. Bin, *op. cit.*, p. 22 ss.

(53) V. soprattutto Bouvier, *op. cit.*, p. 58 ss., 175 ss., 309 ss., 349 ss., ma anche gli scritti cit. nella nt. 48 e Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 200 ss.

(54) In alcune versioni estreme si afferma che il giudice dovrebbe tener conto *soltanto* di queste circostanze, senza riferirsi ad alcuna norma, ma queste versioni sono ovviamente inaccettabili nel contesto di un ordinamento giuridico in cui viga il principio di legalità.

(55) Cfr. soprattutto i saggi raccolti in *The universal and the particular in legal reasoning*, a cura di Z. Bankowski e J. MacLean, Aldershot, 2006.

conto anche delle norme riferibili al caso,⁵⁶ fermo rimanendo che sono soprattutto le circostanze del caso a determinare l'interpretazione delle norme.

Senza estendere ulteriormente in questa sede⁵⁷ l'analisi della visione particolaristica della decisione giudiziaria, vale la pena di sottolineare che da tale visione derivano almeno due conseguenze importanti per il discorso che qui si va svolgendo.

La prima di queste conseguenze è che, nel momento in cui si insiste sul rilievo essenziale che rivestono i fatti in quanto *particulars* del singolo caso concreto ed in quanto fattori determinanti per l'interpretazione e l'applicazione delle norme che il giudice assume come criterio di decisione, emerge una chiara connessione con la concezione originaria e rigorosa del precedente in senso proprio di cui si è detto in precedenza. Se infatti, come si è visto, l'applicazione del precedente da parte del secondo giudice si fonda essenzialmente sull'analogia che costui rileva tra i fatti del caso che deve decidere e i fatti che sono stati oggetto della decisione anteriore, emerge in tutta evidenza che il precedente in senso proprio implica necessariamente l'esame e la considerazione dei *particulars* dei due casi. Per così dire, la concezione originaria del precedente si iscrive a pieno titolo in una prospettiva particolaristica.

La seconda conseguenza rilevante riguarda la maniera in cui si configura la struttura dell'ordinamento giuridico. È facile vedere, infatti, che ci si trova di fronte a due modelli, o

(56) Cfr. ad es. MacCormick, *Particulars and universals*, in *The universal*, cit., p. 3 ss.; Walker, *The burden of universalism*, ivi, p. 53 ss.

(57) In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, cit., p. 42 ss.

paradigmi, divergenti. Da un lato, il paradigma universalistico fa capo ad un modello piramidale in cui è tendenzialmente un solo vertice a «dire il diritto» in modo vincolante per tutti e *once and forever*. In questo modo, inoltre, il diritto viene «detto» enunciando formule ad alto grado di astrazione, senza considerare un cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista la realtà concreta. Il paradigma particolaristico, invece, non implica un sistema piramidale governato rigidamente da corti supreme, e fa invece riferimento ai livelli inferiori dell'amministrazione della giustizia, ossia soprattutto ai giudici di primo grado, poiché sono questi giudici che tipicamente debbono occuparsi dei fatti, e dunque dei *particulars*.

Si tratta dunque di paradigmi divergenti, anche se non necessariamente contraddittori. È ben possibile, infatti, ed è ciò che accade di regola, che essi convivano – sia pure determinando una tensione rilevante⁵⁸ – all'interno dello stesso sistema giuridico.⁵⁹ Da un lato, dunque, vi può essere il paradigma universalistico incentrato sulla formulazione e l'interpretazione di regole generali ed astratte; dall'altro lato vi è il paradigma particolaristico incentrato sulla considerazione dei fatti particolari del caso concreto. Nulla esclude che vi sia qualche correlazione tra i due paradigmi, se si ammette che l'attenzione necessaria per i *particulars* si coniughi con l'individuazione di regole tendenzialmente universali applicabili ad una pluralità di casi. D'altronde, la situazione prevalente in ogni singolo ordinamento giuridico si colloca nello spazio

(58) Palazzo, *op. cit.*, p. 7 ss., parla a questo proposito di «tensione vitale» e di «dinamismo complesso», senza escludere (p. 10) che ciò possa convertirsi in una conflittualità esasperata.

(59) Più ampiamente in proposito v. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 44 s.

esistente tra i due paradigmi, e a seconda dei casi può essere più vicina al paradigma universalistico o al paradigma particolaristico. Ad esempio, si può sostenere che il diritto penale sia più vicino al paradigma particolaristico ma debba tendere verso il paradigma universalistico in vista dell'attuazione di valori universali e della tutela dei diritti umani.⁶⁰ In altre aree dell'ordinamento sembra possibile che il diritto sia relativamente più orientato verso il particolarismo, specialmente quando si tratta di dare adeguata considerazione alle situazioni sociali, culturali ed economiche dei soggetti coinvolti, soprattutto quando questi oggetti sono «deboli» e i loro diritti fondamentali hanno bisogno di essere particolarmente tutelati. Da questo punto di vista possono esservi varie ragioni, giuridiche e metagiuridiche, per interpretare diversamente le stesse norme in situazioni concrete differenti. In ragione di questa possibile varietà di situazioni varia anche la funzione che si assegna al precedente e il modo in cui si determina il grado della sua efficacia: sarà allora maggiore la forza condizionante del precedente se ci si trova in un sistema dominato dal paradigma universalistico, rigorosamente orientato verso il valore dell'uniformità, mentre il paradigma particolaristico implica precedenti più «deboli», dovendo essi riferirsi a realtà fattuali diverse, variabili nel tempo e nello spazio.

(60) In questo senso v. Palazzo, *op. cit.*, p. 11 ss., 17, 24 ss., con una valutazione sostanzialmente negativa del particolarismo penale.

6. Un diverso punto di vista

La considerazione che necessariamente deve essere data al paradigma particolaristico rende evidente che quando ci si riferisce al «diritto» non è possibile limitarsi a ciò che se ne dice da parte di coloro che seguono rigidamente il paradigma universalistico, se non a costo di perdere di vista il «mondo reale dell'esperienza giuridica». ⁶¹ Questo, però, può essere considerato come un primo passo verso una considerazione più realistica di questo «mondo reale» e della natura che il precedente assume in questa «esperienza». Tale considerazione può forse concretizzarsi nell'adozione di un paradigma diverso, che tenga adeguatamente conto del *disordine* che caratterizza l'ordinamento giuridico nella sua complessità. Il tema del disordine dell'ordinamento non è certamente nuovo nella teoria del diritto, ⁶² e si incentra sulla considerazione che il diritto non è costituito solo da norme (e tanto meno solo da un sistema di concetti), ma anche da decisioni, atti amministrativi, contratti, lodi arbitrali, convenzioni e trattati internazionali, e così via, e quindi è irriducibilmente eterogeneo. ⁶³ D'altronde, quand'anche si prendesse solo in considerazione il livello delle norme, ci si troverebbe di fronte a fattori rilevanti di complessità e di disordine. Da un lato, analizzando solo le *fonti* del diritto italiano (e quindi escludendo giurisprudenza, ⁶⁴ atti privati, atti amministrativi e *soft*

(61) Cfr. Frosini, *op. cit.*, *loc. cit.*

(62) Cfr. ad es. Frosini, *op. cit.*, p. 19 ss.; van de Kerkhove, Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, p. 160 ss.; Bin, *op. cit.*

(63) Cfr. van de Kerkhove, Ost, *op. cit.*, p. 49 ss.

(64) Nel senso che i precedenti costituiscano fonti del diritto cfr. invece Pizzorusso, *Fonti del diritto*, 2^a ed., Bologna-Roma, 2011, p. 705 ss., 723 ss.

*law*⁶⁵) si scopre che esse si distinguono in non meno di 19 tipi.⁶⁶ Dall'altro lato, nessuno conosce il numero degli atti legislativi in vigore, e alcune stime danno risultati impressionanti, oscillando dai 40.000 ai 150.000 atti,⁶⁷ sicché – anche qualora si volesse prescindere dai numerosi e talvolta risibili difetti che caratterizzano la produzione normativa in Italia⁶⁸ – pare evidente che ci si trova di fronte ad una situazione di immenso disordine,⁶⁹ in chiaro contrasto con qualsiasi idea di ordine e coerenza. In effetti, se si può ammettere che questa idea sia una valida e condivisibile *aspirazione* in ogni ordinamento giuridico, non si può fare a meno di constatare che nella realtà gli ordinamenti giuridici – e l'Italia è un buon esempio, ma non l'unico – sono dominati dal disordine. Allora, però sembra che la via migliore per affrontare il problema non sia quella di tentare di esorcizzare il disordine del diritto con concetti o paradigmi astratti come quelli offerti dall'universalismo giuridico, quanto quella di pensare a qualche diverso paradigma che consenta di conoscere meglio la realtà.

Tra le varie possibilità, una opzione che pare ragionevole consiste nel far riferimento alle teorie del caos (o dei sistemi complessi).⁷⁰ A parte la loro origine scientifica e matema-

(65) In argomento v. Bin, *op. cit.*, p. 38.

(66) Cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 80 ss., e ivi l'ampia analisi delle diverse fonti (v. p. 271 ss., 307 ss., 414 ss., 494 ss., 549 ss., 587 ss., 615 ss.). Analogamente cfr. l'amplissima analisi di Pizzorusso, *op. cit.*, p. 353 ss., 431 ss., 491 ss., 643 ss., 747 ss.).

(67) Cfr. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 2002, p. 20.

(68) In proposito cfr. Ainis, *op. cit.*, p. 10 ss., 135 ss.

(69) A proposito del mutato sistema delle fonti del diritto penale cfr. in particolare Manes, *op. cit.*, p. 14 ss., 19.

(70) In una prospettiva diversa, ma per molti aspetti condivisibile, cfr. Bin, *op. cit.*, p. 18 ss., 55 ss.

tica,⁷¹ a queste teorie si fa riferimento anche per l'analisi di fenomeni sociali,⁷² dato che sistemi complessi si incontrano in numerose aree della vita sociale, economica, politica e culturale.⁷³ Non è difficile vedere, d'altronde, che il diritto – così come lo si è ora descritto – presenta proprio i caratteri fondamentali di un sistema caotico. Si tratta certamente di un sistema complesso in senso proprio, essendo composto da più parti che interagiscono in vari modi ma comunque in maniera non semplice, e che cambia nel tempo.⁷⁴ Nel suo insieme, il sistema è caratterizzato dalla crescente tendenza al disordine entropico,⁷⁵ ma le teorie del caos concordano nel sottolineare che all'interno del disordine complessivo possono emergere momenti di ordine determinati da vari fattori: in sostanza, il caos non è totale e non investe tutte le aree del sistema, il quale appare piuttosto come un insieme complesso di elementi caotici, e quindi di disordine, e di momenti nei quali cessa il disordine e si creano strutture ordinate. Come è stato detto, dal mare del caos emergono isole di ordine,⁷⁶ sicché l'equilibrio tra ordine e disordine si colloca «*at the edge of the*

(71) Nell'ampia letteratura in argomento cfr. ad es. Smith, *Caos*, trad. it., Torino, 2008.

(72) Cfr. Prigogine, Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, trad. it., Torino, 1999, p.175.

(73) Cfr. Taylor, *The moment of complexity. Emerging network culture*, Chicago-London, 2003, p. 141.

(74) Su questi aspetti cfr. Taylor, *op. cit.*, p. 141 ss., 158.

(75) Cfr. Frosini, *op. cit.*, p. 19. Sull'entropia nel diritto v. in particolare Bin, *op. cit.*, p. 61 ss. Alla formazione del disordine entropico coopera l'imprevedibilità della giustizia e dell'amministrazione, su cui v. Ainis, *op. cit.*, p. 27.

(76) Cfr. Weissert, *Representation and bifurcation: Borges's garden of chaos dynamics*, in *Chaos and order. Complex dynamics in literature and science*, a cura di N.K. Hayles, Chicago-London, 1991, p. 224.

chaos». ⁷⁷ Un aspetto essenziale è che il sistema è dinamico, si muove e si sviluppa secondo la freccia del tempo, e quindi la formazione delle isole di ordine è casuale, mobile, mai definitiva e aperta al cambiamento: ciò determina l'evoluzione del sistema. ⁷⁸ L'idea che nel sistema caotico si verifichino aree di ordine può forse rendere meno preoccupante lo spettro di un sistema in perenne disordine dominato dall'entropia, spettro che spaventa giuristi, giudici e legislatori e li spinge – come si è detto all'inizio – a porre l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto come valore fondamentale dell'ordinamento giuridico, anche se – come pure si è detto – questo valore è, nella migliore delle ipotesi, difficilmente conseguibile. Per esorcizzare questo spettro sarà opportuno accennare brevemente a come isole di «ordine giuridico» possano sorgere all'interno del diritto in continuo disordine.

Le teorie del caos forniscono utili suggerimenti in proposito. Con una terminologia che deriva dall'origine chimico-matematica di queste teorie, le zone di ordine che sorgono dal disordine vengono comunemente definite come *strutture dissipative*. ⁷⁹ Esse nascono essenzialmente da eventi che vengono chiamati *biforcazioni*, e che si verificano quando un elemento del sistema che si muove nel tempo, dovendo optare per due o più alternative possibili, ne adotta una, e conti-

(77) Cfr. Taylor, *op. cit.*, p. 146, 165; analogamente Prigogine, Stengers, *op. cit.*, p. 187.

(78) Per la concezione del disordine come permanente possibilità di nuovi ordini «minori», tra loro collegati o dissociati, o anche accumulati e ridondanti, cfr. Frosini, *op. cit.*, p. 20 ss., 24 ss.

(79) Cfr. ad es. Prigogine, *Le leggi del caos*, trad. it., Bari, 1993, p. 15 ss.; Prigogine, Stengers, *op. cit.*, p. 148; Porush, *Fiction as dissipative structures. Prigogine's theory and postmodernism's roadshow*, in *Chaos and order*, cit., p. 56 ss.

nua a muoversi in quella direzione sino a che si propone una ulteriore biforcazione.⁸⁰ In sostanza, la biforcazione determina un «nuovo punto» di ordine nella fluttuazione del sistema, ed è l'insieme delle biforcazioni a creare, al contempo, la dinamica del sistema e il sorgere di aree di ordine all'interno di questa dinamica.

Senza approfondire oltre questi concetti nell'ambito delle teorie del caos, si può osservare che essi forniscono un utile punto di vista per l'analisi di quel particolare sistema caotico che è il diritto. Più specificamente, le strutture dissipative che si creano per effetto delle biforcazioni corrispondono ai momenti nei quali all'interno del sistema complessivo (caotico e dinamico) si creano delle zone «locali» – e temporanee – di ordine.⁸¹ Ciò può avvenire per varie ragioni, come ad es. l'introduzione di una nuova norma che tende ad essere applicata successivamente, oppure l'abrogazione di una norma, o altri eventi che riguardano questo o quel punto delle fonti del diritto. In questo contesto si può peraltro sottolineare che il precedente corrisponde bene all'idea di una struttura dissipativa: è il frutto di una biforcazione, nel senso che opta per una alternativa tra le varie interpretazioni possibili di una norma, o enuncia una nuova interpretazione, e tende a stabilire un'area di ordine, se e nella misura in cui viene seguito in decisioni successive, ossia in quanto sia in grado di rendere

(80) L'idea della biforcazione era già stata anticipata da Jorge Luis Borges in un racconto del 1941 (cfr. Borges, *Il giardino dei sentieri che si biforcano*, in Id., *Finzioni*, trad. it., Torino, 1955, p.79 ss.), ma viene poi utilizzata dalle teorie del caos per spiegare la dinamica fondamentale dei sistemi. Cfr. Prigogine, *op. cit.*, p. 16 ss., 81; Prigogine, Stengers, *op. cit.*, p. 173 ss., 187; Weissert, *op. cit.*, p. 234 ss.; Porush, *op. cit.*, p. 59; Taylor, *op. cit.*, p. 150; Smith, *op. cit.*, p. 70 ss.

(81) Cfr. Weissert, *op. cit.*, p. 232, ed in senso analogo Frosini, *op. cit.*, p. 19 s.

uniformi queste decisioni. Per così dire: fino a quando dura, e a seconda di quante e quali decisioni successive lo seguono, il precedente crea un'isola di ordine – ossia di *uniformità* – all'interno del disordine complessivo. Questa isola di ordine non è né stabile né eterna, sorge con modalità largamente casuali – dovute alle «fluttuazioni» del sistema⁸² – ed è destinata a venir meno per effetto di biforcazioni successive.⁸³ Tuttavia, e malgrado questi limiti, si tratta pur sempre di un importante fattore di ordine all'interno del caos del diritto.

Se, in conclusione, fosse possibile indicare con una metafora letteraria che cosa sono i precedenti nell'ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo, si potrebbe dire che essi sono *isole nella corrente*. Isole, instabili, provvisorie, limitate nello spazio, e tuttavia rappresentano tutto l'ordine che si può creare in un diritto caotico.

(82) Cfr. Prigogine, Stengers, *op. cit.*, p. 170 ss.

(83) Bin, *op. cit.*, p. 81 ss., sottolinea giustamente come l'efficacia di un precedente, per quanto autorevole esso sia, può benissimo venir meno a causa di una successiva decisione che prende una direzione diversa.



4. Filosofía del Derecho y Derecho Procesal en Michele Taruffo

.....

Rodolfo Luis Vigo

1. Propósito

Para todos aquellos que están alejados del derecho procesal, seguramente les resulta sorprendente la obra de Michele Taruffo por todas las referencias iusfilosóficas que encontrará, y por supuesto que en el caso —como el nuestro— de los que se dedican a ésta disciplina la sorpresa les resultará muy grata. Efectivamente, la teoría procesalista taruffiana está nutrida medularmente por preguntas y respuestas proporcionadas por la filosofía jurídica, y ello también responde a que el profesor de Pavía es un jurista absolutamente consustanciado con el derecho del Estado de Derecho Constitucional y Democrático (EDCD) que Europa construye después de Nuremberg.

Por supuesto que son muchas las tesis de Taruffo que suscribimos plenamente, y nos parece conveniente hacer un señalamiento al respecto. Pero no se nos escapa que el propósito central de estas líneas es poner de relieve críticas o preguntas que brinden la oportunidad al maestro italiano a aclararlas o rechazarlas. Conforme a ese esquema, comenza-

remos indicando algunas de las tesis que avalamos, para continuar con las que nos merecen dudas o interrogantes. Es obvio que tenemos el temor de hacer una lectura interesada, incompleta o prejuiciosa de la rica y abundante obra taruffiana, pero esa prevención podrá ser saldada con la palabra del autor bajo estudio.

2. Tesis que avalamos

Sin afán exhaustivo, subrayemos algunos postulados taruffianos que estimamos importantes, trascendentes y suscribibles, al menos desde nuestra perspectiva iusfilosófica.

2.1. UNA TEORÍA PROCESALISTA NO DESCRIPTIVISTA

Una de las tesis centrales y características del positivismo jurídico (Bulygin, Bobbio) es la tajante separación entre «descripción» y «prescripción», en tanto la pretensión cognoscitiva debe limitarse a describir (cómo son las cosas) y no a introducir prescripciones o valoraciones (cómo nos gustaría que fuesen) dado que ello implicaría una remisión al ámbito de lo irracional. En apoyo de ese deslinde típico del llamado «positivismo metodológico», se invoca un escepticismo axiológico que torna inviable la pretensión de racionalidad o conocimiento en ese campo, por eso Kelsen pudo afirmar que la justicia era un «ideal irracional», y, en consecuencia, quien pretende «conocer» sólo tiene —según la matriz del Círculo de Viena— el camino de los juicios a posteriori o verificables (propios de la física) o el de los juicios apriorísticos o tautológicos (propios de la lógica y las matemáticas), debiendo renunciar a cualquier pretensión cognoscitiva en el terreno de la moral, la ética o los valores en general.

Taruffo ha criticado explícitamente (2002:518) el perfil de un «procesalista tipo» imbuido de una perspectiva «formalista y positivista» que considera que «conocer el derecho» significa «conocer las normas». Confiesa el procesalista italiano que «la tesis de fondo» asumida como válida «es que los juicios de valor pueden ser justificados mediante argumentaciones racionales, o, al menos, razonables» (130), y así considera «posible» y «necesaria» «una concepción racional y no formalista de la prueba y de la verdad judicial» (525). Asume Taruffo un cierto «realismo crítico» o —en términos de Susan Haack— un «innocentrealism» que implica sostener «que el mundo externo existe» y que la verdad «es objetiva, es buena, es un objeto digno de investigación y es digna de ser cultivada por sí misma» (2010:96); sin embargo, el conocimiento de la verdad «es relativo a los argumentos que justifican el convencimiento de la verdad de un enunciado» (99). Por supuesto que el profesor bajo estudio no cuestiona la distinción entre enunciados que describen hechos y juicios de valor, aunque advierte que «pueda resultar difícil de aplicar en la práctica, tanto porque el derecho a menudo define los supuestos de hecho a través de términos valorativos, como porque frecuentemente la gente común no distingue entre hecho y valor» (70). De todas maneras considera Taruffo que los enunciados descriptivos son verdaderos o falsos, de modo que es posible probar su verdad o falsedad; en cambio los enunciados que expresan juicios de valor «pueden ser compartidos y justificados, o criticados y rechazados, pero no es posible probar su verdad o falsedad» (70).

El rechazo taruffiano al descriptivismo implica igualmente rechazo al cientificismo y la promoción de la verdad por su valor político, ético y social. De mil maneras se comprueba una perspectiva gnoseológica jurídica muy variada, que va de

la filosofía al saber concreto y operativo del derecho en aras de procesos y sentencias justas, fruto de un juez activo y director del proceso.

2.2. UNA TEORÍA JURÍDICA NO INSULARISTA

Conocida es la crítica que se le ha formulado a las posiciones iuspositivistas por **pretender hacer** teorías en las que se **pretende conocer** el derecho apartando cualquier otra dimensión que no sea estrictamente jurídica o normativa. Quizás sea Kelsen uno de los que llevó con mayor ortodoxia hasta sus últimas consecuencias ese modelo «insularista» —como lo llamó Nino— de hacer teoría. En el marco del EDCD resulta evidente que un jurista interesado en los derechos humanos necesariamente tiene que asumir las diversas dimensiones de la vida social, pues sólo con esa referencia reductivamente normativista no podrá comprender y operar con aquellos.

Muy lejos de esa matriz jurídicista está la teoría procesalista de Taruffo, en donde es frecuente encontrar explicaciones acerca del origen, funcionamiento o permanencia de ciertas instituciones jurídicas apelando al contexto social, político, económico o cultural. Una prueba de lo señalado nos parece que puede ser el primer capítulo del libro *Simplemente la verdad* que lleva como título «...1215...», y este año está escogido por el profesor de Pavía porque en él se producen tres hechos que permiten explicar una evolución muy significativa en la historia de los sistemas probatorios del *civil law* y del *commonlaw*, se trata de: 1) la prohibición decretada en la Universidad de París por el Cardenal Robert de Courcon de leer y enseñar la Física y la Metafísica de Aristóteles, y las discusiones que se suscitan sobre la obra del Estagirita; 2) la concesión en Londres del rey Juan, forzado por sus barones, a conceder la Magna Charta Libertatum, o sea la primera gran

constitución europea; y 3) la prohibición dispuesta por el Papa Inocencio III y el Concilio IV de Letrán de la práctica de las ordalías como medio para determinar si una parte debía ganar o perder una controversia judicial.

Sin tapujos, Taruffo aclara que tiende a concebir al derecho y, en particular, al derecho procesal, «como un fenómeno social que se inserta en el contexto más general de la sociedad (hoy: en la sociedad globalizada) (...) la ciencia jurídica se integra en las ciencias sociales y directamente vinculada con las otras ciencias de la sociedad, como la sociología, la antropología, la historia y la filosofía» (2002:517). Incluso, algunos vicios de la más extendida visión de los procesalistas, como el olvido de los hechos, tienen que ver con esa convicción de que el jurista «debe ocuparse sólo de lo que es jurídico, entendiéndose por jurídico, en sentido tradicionalmente positivista sólo aquello que está directamente regulado por normas jurídicas (...) Esta cultura jurídica, centrada de forma tendencialmente exclusiva en los fenómenos normativos, olvida muchas otras dimensiones que, en cambio, resultan necesarias para la propia comprensión de esos fenómenos, desde la sociología hasta la historia, desde la economía hasta la lógica» (523).

2.3. EL DERECHO HUMANO A LA JURISDICCIÓN

La filosofía imperante en Europa continental durante el siglo XIX era centralmente individualista, liberal y patrimonialista, de ahí que el proceso judicial se visualizaba como un mero instrumento destinado a proteger los derechos subjetivos sustantivos, destacándose entre estos —a tenor de la estructura creada por el Código Civil francés— el derecho de propiedad. Los tribunales estaban pensados para cumplir una función residual en un Estado que debía limitarse a lo míni-

mo necesario como para no perturbar la mano invisible e infalible del mercado y la competencia entre la oferta y la demanda. Más allá del avance que implicó la doctrina alemana de los derechos públicos subjetivos, en tanto supone afirmar el deber del Estado ante el derecho del ciudadano a protegerlo mediante su intervención pública, lo cierto es —sostiene Taruffo— que el giro definitivo y contundente se producirá en la segunda mitad del siglo xx cuando se reconoce en las constituciones como una de las garantías fundamentales al derecho a buscar la protección judicial de los derechos.

El EDCD supone la constitucionalización del derecho a la justicia efectiva; lo que genera una abundante doctrina y jurisprudencia constitucional que le va dotando al mismo de una amplitud, exhaustividad y relevancia absolutamente inédita. Pues se trata no sólo de acceder al proceso contando con una idónea asistencia letrada y sin padecer perturbadoras diferencias culturales, económicas o culturales, sino que el proceso se desenvuelva en el marco de una razonable igualdad entre las partes. La protección judicial efectiva, además de transitar por los derechos individuales tradicionales, debe extenderse a los nuevos derechos (como por ejemplo de los consumidores o al medio ambiente) que son definidos como intereses o derechos colectivos, difusos, fragmentados y supraindividuales.

La existencia real de un Estado de Derecho constitucional queda condicionada en buena medida a las posibilidades que el ciudadano común tenga de ejercer el derecho al acceso a la justicia. Más aún, este derecho y muchas de las garantías procesales adquieren el estatus de derecho humano al introducirse en los tratados respectivos que los estados van suscribiendo a partir de 1948. Por supuesto que esa centralidad del servicio de justicia en los estados constitucionales y de-

mocráticos contemporáneos pone en el centro de la escena a los jueces, y, consiguientemente, se generan importantes reformas en orden a la selección y nombramiento de los mismos, de la definición de estatus del juez, responsabilidades judiciales, etc. El rol del juez queda definitivamente alterado respecto del perfil delineado en el XIX como «la boca **inamidata** de la ley» y se le reclama «gestionar activamente —y no sólo de controlar permaneciendo pasivo— el desarrollo del proceso» (Taruffo, 2002:90).

A la luz de la obra de Taruffo queda claro la relevancia del derecho procesal y de la posibilidad de reclamar ante un juez para que se respeten los derechos. Una de sus firmes convicciones es la función política y económica que prestan las garantías procesales en tanto «representan un aspecto esencial de la naturaleza democrática del Estado, y marcan la contraposición de la concepción democrática del ordenamiento jurídico respecto de los regímenes autoritarios o totalitarios» y también cumplen aquellas «una condición necesaria para el buen funcionamiento de la economía» (66).

2.4. EL VALOR DE LA VERDAD

Es notable el esfuerzo permanente y renovado del profesor de Pavía por defender «la verdad como condición de la justicia». A la hora de escoger una teoría de la verdad Taruffo apea a la «teoría semántica de la verdad» de Tarski y su teoría de la «correspondencia»; en definitiva, se trata de decir y probar lo que las cosas son y no son. Ello implica contradecir a nombres importantes de variadas escuelas como J.Frank, Kelsen, Rorty, Derrida, Luhmann, MacCormick, Habermas, Rawls, los Critical Legal Studies, etc., más allá de sus perspectivas particulares: a) a los que consideran imposible alcanzar la verdad (veriphofics o deniers de la verdad de distinto cuño an-

tirealistas, linguistics, sociologists, psychologists, etc.); b) a los que sostienen que el proceso no está para buscar la verdad sino para resolver el conflicto; c) a los que afirman que el proceso carece de los medios como para alcanzar la verdad; d) a los que piensan en la irrelevancia de la verdad y apuestan por la persuasión o el consenso; e) a los que confían que el procedimiento legitima la corrección de la solución; f) a los asociados al «viejo liberalismo procesal» que piensan que el proceso está sometido a la libre y autónoma iniciativa de las partes; etcétera.

Rechaza Taruffo la invocada distinción entre verdad formal o procesal y la verdad real o material, afirmando que la verdad es una. También ataca por falaz la separación entre verdad absoluta y verdad relativa, en tanto toda verdad es relativa al proceso y a los métodos de conocimiento (opta por la probabilidad lógica o baconiana y rechaza la probabilidad pascaliana o cuantitativa), aunque rechaza hablar de «verosimilitud» o «probabilidad» como si fuera una verdad debilitada, pues la verdad existe y en todo caso es «objetiva», por lo que corresponde establecerla sobre la base de las pruebas disponibles. De ahí la responsabilidad del juez en asumir un papel directivo en el proceso civil en orden a conocer la verdad, rechazando por «eslóganes polémicos carentes de valor científico» a «ecuaciones del tipo “poderes de instrucción del juez=régimen autoritario” y “juez pasivo=régimen liberal”» (2008:164). Es que el proceso es entendido como «una empresa epistemológica», y su fin no es ejecutar la ley sino la justicia, por eso la prueba tiene una naturaleza epistemológica y no persuasiva o narrativa. En ese marco teórico se comprende que no haya espacio para la «verdad negociada»: «La verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los

acontecimientos del mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes (...) la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí» (245). En este conocimiento de la verdad hay un creciente papel para la prueba científica, pero aquí procede la advertencia de Taruffo en torno a la «buena» y a la «mala» ciencia, que incluye la remisión a la distinción entre ciencias duras, blandas o humanas, pseudo ciencias y ciencias basuras.

Taruffo suscribe que asistimos a un «retorno de la verdad» luego de la «embriaguez posmoderna» y de los *deconstructionist vortex* que promovieron dejarla de lado junto a otras *grandnarratives* (Lyotard) (2010:89). El profesor de Pavía no duda en afirmar «el valor social de la verdad» (109): a) moral (en cuanto lo exige la integridad intelectual del hombre y la sinceridad y confianza en la que deberían basarse las relaciones interpersonales; b) político (el poder democrático debe basarse en un pacto de verdad y no mentira); c) epistemológico (no habría sino podríamos distinguir entre conocimiento verdadero y falso); y d) valor jurídico (la verdad es condición esencial de un acto o una declaración), aquí también valor procesal en tanto ella es condición necesaria de la justicia.

2.5. LA CONFIANZA EN LA RAZÓN ARGUMENTATIVA

Taruffo se define a sí mismo como un optimista racionalista en el plano metodológico (2002:168), aunque precisa que

pueden existir concepciones «fuertes» de la racionalidad, como las que se explican en la lógica formal y algunas veces en la ciencia empírica, y concepciones «débiles» de la racionalidad como razonabilidad, como las que se encuentran en las llamadas ciencias humanas y, en particular, en el ámbito de la moderna teoría

del razonamiento jurídico. Es más, precisamente en esa teoría el uso de concepciones menos rigurosas de la racionalidad permite recuperar el valor de la argumentación racional; el uso de concepciones fuertes, en cambio, mostraría su inaplicabilidad al razonamiento jurídico, con la consecuencia de que éste quedaría relegado al ámbito de la irracionalidad.(422)

Explicitando Taruffo su adhesión a la racionalidad en la decisión judicial se apoya en la matriz de la «ideología legal-racional» de Jerzy Wroblewski, y se hace cargo de la distinción entre «justificación interna» y «justificación externa» de la decisión (522), la primera remite a la lógica de la subsunción del hecho dentro de la norma, y la segunda «tiene que ver con la elección de las premisas de hecho y de Derecho de cuya conexión se deriva lógicamente la decisión final, y presenta problemas particularmente relevantes desde el punto de vista de la completitud de la motivación» (523). Frente a la objeción del riesgo de un regreso al infinito en la justificación externa, Taruffo la rechaza dado que para ella es suficiente que «se sustente en puntos de partida con respecto a los cuales haya un adecuado consenso general y difundido en la cultura jurídica y en la no jurídica».

El proceso —escribe Taruffo— es un lugar en el que la dialéctica ocupa amplios espacios y constituye un factor dinámico (...) Las principales dimensiones dialéctica del proceso y de la decisión son dos. La primera tiene que ver con la dialéctica de las relaciones entre las partes, es decir, con lo que los procesalistas llaman “contradictorio”. La segunda tiene que ver con la formación de la decisión judicial en su momento fundamental, que es la relación entre hecho y norma. (404)

El contradictorio está conectado a la «racionalidad procesal» de la que habla Habermas y ella asegura la posibilidad de una «mejor» decisión. En cuanto a la relación entre hecho y norma recurre Taruffo a la metáfora de Engisch —del ir y venir entre hecho y norma— y explícitamente al círculo hermenéutico, pues en definitiva se trata de un «procedimiento dialéctico de ensayo y error que implica la confrontación, la verificación y el control de hipótesis» (405). La sentencia judicial estará justificada en la medida que apele a «buenas razones» que la tornen aceptable racionalmente:» Los argumentos justificativos deben ser reconocidos como válidos y convincentes. En efecto, es necesario que enuncien buenas razones para considerar que la decisión está racionalmente fundamentada» (408).

2.6. UNA TEORÍA NO POSITIVISTA

Pensamos que a la luz de las tesis identificadas, y sin perjuicio de las observaciones del punto siguiente, no hay mucho espacio para adscribir a Taruffo a teorías positivistas. Pues en su teoría la visión del debido proceso incluye un proceso justo y decisiones justas, de manera que podemos concluir que no cualquier contenido puede ser derecho, o que hay algunas exigencias que necesariamente deben ser derecho. También comprobamos que en aquella hay un fuerte componente prescriptivo o regulativo sustentado en valores o axiología, y finalmente, hay rechazo de los escepticismos éticos, admitiendo y confiando en la razón en ese terreno.

El mismo profesor de Pavía se ha encargado de deslindarse del «positivismo jurídico tradicional» (2002:518) y de las concepciones formalistas, logicistas, lingüísticas o críticas de la decisión judicial. Somos conscientes que no estamos juzgando a un filósofo del derecho, sino a un procesalista, por

ende, sus aproximaciones a nuestra disciplina son en la medida que requieren respuestas a problemas que se le suscitan en su materia. Sin embargo, ya hemos destacado el fuerte componente iusfilosófico de su perspectiva, y ello se explica no por un mero gusto personal sino por una necesidad cognoscitiva. Ha denunciado Taruffo tanto a los filósofos del derecho que no se han ocupado del derecho, como a los juristas que han tenido que construirse por sí solos una filosofía que requería su trabajo académico.

3. Tesis que nos suscitan interrogantes

Con las salvedades ya formuladas, nos proponemos a continuación precisar algunas dudas que nos provoca la lectura de la interesantísima obra taruffiana, aunque cabe insistir en que nuestra lectura es parcial y seguramente sesgada por la filosofía jurídica a la que adherimos.

3.1. ¿LA RAZÓN Y LA VERDAD PRÁCTICA?

No caben dudas de que Taruffo rechaza posiciones escépticas en materia axiológica, e incluso es un defensor de la justicia objetivamente entendida y definida en el ámbito de la argumentación justificatoria. Sin embargo, advertimos que la noción de verdad a la que apela como «correspondencia» se aplica a la verdad teórica o especulativa, pero no se traslada automáticamente a la verdad práctica, pues es evidente que en la conducta justa o buena a realizarse no puede haber estrictamente «correspondencia», por ende, apreciamos que se tornan necesarias más precisiones sobre la misma. En particular, en estos tiempos de «rehabilitación de la razón práctica», los dos caminos más transitados para postularla acuden

a Kant y a Aristóteles, sin embargo no conocemos cuál es la opción que hace al respecto Taruffo.

Advirtamos que la razón práctica tiene una dimensión sustancial y otra procedimental, mientras que aquella se ocupa de contenidos o exigencias concretas referidas a conductas, la otra define métodos o caminos apropiados para identificar a la verdad práctica. Un autor del «realismo jurídico clásico» que claramente postula a ambas dimensiones es J. Finnis, pues por un lado define los bienes humanos básicos que coincidirán con el campo de la razón práctica sustancial, pero por otro aparece el método del derecho natural con sus nuevas exigencias cuya satisfacción permite delinear morales racionales. También en el último Alexy no sólo encontramos avalada la razón práctica dialógica, sino se defiende algún límite sustancial para la misma que podría coincidir con la fórmula de Radbruch: «la injusticia extrema no es derecho». Precisamente en Taruffo hay una clara defensa de la razón práctica dialógica o dialéctica, pero no hay definiciones suficientes sobre aquello que se constituye en un límite sustancial indisponible para la misma.

En ese terreno de la razón práctica, recordemos que Taruffo defiende una verdad objetiva, pero rechaza una verdad absoluta que solo podría avalarse desde la metafísica o la religión. La defensa de la verdad relativa supone que

no existe una definición absoluta y general de lo que puede ser un argumento válido y convincente, o de lo que puede constituir una buena razón para aceptar una decisión. No hay nada más cultura-landen que la concepción de lo que constituye un buen argumento para sustentar una decisión judicial, y no hay nada que se haga más variable a partir de la variabilidad de los ordenamientos y de las épocas históricas...No hay nada de sorprendente, por

otra parte, en el hecho de que la cultura jurídica represente el marco de referencia necesario para las argumentaciones justificativas de los jueces. (2002:408)

En definitiva, y más allá del rechazo de Taruffo al consensualismo, la moral o la axiología que defiende remite a la moral intersubjetiva o relativa a cada sociedad. ¿No hay moral racional desde la cual juzgar a esas morales relativas y concluir que ellas incluyen mandatos insostenibles desde la justicia o la moral racional? **Qué** sostener frente a prácticas jurídicas consuetudinarias discriminatorias de la mujer impidiéndoles ser candidatas a puestos electivos, o cuando un pueblo defiende dictaduras o cuando una sociedad defiende moralmente a las castas. Recordemos que algunos de los autores en los que se apoya Taruffo, pensamos por ejemplo en Wróblewski, nos parece que no compartía por una eventual razón práctica objetiva.

3.2. ¿EL FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Hemos destacado positivamente el discurso taruffiano a favor del derecho humano a la tutela judicial efectiva, pero nos gustaría contar con más precisiones en orden a la fundamentación. En ese punto es interesante la reivindicación que ha hecho Alexy en materia de metafísica, sosteniendo que sin ella no es posible postular con seriedad a los derechos humanos. Por supuesto que es una metafísica diferente de la clásica aristotélica-tomista dado su apoyo en Kant, de todas maneras desde ella se defiende la universalidad de los derechos humanos. Precisamente en este punto de la universalidad e inalienabilidad de los derechos humanos, reiteremos lo señalado en el punto anterior, en donde Taruffo pareciera asimilar la razonabilidad o las «buenas razones» a los valores de la cultura jurídica históricamente dada.

Si los derechos humanos valen porque hoy aparecen consagrados en las constituciones y los tratados internacionales, se tratará de un valor muy débil sujeto a que dejen de valer si aparecen nuevos tratados. El riesgo de un nuevo iuspositivismo ideológico (Aguiló) es evidente, sobre todo en estos tiempos de «derecho penal del enemigo» y en donde se debilitan los derechos humanos con el argumento de la seguridad o el interés nacional. Desgraciadamente, siempre habrá juristas dispuestos a redactar la constitución que le pidan los dictadores de turno. Por eso, si los derechos humanos valen aunque el gobierno o el pueblo diga que no valen, su violación supondrá siempre un «riesgo» —como lo reconoce Alexy— para aquellos que sancionen o apliquen un «derecho injusto extremadamente» dado que se exponen al reproche jurídico penal respectivo.

Explicitando algún interrogante puntual: los derechos humanos se asimilan a derechos fundamentales, o aquellos deben ser positivizados o constitucionalizados si se pretende —como advierte Alexy— una constitución legítima. Los derechos humanos se crean o simplemente se reconocen, resultando operativos aunque no estén consagrados autoritativamente. Son aquellos inalienables tanto por la voluntad individual como la voluntad general. En este punto puede proceder lo que afirma Javier Hervada en el sentido que los Tratados de Derechos Humanos están redactados en una terminología típicamente iusnaturalista.

3.3. ¿LOS PRINCIPIOS Y SU PONDERACIÓN?

Aunque encontramos muchas referencias en Taruffo al principio de legalidad y a que la decisión judicial se deriva de una norma, nos parece que su explícito rechazo a los deductivismos y a los formalismos legalistas, como la defensa de

un juez director del proceso, lo cubren suficientemente de una visión decimonónica o voluntarista del juez. Incluso, en algún artículo referido específicamente a la jurisdicción en Ferrajoli se encarga de subrayar que el juez debe ejercer un cierto poder creativo frente a «la inercia culpable de los legisladores sustanciales» (2002:27). Podemos sumar aquí los estudios taruffianos sobre el precedente, en donde destaca perplejidades y dudas, además de reconocer la ausencia de una teoría general del precedente.

Más allá de referencias implícitas, no conocemos la opinión de Taruffo en torno a las visiones principialistas del derecho, en la línea de autores como Alexy o Dworkin, quienes asimilan los derechos humanos a los principios y permiten superar los inconvenientes inexorables que conllevan las normas: indeterminación lingüística, contradicciones, lagunas o soluciones absurdas. Pero sobre todo, los principios impiden una aplicación silogística a un caso, y para ello se han elaborado teorías en torno a la ponderación de los mismos, posibilitando que como fruto de la misma se determine racionalmente un enunciado normativo jurídico general judicial que se constituya en la premisa mayor del silogismo respectivo que permita resolver un caso concreto.

Después de la década del 70 resulta muy difícil no afrontar el tema de los principios y de la ponderación, sea para avalarlos o sea para rechazarlos, pues entre estos últimos recordemos a Ferrajoli tomando distancia con los neoconstitucionalistas principialistas o argumentativistas por su filiación iusnaturalista o cuasi-iusnaturalista.

3.4. ¿LA RETÓRICA?

Aun cuando Taruffo formula alguna concesión a la retórica entendida como «el uso de argumentaciones “razonables”,

identificables y controlables, aunque no sean deductivas o demostrativas» (2002:403), cabe concluir un reiterado rechazo a la misma en tanto ciencia y arte de la persuasión, ya se trate de la vieja retórica aristotélica o de la nueva de Perelman. Luego de admitir que en Grecia y en Roma «existía una concepción retórica de la prueba como argumentación dirigida a persuadir al juez» (2002:351) y rechazar que el sistema del *commonlaw* esté «basado en una concepción retórica–argumentativa de la prueba» (354), concluye que

en la concepción retórica de la prueba se reproduce, acentuado, el vicio de la concepción retórica de la racionalidad consistente en la incapacidad de distinguir entre argumentaciones eficaces y argumentaciones válidas: del mismo no se distingue entre pruebas persuasivas y pruebas capaces de dar un fundamento racional al juicio de hecho. (355)

Insiste Taruffo de mil maneras: «La motivación de la sentencia no tiene una función persuasiva» (2010:232); «al motivar, el juez no debe persuadir a nadie» (69).

Invocando la autoridad de Aristóteles, recordemos que hay razonamientos apodícticos o necesarios que parten de premisas verdades o evidentes que no requieren de la retórica, pero ésta se necesita cuando las premisas son plausibles, verosímiles o probables, por eso reclamaba el Estagirita que acudan a ella los que promueven y defienden la verdad y la justicia. Desde esa matriz no es que el juez en todas sus premisas debe requerir el auxilio de la retórica, pues en aquellas necesarias o que se han podido demostrar se puede prescindir de las mismas, pero en las discutibles es importante auxiliarse por razones no sólo justificadas sino también persuasivamente esgrimidas. Me parece al respecto oportuno traer a

colación el libro conocido de Antonin Scalia y Bryana A. Garner *Making Your Case (The Art of Persuading Judges)* que incluye al comienzo de Dionisio de Halicarnaso la siguiente cita: «*No rules in the handbooks are capable in themselves of making brilliant performances out of those who intend to dispense with practice and exercise*».

En síntesis somos de la opinión que el juez además de dar «buenas razones» debe formularlas persuasivamente, y en este punto, resultan imprescindibles las enseñanzas de la **re-teórica**. El mismo Kalinowski ha reconocido la presencia de tres elementos en el razonamiento judicial: a) la lógica que regula todo razonamiento; b) los elementos dogmáticos impuestos por el derecho a través de ficciones, presunciones, etc.; y c) la paralógica o retórica.

La retórica no se necesitará cuando se ha logrado probar una premisa, pero es auspiciable cuando se trata de premisas plausibles y que carecen de evidencia.

3.5. ¿LA RELEVANCIA DE LA ÉTICA Y LA PRUDENCIA DEL JUEZ?

Encontramos en la obra taruffiana apelaciones directas a la ética del juez. Así, frente al problema de la legitimación de los jueces concluye que debe «plantearse no en el plano de la legitimación política de tipo electoral, sino en el de la actuación efectiva de las garantías de independencia e imparcialidad de la magistratura» (2002:29); y también aduce que si «se piensa en un “buen” juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay ninguna razón para temer que se convierta en parcial, e incapaz para valorar la prueba, por el solo hecho de que haya sido él quién ordenó o sugirió su realización» (2002:183). Incluso agreguemos (casi con agradecimiento por la cita dado que tuvimos con M. Atienza la responsabilidad directa de su redacción) que invo-

ca al Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial en su referencia al principio ético de la imparcialidad (2010:138), reclamándole al juez que no solo sea imparcial sino que parezca como tal (2002:53).

De todas maneras, y más allá de ese reconocimiento a la ética del juez, nos gustaría que el profesor de Pavía nos explicite directamente su convicción ética, en el sentido si se suscribe una ética cognitivista y objetiva, cuya universalidad no compromete eventuales adaptaciones a tiempo y espacio. Pues es obvio que según la ética a la que se adhiera, resultará en coherencia una cierta ética aplicada, como la judicial. Así, desde una ética radicalmente intersubjetiva puede llegar a justificarse una ética judicial basada en la superioridad de la raza o de los creyentes de una religión determinada.

Por otro lado, pero siguiendo en la ética judicial, no constatamos en la obra de Taruffo consultada apelaciones a la prudencia, más bien intuimos cierta resistencia a esa clásica virtud que posibilitó el nombre de la «*iuris-prudentia*» (2010:230). Reconocer la prudencia en clave aristotélica supone no quedarnos en el saber universal o general, ni tampoco en sólo en el conocimiento de los casos, pues ella cumple la función de ser puente entre aquellas verdades y su concreción en los casos, de ahí su conexión con la equidad en tanto justicia del caso que excepciona la aplicación de la regla cuya justicia falla en el mismo. Pero también la prudencia es algo ligado íntimamente a la experiencia, por eso Aristóteles enseña que puede encontrarse un joven brillante en matemáticas, pero será muy difícil encontrar un joven brillante en prudencia. Quizás el optimismo racionalista de Taruffo le haga desconfiar —como al mismo Kant— de ese saber adquirido por la experiencia y la memoria.

3.6. ¿CUAL NO-POSITIVISMO JURÍDICO?

Más allá de las razones contingentes o históricas que llevan a Atienza y Ruiz Manero a rechazar a los diferentes iuspositivismos (incluyente, excluyente o ético) dado su inviabilidad como para poder explicar y operar el derecho de los EDCD, en nuestra opinión, dado que existe una conexión necesaria y esencial entre derecho y moral, y por ello, el concepto de derecho que resulta más suficientemente explicativo del derecho, es uno no-positivista. Al margen de la simplificación de Alexy, coincidimos en que después de dos mil años sigue habiendo dos conceptos: el positivista y el no-positivista, según se afirme o se niegue la necesidad conceptual de aquella conexión. En la referida matriz, parece claro que la filosofía jurídica de Taruffo no es positivista «excluyente», tampoco pareciera optar por una perspectiva «ética», pero tenemos duda de si en definitiva es «incluyente». Es que su explícito rechazo a las visiones positivistas va acompañado de alguna adjetivación: tradicional, superficial, vetero-positivista, formalista, etc.; y si bien invoca autores que respaldarían una opción iusfilosófica no positivista (por ejemplo Gadamer), también hay autores que permiten no alejarlo del positivismo. En la presente duda es oportuno reiterar nuestro justificativo de que contamos con una lectura muy parcial de la obra de Taruffo.

Conclusión

Tenemos la impresión de que con las tesis identificadas — las suscribibles y las discutibles— queda acreditada la profundidad y seriedad del procesalismo académico que practica el profesor de Pavía. Más aún, se trata de un derecho pro-

cesal absolutamente funcional a los tiempos presentes del EDCD, en donde pueden constatarse muchas de las características que ofrece en general ese actual derecho. Así también, Taruffo es plenamente consciente de la necesidad de contar con algunas respuestas iusfilosóficas referidas directamente al «derecho» antes de ver su manifestación procesal. Seguramente este método lo aleja de los riesgos de errores que él mismo denuncia, y esperamos que con las aclaraciones reclamadas confirmemos —al menos para nosotros— que estamos frente a uno de los procesalistas más importantes de los últimos tiempos.

5. La «Verdad» en Michele Taruffo en Michele Taruffo

.....

Rodolfo Luis Vigo

El derecho procesal que académicamente nos propone Michele Taruffo es plenamente funcional a estos tiempos del Estado de Derecho Constitucional; por eso, se confirma de mil maneras la riqueza iusfilosófica que reviste su obra. Es que como el mismo profesor de Pavía confiesa, la filosofía jurídica es imprescindible para afrontar con seriedad, profundidad y coherencia una teoría jurídica vinculada a una rama cualquiera del derecho; de ahí también su denuncia a los filósofos del derecho que dan la espalda al derecho positivo, como a los procesalistas que procuran «crear» una filosofía del derecho a su medida pero con deficiente o insuficiente base rigurosa. Nos interesa en esta oportunidad subrayar las consideraciones taruffianas sobre este comprometedor y trascendente tema de la verdad, y a esos fines iremos destacando algunas tesis recogidas en las enseñanzas del procesalista bajo estudio.

1. La verdad es necesaria

Una sentencia judicial apoyada en una premisa fáctica errónea es injusta; pues, es obvio, que si el juez aprecia como verdadero cierto enunciado fáctico que en la realidad es falso, por más que haga un destacado esfuerzo de fundamentación, ello resultará irrelevante o estéril. De ese modo, la fórmula taruffiana que «la verdad es condición de la justicia» adquiere toda su fuerza, importancia y actualidad. Si un juez se preocupa por ser justo, primero tendrá que ocuparse por saber cómo sucedieron los hechos implicados en el proceso.

2. Teoría semántica de la verdad

Taruffo no duda en adoptar la teoría semántica de la verdad según la formulación de Tarski, también llamada teoría de la correspondencia, y que se remonta a Aristóteles; según ella la verdad es decir lo que son las cosas y lo que no son, por eso «el contenido de la decisión es verdadera cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial».

3. La verdad es una y objetiva

Sin perjuicio de la objetividad de la verdad, Taruffo desecha algunas distinciones a las que se necesita clarificar porque confunden o resultan falaces e inútiles: 1) Verdad formal o procesal y verdad real o material: sostener que hay dos verdades, pues violenta la lógica afirmar que un hecho ocurrió

de determinada manera, y al mismo tiempo predicar que ha ocurrido de otra manera; 2) Verdad absoluta y verdad relativa: rechaza el profesor de Pavía la posibilidad de verdades absolutas, por lo que destaca que la verdad siempre es relativa a contextos, procesos y métodos de conocimientos; 3) Una absoluta y tajante distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* es irreal, de ahí también la crisis que padece el recurso de casación fruto del iluminismo francés codificador; 4) Verdad, probabilidad y verosimilitud: entendida la probabilidad como una verdad debilitada es insostenible, dado que la verdad de un enunciado depende de la realidad si coinciden, mientras que la probabilidad está en función de la justificación que se atribuye a un enunciado sobre la base de elementos cognoscitivos disponibles, pero la verosimilitud es lo que corresponde con la normalidad de un cierto tipo de conductas o de acontecimientos; 5) Verdad y certeza: la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos, mientras que la certeza es un estado subjetivo o psicológico de quien habla que corresponde a la intensidad del convencimiento del sujeto.

4. La verdad es posible

El proceso es, de algún modo, una empresa epistemológica que tiene por fin a la justicia, y por ello se requiere conocer la verdad. De ese modo, Taruffo considera que el proceso no está para conseguir la paz, resolver conflictos, ejecutar la ley, lograr relatos coherentes y persuasivos, ni se pone a disposición plena de las partes, sino que debe ser dirigido por el juez en orden a procurar que cada uno se quede con lo que le corresponde, y a esos fines la prueba tiene un propósito epis-

temológico y por medio de ella es posible conocer cómo ocurrieron los hechos.

5. Los enemigos de la verdad

Taruffo constata un «retorno a la verdad» luego de haberse superado la «embriaguez posmoderna» y el *deconstructionist vortex*, y se ha encargado con firmeza de denunciar a los *veriphobics* y a los *deniers* de la verdad entre los que incluye a irracionalistas, escépticos, idealistas, relativistas, partidarios del *linguistic turn*, sociólogos de la ciencia, constructivistas, consensualistas, procedimentalistas, coherentistas, etc., y entre los nombres propios de los que toma distancia están Frank, Kelsen, Luhmann, MacCormick, Habermas, Rawls, Rorty, Derrida, etcétera.

6. El valor social de la verdad

El profesor de Pavía no duda en afirmar «el valor social de la verdad»: a) moral (en cuanto lo exige la integridad intelectual del hombre y la sinceridad y confianza en la que deberían basarse las relaciones interpersonales; b) político (el poder democrático debe basarse en un pacto de verdad y no mentira); c) epistemológico (no habría sino podríamos distinguir entre conocimiento verdadero y falso); y d) valor jurídico (la verdad es condición esencial de un acto o una declaración), aquí también valor procesal en tanto ella es condición necesaria de la justicia.

7. La verdad no se negocia

En ese marco teórico se comprende que no haya espacio para la «verdad negociada»: «la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los acontecimientos del mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes (...) la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí».

8. La verdad de los enunciados descriptivos y de los enunciados valorativos

Respecto de los primeros, son apofánticos en cuanto se puede probar su verdad o falsedad, mientras que los otros son no-apofánticos dado que no es posible probar su verdad o falsedad, pero sí pueden ser justificados por medio una argumentación coherente y suficiente en donde las premisas sean avaladas con «buenas razones», posibilitando por esa vía el control externo sobre las sentencias. Aquí, y dejando de lado algunas dudas personales, es importante lo que afirma Taruffo: «Las teorías en virtud de las cuales los juicios de valor no serían más que reacciones subjetivas no racionalizables han pasado de moda y sobre todo no son aplicables a la valoraciones que el juez formula en sede de decisión».

9. El juez como responsable de la verdad fáctica

Constata y avala Taruffo que en «los sistemas procesales de *civil law* ha surgido, en la segunda mitad del siglo xx, la ten-

dencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de la prueba». Rechaza el académico italiano por «eslóganes polémicos carentes de valor científico» a «ecuaciones del tipo «poderes de instrucción del juez=régimen autoritario» y “juez pasivo=régimen liberal”», y concluye que «la presencia de amplios poderes de instrucción del juez no afecta de ningún modo la vigencia del principio dispositivo ni la efectividad de la garantía del derecho a la prueba y del principio contradictorio». El juez, en sintonía con ello, debe velar para que se respete la ética del y en el proceso.

10. La verdad y la prueba científica

En ese objetivo por la verdad, hoy cabe de manera creciente y más confiable el recurso a la prueba científica aportada por expertos al proceso. Pero aquí es importante distinguir entre la «buena» y la «mala» ciencia según suministren conocimientos admisibles, controlables y verídicos; porque es evidente que hay: ciencias «duras» o de la naturaleza que proporcionan verificación empírica; hay ciencias «blandas», humanas o sociales como la psicología, la sociología, etc.; «pseudo» ciencias, como la grafología; y ciencia «basura» como la astrología.

11. Una filosofía jurídica no-positivista

Concluimos este capítulo con nuestra especialidad académica preguntándonos por cuál es la filosofía jurídica a la que adhiere Taruffo, aunque dejando a salvo que no conocemos

la totalidad de la obra de profesor de Pavía.¹Partimos de la distinción de Alexy cuando constata que después de dos mil años sigue habiendo dos conceptos y teorías jurídicas centrales: la positivista y la no-positivista, según se afirme o se rechace una conexión esencial o necesaria entre el derecho y la moral racional. Para la respuesta buscada debemos partir que Taruffo ha formulado explícito rechazo de teorías iuspositivistas identificadas como: tradicional, superficial, vetero-positivista, formalista, etc.; y si bien invoca autores que respaldarían una opción iusfilosófica no positivista (por ejemplo Gadamer), también hay autores que permiten no alejarlo del positivismo. Por eso, volviendo al marco alexyano nos parece evidente que Taruffo no es iuspositivista excluyente (pues admite en el derecho una razón práctica capaz de decidir lo justo y de identificar las buenas de las malas respuestas jurídicas), tampoco parece que sea un iuspositivista ético (está lejos de defender solo la seguridad jurídica descartando por medio de reglas la indeterminación y la discrecionalidad judicial), y en cuanto a si es iuspositivista incluyente (admite que el jurista asuma el punto de vista moral o axiológico en la medida que el derecho positivo así lo disponga, pero ello no resulta necesario o esencial) tenemos alguna duda, aunque nos inclinamos finalmente por incluirlos en las filas de los autores neoconstitucionalistas no positivistas argumentativistas (o sea, aquellos que Ferrajoli —alguien que conoce y ha comentado Taruffo— rechaza por iusnaturalistas).

(1) Las obras consultadas de Michele Taruffo y que respaldan esta columna son básicamente: «La prueba de los hechos», Trotta, Madrid, 2002; «La prueba», Marcial Pons, Madrid, 2008; «Páginas sobre justicia civil», Marcial Pons, Madrid, 2009 y «Simplemente la verdad», Marcial Pons, Madrid, 2010.

