

# LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE MICHELE TARUFFO: UNA TEORÍA DESDE ABAJO

MAXIMILIANO **ARAMBURO**



La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo:  
una teoría desde abajo

Michele Taruffo's Adjudication Theory:  
A Theory from Below

MAXIMILIANO ARAMBURO

Universidad Eafit (Medellín, Colombia).  
E-mail: [marambur@eafit.edu.co](mailto:marambur@eafit.edu.co)

#### ABSTRACT

La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo debe reconstruirse a partir de sus escritos dispersos sobre jurisdicción, proceso y prueba. El presente texto pretende contribuir a esa reconstrucción a partir de la identificación de aspectos metodológicos claves de su trabajo teórico, y del aislamiento de dos nociones fundamentales de la idea de decisión judicial: los conceptos de jurisdicción y de controversia civil.

The theory of the adjudication built by Michele Taruffo must be reconstructed from his scattered writings on jurisdiction, trial and evidence. This text intends to contribute to this reconstruction through the identification of key methodological aspects of his theoretical work, and the isolation of two fundamental notions of the idea of adjudication: the concepts of jurisdiction and civil dispute.

#### KEYWORDS

Jurisdicción, jueces, controversia civil, decisión judicial

Jurisdiction, courts, civil claim, adjudication

# La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo: una teoría desde abajo

MAXIMILIANO ARAMBURO

1. Introducción – 2. Cuestiones metodológicas – 2.1. La “alta dogmática” – 2.2. El método analítico – 2.3. El método comparado – 3. Alrededor de una teoría – 3.1. La jurisdicción – 3.1.1. Dos sentidos de la jurisdicción – 3.2. La noción de controversia civil – 4. Conclusiones.

## 1. Introducción

Jordi FERRER (2016, 177) ha escrito que a Michele Taruffo «le gusta ver el el derecho desde arriba, volando a altura suficiente para observar sus perfiles generales, para comprender el encaje general de sus instituciones y para ver las similitudes y diferencias entre sistemas». Sostendré aquí que, en un sentido trivial, al menos su teoría de la decisión judicial se construye “desde abajo”, porque apelo a un sentido diferente de la metáfora de la posición en relación con el objeto. En efecto, Ferrer se refiere a la “alta dogmática” que practican quienes, por usar la expresión de Tarello tantas veces citada, en lugar de teorizar sobre las herramientas, las usan. En este caso, Ferrer se refiere concretamente a una dogmática procesal que bebe de la teoría del derecho, de la comparación jurídica, de la sociología, la historia o la epistemología, y que Taruffo ha practicado con solvencia. Para ello, sostendré otra trivialidad: que en la «teoría de la decisión judicial» debe comprenderse no sólo el preciso momento (en sentido cronológico) de la elección entre alternativas posibles de interpretación de la norma jurídica, sino la “operación” completa que, en el marco institucional del proceso judicial, necesariamente la antecede y que explicita (de manera predominante en el autor sobr el que versan estas líneas, pero no de manera exclusiva) la decisión sobre los hechos que le es característica. En ese sentido, Taruffo habría desarrollado una teoría de la que la *quaestio iuris* (que es el núcleo fundamental de otras teorías de la decisión judicial) es solo un insumo, y que parte de considerar el entorno institucional en el que se desarrolla y tiene lugar, no como una parte de su contexto, sino como una condición necesaria para que la decisión judicial tenga lugar y la determina al menos parcialmente: la noción de jurisdicción (y de juez), la motivación de la decisión y el control le legitimidad de la misma, entonces, hacen parte necesaria de la decisión judicial en la obra de Taruffo.

GUASTINI (2014, 249) ha sostenido que “aplicación del derecho” es una expresión que se asocia a los sujetos que se denominan órganos de aplicación y que, cuando se refiere a órganos jurisdiccionales, designa «un conjunto de

operaciones que no se extinguen con la interpretación [...]: la comprobación de los hechos de la causa, la calificación del supuesto de hecho concreto del que se trate y la decisión de la controversia». Michele Taruffo ha desarrollado algo que podría reconstruirse como una teoría completa y ordenada de todas las operaciones en las que – en la fórmula de Guastini citada – consiste la aplicación del derecho por un órgano judicial, esto es, una teoría de la decisión judicial.

La noción “desde arriba” a la que alude Ferrer describiendo la obra de Taruffo, se refiere a un sentido que podríamos llamar “estructural”, en el sentido de que Taruffo, en tanto procesalista no se ocupa tanto de un ordenamiento jurídico en concreto, como de las cuestiones que aproximan o diferencian a los sistemas jurídicos, los perfiles que generan efectos positivos o disfuncionalidades y, en suma, que muestran que está fuertemente interesado en la evaluación del derecho positivo o, por lo menos, en la construcción de herramientas teóricas para evaluarlo. Esa visión panorámica no riñe con la que pretendo sostener, pues desde un punto de vista que llamaré “metodológico” (y, para decirlo también con Ferrer, con al menos una dosis de iusrealismo), Taruffo no considera ningún ordenamiento al margen de la sociedad, sino que utiliza el conocimiento que brindan los saberes diferentes del estrictamente jurídico, para preguntarse por la función que el juez desempeña en esa sociedad.

En ese sentido, entonces, me referiré primero a tres aspectos metodológicos centrales en la obra de Taruffo (“alta dogmática”, método analítico y a la comparación jurídica) y luego a dos aspectos centrales de lo que sería su teoría de la decisión judicial: las nociones de jurisdicción y de controversia civil, como dos de los pilares en los que (“desde abajo”) se asienta dicha construcción.

## 2. Cuestiones metodológicas

### 2.1. La “alta dogmática”

Atienza ha distinguido dos posibilidades para la dogmática jurídica. Por un lado, un enfoque que la entiende como una «empresa técnica que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación y de la producción del derecho» (ATIENZA 2006, II). Este primer modelo asume una actitud política, que ve en la dogmática la posibilidad de ayudar a transformar la sociedad. El segundo modelo es, por el contrario menos optimista, de tal manera que «le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el “método científico” [...] y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo» (ATIENZA 2006, II). En ese sentido, Atienza propone definir a la ciencia jurídica como “tecno-praxis”. Por un lado, para alejarla de la evocación teológica que

sugiere la expresión “dogmática” y, por el otro, para acercarla de manera inequívoca a su finalidad práctica: «resolver un tipo peculiar de problema práctico referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho» (ATIENZA 2014, 128 ss.).

Esto tiene interés porque el tipo de trabajo que elabora Taruffo podría significar el paso a una fase ulterior de la ciencia del derecho procesal en Italia si se toma como referencia la distinción de Denti entre las fases sistemática y post-sistemática de los estudios procesales: una tercera fase que no puede, en rigor, caracterizarse a partir de un tipo más o menos generalizado de estudios que llevan a cabo diversos autores. En efecto, Taruffo nunca ha pretendido construir un sistema, pero ha llevado el método un plano diferente, o bien a un momento evolutivo más avanzado. Una vez incorporadas las herramientas filosóficas (y teóricas) al quehacer dogmático, y teniendo por objeto en buena medida los enunciados resultantes de la comparación jurídica al menos en el mismo nivel que los enunciados del derecho positivo, la obra de Taruffo parece distanciarse de varios de los rasgos que caracterizan la dogmática que Atienza denomina “tradicional”: anclaje en el formalismo jurídico, aislamiento de la dogmática del resto de saberes sociales, rechazo a la incorporación de nuevos métodos, énfasis en las funciones descriptiva y sistemática de la dogmática, concepción de la dogmática como un saber neutral, concentración en el derecho “formalmente válido”; olvido de los valores sustantivos, privilegio de los argumentos de autoridad y predominancia de la interpretación literal.

En realidad, en Taruffo parece darse un enfoque consistente en una aproximación al estudio del derecho que no depende del derecho positivo sino que toma en cuenta, para formular los enunciados propios de la dogmática que lleva a cabo, un conjunto más amplio de materiales y métodos<sup>1</sup>. Así, por ejemplo, en los trabajos sobre la prueba<sup>2</sup>, el derecho positivo no es el objeto de estudio sino un dato más del fenómeno probatorio. Taruffo considera más relevantes los aspectos que condicionan las normas jurídicas, que las normas mismas; y más constructivo el enfoque desde la teoría de la decisión judicial que desde las regulaciones particulares que se ocupan en cada ordenamiento de perfilarla. En Taruffo parece ser evidente, pues, no solo el componente técnico sino, sobre todo, el componente

<sup>1</sup> Christian Courtis distingue entre materiales y métodos de la dogmática jurídica, «ya que entre métodos y materiales hay una relación de proceso a producto – de modo que el empleo de ciertos métodos sobre ciertos materiales se convierte en nuevo material que puede ser empleado para analizar normas» (COURTIS 2006, 135). Entre los materiales incluye la historia, el derecho comparado, la jurisprudencia y la propia doctrina; entre los métodos, el análisis del lenguaje, el lógico, el sistemático, el ideológico, y el empírico.

<sup>2</sup> Es evidente que en los manuales y comentarios de código, que representan una parte importante de su obra, la aproximación es diferente: en ellos se parte directamente del derecho italiano o de los proyectos de reforma, lo que no impide acudir, también, a los resultados de la comparación.

práctico – «en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica», en palabras de ATIENZA (2014, 154). Esto supone afirmar, por ejemplo, que Taruffo no es formalista y que tiende importantes vínculos con otros saberes sociales. Su constante apoyo en estudios históricos o sociológicos son buena muestra de ello, pero también la atención que presta, fundamentalmente, a la filosofía de la ciencia en lo que tiene que ver con la prueba.

En ese orden de ideas, la obra de Taruffo puede leerse como una aproximación procesal a la más general teoría de la decisión judicial, habitualmente construida por los iusfilósofos. Esa aproximación, entonces, no es únicamente en sentido teórico<sup>3</sup>: tiene una parte descriptiva marcada de manera muy decisiva por la historia del derecho y en concreto la historia de las instituciones judiciales, e incluso con manuales y códigos comentados; otra parte es parcialmente prescriptiva y reformadora, a veces de manera directa. Si ello es así, entonces el tipo de dogmática que practica pertenece a un paradigma diferente del que podríamos llamar tradicional. Se trataría de una dogmática de tipo consecuencialista, que toma en cuenta el sistema de las normas promulgadas por el legislador no tanto para explicar cuáles son y cómo operan – aunque lo hace, en parte, interpretando, reformulando y sistematizando el discurso legislativo y jurisprudencial –, sino para realizar una reflexión crítica sobre el discurso de los juristas dogmáticos, en los términos que GUASTINI (1982, 4) describe la labor de los teóricos analíticos<sup>4</sup>.

El propio Taruffo se plantea la necesidad de superar las “actitudes obsoletas, formalistas” de la dogmática tradicional, mediante la práctica de herramientas como la globalización del análisis, el empleo sistemático de la comparación y el estudio interdisciplinar (TARUFFO 1999, 319). Taruffo considera que el problema de las fronteras – que se puede plantear en cualquier área del conocimiento – en los estudios sobre el proceso civil se ve claramente cuando se examinan las tendencias que asumen que la idea de proceso (civil) está objetivamente delimitada por el código de procedimiento civil y por algunas leyes especiales lo cual lleva, de un lado, a una «construcción autárquica de conceptos dogmáticos» y, del otro, a un «microanálisis de la jurisprudencia doméstica» como caracteres dominantes de un provincialismo

<sup>3</sup> Refiriéndose al razonamiento judicial en general, COMANDUCCI (2000, 82 ss.) propone tres niveles de análisis: teórico, prescriptivo y descriptivo. Será descriptiva la aproximación que pretenda presentar una descripción del razonamiento judicial tal como es; será prescriptiva la que consista en valorar el modo de razonamiento del juez, o las directrices de cómo deben los jueces razonar; y será teórica la consistente en presentar un modelo de razonamiento judicial.

<sup>4</sup> Núñez distingue cuatro modelos de ciencia jurídica: la normativista, la realista, la argumentativista, y la que denomina tecnológica, que asocia con Lundstedt. Con respecto a esta última señala que lleva a cabo, también, un razonamiento de tipo consecuencialista, lo cual quiere decir que las soluciones que proponen se valoran de acuerdo con «modelos de corrección práctica que consideran que la única forma de atribuir valor a una conducta es limitándose a establecer si aquella es idónea, o al menos contribuyente, a alcanzar el que se considera el mejor estado de cosas» (NÚÑEZ 2014, 50).

científico. Por eso, dice, se hace necesario observar “desde las fronteras” hacia territorios variados y tendencialmente ilimitados: «una sola vida no alcanza para atravesar todas las fronteras y para ver realmente todo el mundo, así que es necesario adaptarse a sufrir límites prácticos en la propia investigación». De esta manera, las herramientas utilizadas y el resultado de su trabajo se pueden presentar como una bisagra que une la reflexión teórica sobre el derecho con la práctica jurídica.

En ese sentido, la alusión a la ubicación (“desde abajo”) implica que Taruffo presupone la necesidad de un conflicto concreto, en una sociedad determinada, con un tipo de juez particular, como *sine qua non* de la construcción teórica a su alrededor.

## 2.2. *El método analítico*

Lo anterior no implica en modo alguno el desprecio por la cuestión teórica en sentido amplio. Los “antecedentes” biográficos y académicos de Taruffo, permiten ubicarlo en una parte de la tradición iusanalítica italiana. En primer lugar, por su rigurosa atención al “paso prohibido” de los enunciados descriptivos a los prescriptivos. Su obra sobre la motivación de las decisiones judiciales es – si no se tienen en cuenta sus artículos publicados hasta entonces – el primer gran trabajo en el que esa actitud metodológica queda claramente establecida. En efecto, aunque Taruffo caracteriza la sentencia primero como un discurso (lo que parecería acercarle a concepciones iusfilosóficas de corte hermenéutico), inmediatamente aclara que con «‘discurso’ se pretende designar un conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto, que es identificable de manera autónoma» (TARUFFO 1975, 49). Y aunque realiza un examen de la sentencia como discurso, tratando de identificar signos e indicios, en realidad la primera parte de la obra puede leerse como una búsqueda de aquello que la sentencia *puede ser*, para poder prescribir lo que *debe ser*<sup>5</sup>. Es así que la primera de las claves del pensamiento analítico toma cuerpo en Taruffo cuando concibe la sentencia como un discurso de carácter justificativo, para proceder a determinar cuáles son las características del razonamiento decisorio que deben estar en la que denomina «estructura racional del juicio y la motivación».

Otro tanto puede decirse de su *opus magna* sobre la prueba (TARUFFO 1992), en la que se ocupa de la verdad posible en el proceso civil, plano en el que se dedica a examinar las teorías que le resultan más relevantes sobre la materia (y rechaza aquellas que considera epistemológica, ideológica o prácticamente imposible la verdad de los hechos). Él se ubica a sí mismo en una concepción que admite la posibilidad relativa y contextualizada de la llamada “verdad judicial”, bajo la idea de

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, es interesante la caracterización posible de la motivación de la sentencia como hecho *no significativo*, es decir, como cognoscitivamente irrelevante, aunque exista en tanto hecho (TARUFFO 1975, 102).

que, una vez «supuesta la posibilidad de alcanzar la verdad judicial, la prueba es el instrumento procesal que sirve para alcanzar ese resultado» (TARUFFO 1992, 85). Esa ubicación le permite una posición en la que, en algunas de sus obras, no describe el fenómeno probatorio tal como es, sino tal como él considera que deben formularse los problemas que afronta el juicio de hecho y las soluciones admisibles. Valga un ejemplo de ello: al mencionar lo que denomina la «identificación valorativa del hecho», Taruffo señala expresamente que acepta «la discutida distinción entre hecho y valor y, por tanto, entre descripción y valoración, no sólo en el plano ontológico sino también en el lógico y lingüístico» (TARUFFO 1992, 128). Taruffo no descarta, por supuesto, la posibilidad de que haya casos complejos en los que una norma «atribuye determinadas consecuencias jurídicas» a un hecho valorado (por ejemplo, cuando el enunciado se refiere a un “daño grave”). En esos casos, dice, en realidad hay dos enunciaciones: «una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración» (TARUFFO 1992, 129), lo que le permite concluir que sólo es objeto de prueba la enunciación descriptiva referida a una determinada ocurrencia, pero no la enunciación valorativa que califica esa ocurrencia. Otro ejemplo de la ubicación de Taruffo en el perfil que observamos puede verse en el ensayo que dedica específicamente al análisis del juicio de hecho (TARUFFO 1995).

En segundo lugar, parece necesario destacar la constante preocupación de Taruffo por la clarificación conceptual. Es evidente en todos sus trabajos el esfuerzo definitorio – sin tener en cuenta, por supuesto, la parte de su producción que se desarrolla como definiciones en voces de enciclopedia –, de tal manera que no sorprende que en aquellas de sus obras más sistemáticas se destinen considerables esfuerzos a las definiciones. Piénsese, por ejemplo, en la distinción trazada entre verdad y verosimilitud, o entre los diferentes sentidos de “probabilidad” (TARUFFO 1992, 167) o, por abundar, en los ensayos que tienen por objeto precisamente realizar una definición – por ejemplo, la definición de abuso del proceso (TARUFFO 1998).

Y no caben dudas, en tercer lugar, acerca de la absoluta incorporación de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en la obra de Taruffo, en cuanto a la decisión judicial: sin esta distinción, por ejemplo, el esfuerzo de toda su construcción sobre la motivación de la decisión judicial carecería de sentido. Al distinguir entre el proceso de *decision-making* y el de justificación señala: «[p]or ejemplo, está claro que las inferencias abductivas son un instrumento heurísticamente eficaz para la formulación de hipótesis sobre los hechos, pero es dudoso que sean buenos argumentos para justificar el juicio sobre los mismos» (TARUFFO 2009a, 406). En realidad, una decisión que se adopte intuitiva o irracionalmente, bien podría justificarse *ex post* mediante una justificación racional que debe ser un conjunto de razones *justificadoras, completas y convincentes* (TARUFFO 2009a, 408). De esa forma reivindica el carácter heurístico

del contexto de descubrimiento, mientras que atribuye al de justificación la función de racionalización de los posibles argumentos que pueden justificar la decisión. En ese plano Taruffo cree que, aunque no es posible adoptar un modelo único del juicio ni de la motivación, su estructura lógica fundamental se construye a partir de cuatro elementos: la verdad o falsedad de los hechos principales del caso, la interpretación de las normas, la calificación jurídica del supuesto de hecho, y las consecuencias que se derivan de encontrarse fundamentadas o no las pretensiones de la demanda. Como Taruffo construye un modelo de motivación de la decisión, no se refiere al material legislativo en concreto, sino que sugiere un esquema tripartito de la sentencia, que contenga: a) una síntesis del desarrollo del proceso; b) la motivación propiamente dicha; c) el dispositivo (TARUFFO 1986). Con esos tres elementos, la sentencia debe poder ser calificada como completa y como coherente.

### 2.3. El método comparado

El comparatista, decía Cappelletti, es un “profeta científico” (TROCKER 2005, 171): «profeta porque sobre la base de la investigación realizada, puede destacar las tendencias evolutivas que están, presumiblemente, destinadas a continuar extendiéndose, que están arraigadas en los problemas y necesidades reales de la sociedad, y que están siendo ‘valoradas’ a la luz de los datos empíricos relativos a la resolución de un determinado problema». ¿Es Taruffo un profeta científico? El mismo CAPPELLETTI (1994, 133) señalaba que había tres fenómenos de las sociedades contemporáneas que determinarían cambios en la educación jurídica: las funciones sociales que debe desempeñar el jurista, la expansión de los derechos humanos y la dimensión transnacional de muchos fenómenos de la vida cotidiana, que van de los propios derechos humanos a la economía y el consumo, de las comunicaciones a la cultura misma. Esto llevaría, en su opinión, a tres tendencias de la educación jurídica: la formación en estudios comparados y empíricos, la formación en clave de justicia constitucional (que involucra la protección de intereses colectivos, la protección de derechos humanos, la efectividad de los derechos que atienden necesidades sociales, etc.) y la formación en derecho internacional, que permita ver los vínculos de los derechos nacionales con lo que denominó, con Kant, un *jus cosmopolitanum*.

En la dimensión de los estudios comparados y empíricos se inserta Michele Taruffo, aunque conviene matizar lo que, en su caso – y en la tradición a la que pertenece –, se entiende por “derecho comparado”. En realidad, más que hablar de “un” derecho comparado como disciplina que hace parte de la ciencia jurídica, convendría hablar de “comparación jurídica” como método para aproximarse a la ciencia jurídica e incluso como alternativa al “método jurídico” proclamado por el positivismo normativista (CASSESE 2003, 37). La comparación, dice Trocker, «no

es sólo una mirada sobre lo que ocurre en otras partes o un disfrute individualista de lo que se ha aprendido, sino un itinerario construido sobre la cooperación» (TROCKER 2005, 169). En ese sentido, el método comparado es una herramienta de análisis y no un fin. La ciencia jurídica que se practica no es un producto de derecho comparado, sino elaborada con comparación jurídica. Y uno de sus riesgos es la posible “subordinación cultural” de la que puede acusarse a quien realiza la comparación (TARUFFO 2003, 283), sobre todo cuando la comparación tiene en cuenta o se realiza frente a un modelo cultural hegemónico o mayoritario.

Una de las aplicaciones fundamentales de la comparación jurídica que emplea Taruffo es la de las reformas procesales. Esta aplicación puede darse en varios niveles interconectados: el del estudio general, el del diseño de guías (principios, reglas) o códigos modelo, y el de la proyección directa de leyes ante un legislador concreto. Al menos en los dos primeros terrenos incursionó Taruffo desde que en 1979 escribió *Il processo civile adversary nell’esperienza americana* (TARUFFO 1979), trabajo en el que se implicó en cinco problemas concretos que definían el carácter del proceso civil en Estados Unidos, como premisa para una discusión seria sobre la oportunidad de una reforma procesal en Italia que pudiera incorporar algo del sistema estadounidense. Tales problemas eran el de la búsqueda de la verdad, el de la igualdad de las partes, la función del juez, los límites de la efectividad del sistema *adversarial* y la ideología propia de tal sistema. Sólo para plantear un ejemplo relacionado con lo primero, Taruffo distinguió dos ideas de verdad en el sistema procesal estadounidense: por una parte, la verdad como reconstrucción judicial de los hechos, «según la cual el juez comprueba lo verdadero mientras su conocimiento más se aproxima a la efectiva realidad histórica de los *facta probanda*»; por la otra, una idea de verdad «indiferente al problema de si la reconstrucción judicial de los hechos corresponde o no a su realidad histórica» (TARUFFO 1979, 39 ss.).

Desde otro punto de vista (ya no “desde abajo”) Taruffo ha visto en la comparación jurídica una especie de metalenguaje respecto del lenguaje de los derechos nacionales. La comparación, en ese sentido, es transversal: la ciencia del derecho que practica, entonces, emplea enunciados que no se refieren a la descripción de un determinado ordenamiento jurídico, sino enunciados que se refieren al resultado de la comparación entre uno o varios ordenamientos o sistemas jurídicos. En efecto, la tendencia a comparar los compartimentos *civil law* y *common law* – a un mismo tiempo convergentes y divergentes (MERRYMAN 1999, 18) – no es en Taruffo el objeto de la investigación, sino una de sus herramientas<sup>6</sup>. El resultado de la comparación se convierte en parte del material sobre el que Taruffo escribe, pues concibe la comparación como una actividad funcional. Por

<sup>6</sup> En este sentido, puede decirse que el resultado de la comparación jurídica es, también, un metalenguaje.

ejemplo, en un estudio transversal que se publicó en el volumen *Interpreting Precedents* (TARUFFO 1997), el objetivo del autor es describir los modelos estructurales de precedente que se podían identificar en el trabajo llevado a cabo por los autores provenientes de los diferentes países analizados. No es sólo un estudio de las conclusiones, sino una identificación – y análisis – de seis puntos que determinan el papel que juegan las decisiones judiciales desde el punto de vista de las fuentes del derecho: la organización de los tribunales, la función que cumplen los tribunales supremos, el estilo de los votos de cada juez o magistrado, la forma en la que se publican las decisiones, el uso que se da a los precedentes y la interacción entre ese uso y el papel de los tribunales. El carácter de la comparación como una herramienta del trabajo dogmático de Taruffo es, obviamente, menos evidente en otros trabajos, como los estudios sobre el proceso civil estadounidense (TARUFFO 1975; HAZARD, TARUFFO 1993). Pero en esos casos se podría objetar que no son, en realidad, trabajos comparatistas sino trabajos de dogmática sobre derecho extranjero.

En este punto, hay que añadir que una característica que puede extraerse del estilo de comparación jurídica que desarrolla Taruffo, es su interés marcado en los relieves sociológicos, culturales e ideológicos de las normas jurídicas, y en particular de las procesales. En efecto, como señala Roberts refiriéndose a la metodología comparatista de un autor como Mirjan Damaška, cuando se habla del proceso judicial es inexcusable la dimensión política: en palabras del propio Damaška, omitir la dimensión política equivale a «interpretar *Hamlet* sin el Príncipe» (ROBERTS 2008, 299). Taruffo, por su parte, ha sostenido insistentemente en una tesis crítica sobre los intentos de unificar normas procesales (TARUFFO 2009a, 189, 213). En realidad, a pesar de que considera posible la unificación del derecho sustantivo en contextos como el europeo, sostiene que las diferencias culturales inciden directamente en las *formas* de resolución de las controversias y, por tanto, lo máximo que puede alcanzarse es una *armonización* de las normas, que incluya algunos rasgos comunes a los que deben obedecer los diferentes ordenamientos. Las culturas nacionales, dice «son, en realidad, el obstáculo más fuerte y – por lo que parece hasta ahora – no superable fácilmente, para una efectiva integración de las distintas regulaciones nacionales en un derecho procesal europeo» (TARUFFO 2009a, 193).

Taruffo prefiere una comparación que, incorporando métodos analíticos prescinde de ciertos detalles para construir modelos por medio de la abstracción y que, por ello, no pueden ser calificados en estricto sentido como verdaderos o falsos sino como modelos válidos (o no) para dar cuenta de prácticas concretas. Se trata de modelos acerca de la estructura racional de la sentencia (TARUFFO 1975), acerca del control de legitimidad de la decisión judicial (TARUFFO 1991), acerca de la posibilidad o imposibilidad de la verdad procesal (TARUFFO 1992), acerca del

papel posible del juez en la construcción del juicio de hecho (TARUFFO 2009c), por mencionar algunos.

### 3. Alrededor de una teoría

La noción usual de “decisión judicial” parte de la distinción entre interpretación y aplicación del derecho, de tal manera que la decisión es la fase que, en la actividad judicial, sigue cronológicamente a la interpretación. Se distingue así, al menos analíticamente, entre la interpretación y la decisión, que forman parte de una única actividad “global”: la actividad judicial globalmente considerada. En un sentido amplio, se dice (GUASTINI 2014, 252) que hay dos reglas esenciales de esa actividad judicial: la sujeción del juez a la ley y la obligación de motivar, de tal manera que las decisiones judiciales deben estar (i) motivadas (ii) sobre la base de normas jurídicas preexistentes. El contexto de ambas cosas es el proceso judicial. En ese sentido, la idea de decisión judicial de Taruffo no se asienta tanto sobre la base de las normas como criterios generales y abstractos, sino en las necesidades materiales que suponen la existencia de un proceso judicial y en quien lo administra.

#### 3.1. La jurisdicción

En Italia, la autonomía disciplinar del derecho procesal se produjo a partir de los estudios de Chiovenda, a caballo entre el final del siglo XIX y el comienzo del XX. Sin embargo, aun entonces Mattiolo utilizaba la expresión *diritto giudiziario* para denominar su tratado (MATTILOLO 1895). Y hoy se emplea “derecho jurisdiccional” para incluir dentro del concepto, además del proceso judicial, a la institución que lo hace posible. Los dos conceptos, no obstante las denominaciones de los cursos y manuales, han estado siempre unidos: DENTI, por ejemplo (1997) señalaba que el proceso es una de las modalidades de ejercicio de la función jurisdiccional y que, por tanto, las reglas técnicas que lo disciplinan sólo adquieren sentido en el conjunto de la organización judicial, de la administración de justicia y de la profesión de abogado. Más allá de las diferencias que rescatan algunas reconstrucciones que distinguen lo *judicial* frente a lo *jurisdiccional*, lo cierto es que toda teoría de la decisión judicial supone una idea previa de jurisdicción y que toda la teoría del derecho contemporánea – que, podría decirse, se ha “obsesionado” con la decisión judicial – supone una referencia necesaria al juez y a la función que ejerce. En ese sentido, las teorías de la decisión judicial nacidas en el seno de la teoría del derecho ponen el acento en la jurisdicción como la actividad que desarrolla el juez y en los insumos, predominantemente las normas, que emplea

para adoptar – justamente – una decisión. Los procesalistas, por el contrario, parecen centrarse más en el órgano y en la institución.

Una idea en cierto sentido “precaria” de jurisdicción se centra en el paso civilizatorio de la autocomposición de los conflictos a la heterocomposición de los mismos, es decir, en el otorgamiento de facultades a un tercero ajeno al conflicto para que lo dirima con arreglo a un determinado criterio jurídico. Esta organización institucional no existía en las civilizaciones primitivas, así que contemporáneamente se entiende que ese tercero suele ser el Estado, que asume monopolísticamente la función de resolver «los conflictos intersubjetivos y sociales mediante la aplicación del derecho objetivo». Suele entenderse, también – aunque no es una idea del todo unánime – que “Estado” es sólo el moderno, que vio el surgimiento y consolidación de la separación de poderes y, por esa vía, la creación del Estado-juez y la delimitación de las diferentes funciones que se han atribuido, de tiempo en tiempo, a esa multiforme dimensión estatal: la actuación del derecho, la composición de los litigios, la imposición de sanciones, la sustitución de la “justicia” privada, etc. Otros prefieren desvincular de la definición de jurisdicción la noción del Estado moderno. Algunos estiman que el ejercicio de la jurisdicción equivale a decidir autoritativamente, con referencia a normas y de un modo socialmente aceptable y, por tanto, entiende que la jurisdicción es un universal «tan antiguo como el mundo» que siempre ha existido en toda sociedad y otros, que la función de “*ius dicere*” ha sido la misma desde la época imperial romana hasta hoy, aunque haya mutado constantemente su relación con el aparato judicial y los demás poderes estatales. Por eso se discute acerca de cuáles son las notas definitorias de la jurisdicción: según Movilla (ANDRÉS, MOVILLA 1986, 155), por ejemplo, el concepto de jurisdicción pertenece al área de derecho público y, por tanto, «está en íntima relación con el concepto de Estado y con la configuración que éste adopte», razón por la cual sería un concepto “variable”; mientras algunos consideran que una de las notas más relevantes del concepto de jurisdicción sería su relatividad, otros limitan la variabilidad histórica a no al concepto de jurisdicción, sino a las circunstancias del momento actual y a las relaciones de la jurisdicción con los «complejos organizativos del Estado».

Todo ello pone de presente que la identificación de lo que se entiende contemporáneamente por jurisdicción debe tener en cuenta los caracteres (y límites) que el Estado de derecho impone a dicha función, y, sobre todo, las variaciones que a ese respecto ha significado el paso al Estado constitucional. Por ello, conviene plantear *ab initio* algunas cuestiones preliminares para elucidar la idea de jurisdicción que subyace a la obra de Michele Taruffo. Ante todo, Taruffo es claramente un partidario de una noción de Estado de derecho como límite a la degradación de los derechos de los ciudadanos y al mismo tiempo como garante de que dichos derechos no se conviertan en mercancía (TARUFFO 1996, 136), pues solo con tal límite se evita la marginación social y económica de los débiles. A este

propósito sirve de manera fundamental la jurisdicción. Esta idea, que Taruffo hace remontar a Chiovenda, permite trazar algunas consideraciones.

En primer lugar, la jurisdicción puede verse como *órgano*, y en tal caso se aludirá al conjunto del poder judicial. Es el sentido que corresponde al ordenamiento judicial, en tanto tercer elemento de lo que DENTI (1997) y el propio Taruffo llamaron la “cultura procesal”, al lado del derecho procesal extranjero y comparado, y la historia del derecho procesal y de la cultura jurídica. También se alude a este sentido cuando se utiliza la expresión “administración de justicia” como sustantivo. Para Taruffo, el modelo de administración de justicia, el contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia, o los problemas de la selección y formación de los jueces son cuestiones hacen parte necesaria de una teoría completa de la decisión judicial.

Pero la jurisdicción también puede verse – y es el sentido que más interesa a la filosofía del derecho, en general – como *actividad* y como *función* atribuida a aquel órgano. A esta distinción parece aludir nuestro autor (TARUFFO 2012, 26) cuando distingue entre la jurisdicción como un poder («la parte organizativa de la administración de justicia») y las garantías que ésta «debe ofrecer para la protección del los derechos»<sup>7</sup>. Trazar la distinción, sin embargo, no siempre es fácil, pues no necesariamente hay solución de continuidad entre un uso y otro del término, y en ocasiones las aplicaciones – que podríamos llamar “sectoriales” – lo dificultan.

Es cierto que, en ocasiones, cuando Taruffo escribe “justicia civil” es posible entender “jurisdicción” y, por tanto, cuanto dice del juez civil puede extenderse al juez en general, o cuanto dice de la justicia civil puede extenderse al órgano jurisdiccional en general. Sin embargo, hay que tener en cuenta algunos límites. El primero y más evidente es que Taruffo jamás ha pretendido construir ni una teoría *general* de la decisión judicial (ni una teoría *general* del proceso, ni una teoría *general* de la prueba, aunque siempre se ha referido a ellas). Por ejemplo, en la voz “Giudizio (teoria generale)” elaborada para la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Taruffo sostiene la distinción (derivada de la ambigüedad proceso/producto) entre el juicio como *actividad* (el procedimiento lógico, psicológico, cognoscitivo y valorativo mediante el cual el juez llega a la decisión, entendida como resultado) y el juicio como *resultado* en sí mismo.

Nuestro autor niega interés a la posibilidad de una teoría del segundo de los sentidos de “juicio”, y se concentra en el primero, para distinguir a su turno dos grupos de teorías sobre el juicio: por un lado, las que parten de una opción

<sup>7</sup> Por poner un ejemplo de un autor cercano intelectualmente a Taruffo, pero proveniente del propio poder judicial, baste la siguiente referencia: Andrés Ibáñez, al evaluar el papel de la *justicia* en lo que denominó «la crisis del Estado social», ya advertía que el fenómeno judicial había cambiado «no tanto la forma orgánica, como sobre todo el modo de insertarse el orden judicial – y quizás más el trabajo judicial – en el ámbito estatal” (ANDRÉS 1988, 113).

filosófica o metodológica determinada, y por el otro, las que se deducen de teorías generales del conocimiento o de teorías generales del derecho, pero que parten de la noción de controversia como objeto del juicio.

Para retomar lo dicho: Taruffo no ha pretendido construir sistemas ni teorías totalizadoras, globalizadoras u holísticas. Por ello, la tentación de acusarle con el cargo de no dar cuenta del fenómeno jurisdiccional “en general” o de las particularidades, por ejemplo, de la sentencia penal, del proceso penal o de la prueba penal, serían fácilmente respondidas: si no ha dado cuenta de tales fenómenos es porque nunca lo ha pretendido. En caso de poder hallarla, pues, no se trataría de una teoría construida deliberadamente por Taruffo sino de una teoría *reconstruida* a partir de su obra. No obstante, sí hay que anotar que en algunos de sus textos pretende dar cuenta de la figura del juez en un entorno histórico o político determinado, sin detenerse en su especialidad. Por ejemplo, ya se ha dicho que ha prestado especial atención al juez estadounidense – en particular, al juez en el llamado “constitucionalismo americano” (TARUFFO 1979) – y, sobre todo, al juez italiano. Con todo, de lo que se trata es de identificar cuáles de las propiedades del juez civil al que suele aludir son predicables del juez en abstracto. A estos efectos, no debe olvidarse que algunos de los juicios críticos de Taruffo sobre la justicia civil están dirigidos específicamente al órgano jurisdiccional *civil* sin posibilidad de efectuar trasplante alguno a otras especialidades, mientras que otros son claramente extrapolables a los demás ámbitos jurisdiccionales y demás especialidades sustantivas.

No obstante ello, considera que buena parte de la valoración negativa que corresponde a la justicia *civil* debe tener en cuenta, también, que la causa del desprestigio debe ser compartida con el legislador y con los abogados. Con el primero, por haber dispuesto una reglamentación del proceso civil que favorece la pérdida de tiempo<sup>8</sup>; en cuanto a los segundos, nuestro autor considera que el abogado es «un protagonista – a menudo el protagonista principal – del proceso civil, y en muchos casos es también el responsable de la duración de los procesos» (TARUFFO 1981). Y entonces lanza a los jueces *civiles*, y es claro que sólo a ellos, una especie de salvavidas frente a la mala valoración que tiene la opinión pública de la judicatura, que atribuye fundamentalmente a la justicia *penal*: «probablemente [escribe Taruffo] (la justicia civil) es ajena a estas valoraciones referidas a los funcionarios judiciales: la sobreexposición mediática de los jueces ha embestido y embiste – *et pour cause* – a los funcionarios judiciales penales e incluso al ministerio

<sup>8</sup> Para Taruffo, la duración excesiva del proceso es una “plaga endémica” del sistema procesal italiano. Y añade más adelante: «si un proceso está construido de tal manera que pueda durar mucho, se puede tener certeza de que durará mucho» (TARUFFO 2008, 86). Esta conclusión es muy semejante a la de Di Federico (citado por Treves), varios años antes, quien sostenía que la presentación de recursos carentes de fundamento se traduce en una tasa de recarga laboral para los jueces, que llega al 40% (TREVES 1974, 61).

público, porque es en el ámbito penal donde surgen los intereses en función de los cuales conviene deslegitimar a la magistratura» (TARUFFO 2008, 87).

Con todo, la noción de controversia civil en Taruffo en ocasiones es tan amplia (TARUFFO 2002, 87) que permite esbozar una idea de jurisdicción civil que no se limita a los jueces que específicamente lleven tal rótulo.

En otro sentido, además, la jurisdicción en tanto *actividad* constituye un amplio campo de indagación iusfilosófica. RUIZ MANERO (1990, 9), por ejemplo, señala al menos dos líneas conceptuales de relevancia, a partir de las cuales es posible hablar de la jurisdicción, a saber: (i) qué significa decidir autoritativamente (y con arreglo a qué criterios) y (ii) cuáles son los deberes de los jueces, aspecto del cual se derivan, entre otras, las cuestiones no menores de la independencia y la imparcialidad judicial. Dice Ruiz Manero: «[d]os de los rasgos que configuran la posición institucional de los órganos jurisdiccionales parecen tener carácter definitorio: el primero es obviamente el que los jueces son titulares de la potestad de dictar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio; el segundo es que los jueces son destinatarios de normas que les imponen deberes relativos al ejercicio de tal potestad». Veremos a continuación que la concepción desarrollada por Taruffo tiene en cuenta los dos rasgos descritos por Ruiz Manero – si bien no hace la distinción en los mismos términos – aunque de la primera de ellas se ocupa solo tangencialmente.

En lo que sigue examinaremos, en primer lugar, algunos desarrollos que pueden ser agrupados bajo la consideración de la jurisdicción en tanto función<sup>9</sup> y a continuación los que de alguna manera pueden agruparse bajo la consideración de la jurisdicción como órgano y que abonan el terreno de la posibilidad de una teoría general de la decisión judicial. A ellos les es común la noción de motivación de la sentencia civil, que aquí no examinaremos más que de manera generalísima, así como cuestiones relacionadas con las anteriores, como los problemas de selección y formación de los jueces y la cuestión siempre vigente de la independencia (e imparcialidad) judicial.

En efecto, la motivación o justificación de la decisión judicial comprende tanto su examen desde el punto de vista de las teorías de la argumentación jurídica, el análisis del contenido de la obligación de motivar las decisiones, y el modelo de lo que puede significar esa motivación según la concepción de Michele Taruffo (lo cual incluye y el papel que en ello desempeña el diseño institucional según los poderes que se otorgan al juez). En efecto, esto supone una concepción de la motivación como discurso justificativo de la decisión, en buena medida marcada por lo que Atienza, de

<sup>9</sup> Debe tenerse en cuenta que la falta de solución de continuidad entre ambos usos del término no se debe necesariamente a una confusión del autor correspondiente, sino a la necesaria imbricación en la que se encuentran, de tal manera que la separación analítica funciona (apenas a medias) con fines puramente expositivos.

manera reciente, ha denominado el *giro argumentativo* de la filosofía del derecho, el cual en la obra de Taruffo pasa por las relaciones entre diferentes tipos de Estado y el modelo de administración de justicia que le corresponde, siguiendo de cerca los planteamientos de Damaška que influenciaron buena parte de la obra del profesor de Pavía desde la década de los años ochenta del siglo XX.

### 3.1.1. *Dos sentidos de la jurisdicción*

Quienes pretendieron en el contexto italiano construir sistemas procesales lo hicieron a partir de conceptos axiales como la acción – en Chiovenda – y la litis – en Carnelutti. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO (2005, 103), conscientes de los límites de los conceptos axiales, definen la *actividad* jurisdiccional como la consistente en resolver conflictos o controversias entre sujetos, mediante la aplicación judicial de normas sustanciales destinadas a regular la hipótesis fáctica que suscita la controversia, con independencia del tipo de pronunciamiento que se pida al juez y con independencia del tipo de protección que el derecho otorgue.

Esa definición, por un lado, es demasiado amplia – en tanto permite abarcar distintos tipos de conflictos propiamente civiles – y, en consecuencia, concibe al proceso judicial (de conocimiento o de ejecución) como el instrumento típico a través del cual se ejerce la función jurisdiccional. Pero difícilmente permite abarcar un proceso en el que se juzga la legalidad o la constitucionalidad de una norma jurídica, o un proceso penal. Eso sugiere la conveniencia e incluso la necesidad de una definición más amplia, como la que propone (volviendo a vincular la noción de Estado) el ya citado Perfecto Andrés Ibáñez: «la jurisdicción es una función del Estado destinada a decidir con imparcialidad sobre situaciones controvertidas, según las reglas del derecho vigente» (ANDRÉS 2007, 39)<sup>10</sup>. Esta definición, pues, no indica la intensión del término “jurisdicción” pero permite una aproximación funcional al término.

Para Satta, por el contrario, la jurisdicción es un fenómeno de la vida social. Según el primero, la más común de las nociones de jurisdicción señala que es una función del Estado, y usualmente se pretende diferenciarla de las demás funciones estatales buscando su esencia, es decir, lo que le es propio. Sin embargo, considera que la reconducción al Estado no es esencial para el fenómeno jurisdiccional y que lo decisivo es el plano del poder: el poder del Estado, o de otros (como en el

<sup>10</sup> La función de resolver conflictos es la que mayor consenso genera entre las funciones atribuidas a los jueces. Menos consenso generan funciones como las de control social y creación de normas jurídicas (SHAPIRO 1981, 17). Está de más decir que sobre la creación de normas jurídicas por los jueces, la literatura es amplísima. Con todo, se verá en breve que la idea de “litigio estructural” puede verse como una evolución de la función de creación de normas jurídicas.

arbitraje), pero no el Estado mismo (SATTA 1970, 223). A Satta, en efecto, parece repugnarle la idea del Estado como una entidad superpuesta a la sociedad:

«con la personificazione dello Stato si introduce nella vita associata (e soprattutto nella giurisdizione) un signore misterioso col quale i singoli sono in rapporto di servizio» (SATTA 1970, 223).

Al contrario, cree este autor que la tripartición de las funciones o poderes del Estado solo busca expresar un principio político, según el cual la organización de la *societas* se articula en momentos diferentes, a cada uno de los cuales corresponde un poder. Así, dice Satta, si se quita de en medio la idea de función, y si se quita de en medio la «equivoca y peligrosa entificación» del Estado, la jurisdicción no sería otra cosa que la afirmación del ordenamiento jurídico en el único lugar donde puede hacerse esa afirmación: en un caso concreto. En otras palabras, para Satta la jurisdicción es el único momento verdaderamente esencial de la organización social, pues sin jurisdicción el ordenamiento perdería su juridicidad: el ordenamiento – dice – únicamente es jurídico en cuanto pueda y deba ser afirmado. En esa línea de pensamiento, la jurisdicción precedería a la legislación.

Para Taruffo, por el contrario, la idea central de la jurisdicción gira alrededor del concepto de Estado y, en particular, del concepto de Estado de Derecho: «es el Estado de Derecho, más que las reglas formales de la democracia, lo que representa el fundamento de la tutela de los sujetos más débiles y, en general de todos aquellos que son titulares de derechos, frente a la agresiva invasión de los poderes económicos fuertes, y frente a un poder político que se hace esclavo de los intereses privados» (TARUFFO 1996, 135). En cuanto al contenido de la jurisdicción en esa forma “evolucionada” del Estado de Derecho que es el Estado constitucional, Taruffo considera que está vinculado a la concepción del derecho de acción propio de las llamadas concepciones publicistas del proceso. Estas concepciones, en su opinión, conforman la “abrumadora” teoría de la decisión judicial en Europa en el siglo XX y, particularmente, en la segunda mitad (TARUFFO 2009a, 32). En ese sentido, aunque la garantía de acceso a la justicia ya se conocía al menos desde la Quinta Enmienda a la constitución de Estados Unidos, su contenido actual se concreta fundamentalmente en las constituciones de la segunda posguerra, de manera simultánea con la introducción de derechos sustantivos, de tal manera que el acceso a la justicia se concibe como forma de asegurar «la oportunidad de cualquier ciudadano para reivindicar sus propios derechos ante un tribunal». No es casualidad, pues, que la convicción de que el sistema de administración de justicia “formal” es incapaz de suministrar acceso a la justicia para todos, se haya considerado como una de las razones para la explosión de los llamados métodos alternativos de solución de controversias a finales de los años sesenta del siglo XX (TWINING 1993, 380).

Teniendo presente lo anterior, la función que Taruffo le atribuye a la justicia civil en el Estado contemporáneo como garantía secundaria de los derechos, pasa

por lo que el profesor de Pavía denominó la “juridificación” de la vida. Adicionalmente, se examinará la noción de controversia civil en la obra de nuestro autor, para examinar si es posible determinar los límites de su construcción teórica frente a solo un tipo de controversias.

#### A. Breve consideración sobre el enfoque funcional

Si bien en el fenómeno de mundialización de la justicia (quizás sea mejor emplear la expresión ya acuñada: globalización) se desdibujan el *imperium* y la *iurisdictio*, normalmente se considera – sobre todo por romanistas, historiadores del derecho y procesalistas – que esas son las dos notas características de la jurisdicción, esto es, de la facultad de *decir el derecho* por quien tiene poder para hacerlo. La literatura romanista sobre la distinción entre *imperium* y *iurisdictio* es abundante. LUZZATTO (1970) señalaba que la única forma de definir a la jurisdicción en el derecho romano era de manera sumamente genérica, debido a las numerosas variaciones del concepto en función de las diferentes épocas y las diversas formas del proceso. Igualmente, debido al hecho de que únicamente la *iurisdictio* se predicaba de las cuestiones civiles: en materia criminal de *iurisdictio* solo puede hablarse a partir del siglo III d.C. Sin embargo, señalaba el mismo autor que lo que está fuera de toda duda es que la *iurisdictio* no corresponde al concepto actual de jurisdicción<sup>11</sup>. Para este autor, la *iurisdictio* se refiere a un conjunto de poderes del magistrado, consistente en la facultad de indicar a las partes la norma aplicable al caso concreto. Esta indicación solo tiene un carácter técnico y encuentra su fundamento en el *imperium*, pero no se confunde con él, razón por la cual podía ser delegada, aun a funcionarios que no lo tuvieran. Por ello, la caracterización moderna de la jurisdicción parece heredar del derecho romano únicamente algunas notas fundamentales, sin que sea posible remontarse a él, más que para rastrear algunos antecedentes que iluminan algún aspecto de la concepción moderna de la institución. La vía del derecho romano, entonces, resulta insuficiente para caracterizar completamente la noción contemporánea de jurisdicción.

El ya citado Perfecto Andrés Ibáñez, de manera reciente, ha intervenido en el longevo debate sobre «la debatida naturaleza de la jurisdicción» (ANDRÉS, 2015, 76 ss.), recordando que era el propio Calamandrei quien negaba la posibilidad de dar una definición absoluta el concepto, porque este «ha experimentado transformaciones relevantes, tanto en su función como en su forma de inserción en el marco estatal, en distintos momentos históricos y muy en particular a partir

<sup>11</sup> No puede dejarse de advertir, con todo, que Luzzatto identifica la jurisdicción “actual” – el texto citado es de 1970 – con la fase final de la construcción del silogismo (LUZZATTO 1970, 191). Según el autor, el proceso romano del *ordo iudiciorum privatorum* estaba dividido en dos fases (*in iure* y *apud iudicem*), presididas respectivamente por el magistrado y por el juez, que carecía de *iurisdictio*, pero dictaba la sentencia.

de la segunda posguerra». En efecto, el mismo Calamandrei consideraba que la jurisdicción era la continuidad de la función legislativa, pues consiste en la actuación de la voluntad ya manifestada por el Estado en la ley.

### B. La jurisdicción como garantía secundaria de los derechos

Según la ya clásica formulación de ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1975, 202 ss.), la jurisdicción (obligatoria) es uno de los remedios para solucionar dos tipos de problemas de los que puede adolecer un sistema jurídico: (i) problemas de falta de conocimiento – duda o ignorancia – de la calificación normativa de una conducta (sea debido a defectos del sistema o a problemas de subsunción), o (ii) el incumplimiento o transgresión de las normas. Que la jurisdicción sea obligatoria, afirman, supone a su turno varias cosas: primero, que no es necesario el consentimiento del demandado o acusado para activarla; segundo, que éste no puede sustraerse a la misma ni es necesario su consentimiento; tercero, que la sentencia dictada por el juez puede imponerse aun coercitivamente. Esta caracterización acerca de la función que cumple la jurisdicción tiene una relación directa con el papel que cumplen las normas, pero no descuida un aspecto fundamental: que la activación de la misma solo se da cuando es necesario resolver conflictos de intereses<sup>12</sup>, porque ellos son reconducibles a problemas normativos. Esta concepción es una de las que Movilla (ANDRÉS, MOVILLA 1986, 156) clasificaría dentro de las que denomina teorías objetivas para caracterizar la jurisdicción. Según este autor, tales teorías pueden clasificarse en tres grupos: el de las subjetivas, esto es, las que consideran que la jurisdicción «tiene por fin tutelar los derechos subjetivos de los particulares»); el de las objetivas «que parten de la idea de que la finalidad de la Jurisdicción es la actuación del derecho objetivo»; y el de las mixtas, que no se apoyan en un único criterio sino en «la combinación de varios para del conjunto de todos ellos extraer la nota diferencial de la Jurisdicción». El autor considera, así, que la jurisdicción es una potestad<sup>13</sup> que emana de la soberanía del Estado, consistente en la posibilidad de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». Y considera igualmente que la jurisdicción se clasifica en alguna de las tres teorías mencionadas, atendiendo al propósito que se pueda atribuir a tal potestad. Sin embargo, en opinión del mismo, la mencionada taxonomía (que oscila entre la atención predominante al *jus litigatoris*

<sup>12</sup> Con todo, según los autores citados, los conflictos de intereses son básicamente de dos tipos: «aquellos en los que la controversia versa acerca de la clasificación o tipificación de un caso individual, es decir, en los que se discute si un determinado caso individual pertenece o no a un determinado caso genérico, y b) aquellos que versan sobre la calificación normativa de una determinada conducta». De allí se deriva que las sentencias sean de dos tipos: *declarativas*, que corresponden a problemas de clasificación, y *normativas*, que corresponden a problemas normativos, esto es, los que versan sobre el estatus normativo de una conducta (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1975, 204).

<sup>13</sup> Es justamente Movilla quien resta importancia a la diferencia entre *poder* y *potestad*, a pesar de un célebre texto de Víctor Fairén Guillén en ese sentido.

o al *jus constitutionis*) no rinde mayores frutos, pues lo que “en verdad” le interesa – dice – es «determinar lo que hay detrás de esa función». Por el contrario, Taruffo sí entiende – como Ferrajoli<sup>14</sup> y antes de él, aunque de manera mucho menos elaborada, Chiovenda y otros tantos, como Adolf Wach o Franz Klein – que la jurisdicción debe considerarse a partir de su finalidad como garantía secundaria de las garantías primarias, esto es, como garantía secundaria de los derechos, y no únicamente como una función normativa para la resolución de controversias de clasificación o sobre el estatus normativo de una conducta. En otras palabras, para Taruffo la jurisdicción es garantía de los derechos «porque es de naturaleza instrumental» a aquellos (TARUFFO 2012, 27)<sup>15</sup>. Y si la jurisdicción-órgano es la institución que hace posible el proceso, el derecho procesal objetivo es la forma a través de la cual se cumple la función jurisdiccional. De esta suerte, aunque es cierto que la jurisdicción no se reduce a lo procesal, también lo es que el (mal) funcionamiento de aquella suele atribuírsele a los defectos que acuse la ley procesal.

El carácter de garantía secundaria, pues, significa que la existencia y afirmación de los derechos es anterior a la existencia de los mecanismos que se desarrollen para restablecerlos en caso de vulneración (*rights precede remedies*, diría Taruffo). Por tanto, el papel fundamental de la jurisdicción es asegurar – de manera general, pues no puede existir ningún derecho sin tutela jurisdiccional – «la justiciabilidad de las violaciones de los derechos» (TARUFFO 1996, 136; TARUFFO 2009a, 22) a través de una serie de garantías procesales. TARUFFO (2009a, 35) señala también que tales garantías, complementarias del acceso a la justicia, serían la independencia y la imparcialidad judicial, el principio de legalidad (que limita las posibilidades creadoras de derecho del juez y da amparo al control de las decisiones judiciales por vía de los diversos mecanismos de impugnación) y la garantía de

<sup>14</sup> Así, expresamente, en TARUFFO 2012; Ferrajoli ha entendido que uno de los defectos de la teoría de Kelsen es la confusión entre derechos y garantías. En efecto, considera que cuando Kelsen define un derecho como el reflejo de un deber jurídico, lo que en realidad refleja es que no logra distinguir entre la garantía primaria (en sus términos, «la obligación de prestación o la prohibición e lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo») y la garantía secundaria (que él define como «la obligación de anulación o de condena predisuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito»). Al respecto, véase FERRAJOLI 2007a, 630 e 861. A su turno, al abordar la cuestión de la separación de poderes (FERRAJOLI 2007b, 196 ss.) reformula la separación de los poderes públicos como separación entre funciones de garantía y funciones de gobierno, y ha destacado que «la separación de la función judicial de los demás poderes públicos» ha revelado “su función grantista”, que no consiste en el simple respeto de la ley, sino en la aplicación de la ley si ésta resulta violada (FERRAJOLI 2007b, 199).

<sup>15</sup> Fiel a la tradición postsistemática de la que es heredero, Taruffo considera que entre los derechos debe incluirse a los sociales, tales como los de libre organización, afiliación a sindicatos, educación, entre otros. Para ello es necesario asumir – afirma – que las normas constitucionales y particularmente las que consagran derechos no se dirigen sólo al legislador sino también a todos los demás sujetos y, particularmente, a los jueces: es necesario que los jueces las apliquen directamente, «aun cuando no existan normas de nivel ordinario que reconozcan estos derechos» (TARUFFO 2012, 30)

motivación de las sentencias. Esas garantías bien podrían complementarse con lo que se ha denominado el «monopolio judicial de los tribunales» –, compuesto por dos notas esenciales de la jurisdicción. En primer lugar, la exclusividad, tanto en sentido positivo – la jurisdicción corresponde exclusivamente a los jueces, y a nadie diferente de ellos – como negativo – los jueces no han de ejercer ninguna otra función –. Y, en segundo lugar, la unidad, es decir, la existencia de un único cuerpo de jueces. Para Taruffo, entonces, la relación entre la ley sustancial y la jurisdicción puede verse, de manera gráfica, como una proyección en el tiempo: mientras la ley sustancial se proyecta sobre el futuro, la función de la jurisdicción se proyecta sobre el pasado, al restablecer un estado de cosas que ya existía (TARUFFO 1996, 140).

Con todo, Taruffo no parece convencido de que en todas las concepciones de la jurisdicción se haya procedido de la misma manera. Dado que es especialmente crítico con el modelo *adversary* de administración de justicia, parece dispuesto desde el inicio a negar que sea siquiera posible, en este tipo de sistemas, desempeñar la función de la jurisdicción así caracterizada. En el modelo estadounidense, por ejemplo, considera que la premisa de la igualdad de las partes – que, en teoría define el modelo – es apenas aparente. Para Taruffo, en realidad, «el grado de *fairness* del proceso *adversary* no es definible ni evaluable *a priori*, sino solo en función de la relación de la capacidad defensiva de las partes en cada caso concreto particular» (TARUFFO 1979, 98). Y la capacidad “defensiva” desaparece razonablemente cuando entre ellas hay una desigualdad intrínseca (por ejemplo, en razón de su diversa capacidad económica), que no es solucionada o superada por el Estado mismo al momento de operar la jurisdicción. La igualdad de las partes, en realidad, parece verse reducida no solo por condiciones “intrínsecas”, sino también por fenómenos ajenos al proceso mismo. En ese sentido, la tendencia a resolver conflictos a través de instrumentos no judiciales e incluso no contenciosos entre partes iguales, hace que la jurisdicción quede reservada (tendencialmente) a casos en los que el proceso se resuelve entre partes desiguales, es decir, a una porción mínima de la totalidad de los conflictos, lo que en al menos preliminarmente impide que se cumpla la función de garantía a la que se ha aludido. Esta tensión, en ese sentido, es prácticamente imposible de superar, al menos en términos de la eficacia del sistema: «o se admite que este [se refiere al sistema *adversary*] se ha construido *ad hoc* para las tradicionales controversias individuales de la burguesía pudiente, y entonces se puede decir que presenta un buen grado de efectividad [...] o bien [...] se afirma que el proceso *adversary* es el proceso “para todos”, y entonces es necesario concluir que tiene un grado de efectividad bajísimo, porque en la mayor parte de los casos en que entra en juego no está en capacidad de obrar *iuxta propria principia*» (TARUFFO 1979, 100).

Ahora bien, a pesar de lo aparentemente banal que resulta esta caracterización de garantía secundaria, hay concepciones en las que, al contrario, se sostiene que

“*remedies precede rights*”. Se trata de concepciones en las que «sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados o reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales» (TARUFFO 1996, 141). En estos casos – Taruffo se refiere de manera predominante a una *fight theory of justice* (TARUFFO 1981, 6) – la forma del proceso es un fin en sí mismo pues la finalidad del Estado, cuando de controversias se trata, se reduce a propiciar un escenario “libre” para la confrontación y la justicia material de la decisión no es una finalidad necesaria del proceso judicial. Si esto es así, sólo la ley sustancial confiere o reconoce derechos y la jurisdicción – a través de la ley procesal – tiene únicamente una función de restauración de la situación jurídica precedente a la vulneración del derecho. Un modo de ver las cosas como este – es decir: en el que no importa tanto la corrección material de la decisión como la corrección del procedimiento que se emplea para llegar a ella – pasa por alto, advierte nuestro autor, una de las notas predominantes de la jurisdicción en los ordenamientos modernos: que nuestras sociedades viven una permanente (y, se añadiría, inevitable) juridificación de las relaciones sociales y de las situaciones subjetivas y que, por lo tanto, lo que se juega en un proceso judicial es algo más que la corrección de las formas de debatir ante un juez pretendidamente imparcial.

### C. La juridificación<sup>16</sup>

Un conocido artículo de Robert SUMMERS (1974) en el que empleó como recurso a la sociedad imaginaria de Bodea, partía del lugar común según el cual los sistemas jurídicos operan a través de “procesos”: para designar funcionarios, para crear y aplicar el derecho, para imponer sanciones, etcétera. Y destacaba que no sólo era posible evaluar los resultados de esos procesos, tal como parecía habitual en la teoría jurídica, sino también los procesos mismos. Su propuesta consistía en evaluar los procesos a través de valores procesales (*process values*), esto es, mediante criterios de valoración que permitan determinar si un proceso jurídico es bueno en tanto proceso, al margen de cualquier evaluación de la eficacia o bondad de su resultado. La juridificación a la que se refiere Taruffo (señalada en el epígrafe anterior), de esta manera, es algo así como el género al que pertenecerían los *legal processes* de Summers, de los cuales el que más le interesa, como resultará evidente, es el de aplicación del derecho a través de la jurisdicción. Pero la jurisdicción es imposible de concebir al margen del Estado y sus funciones, de tal manera que conviene comprender cómo se estructura en nuestro autor el paso de la creación estatal del Derecho a su aplicación en sede jurisdiccional.

<sup>16</sup> La expresión juridificación (como acción y efecto de hacer o convertir algo en jurídico) en castellano, es un verdadero neologismo que, no obstante, tiene fuerza explicativa sin necesidad de mayores elaboraciones idiomáticas. Taruffo emplea en italiano la voz *giuridificazione*.

Cuando Taruffo caracteriza los vínculos entre el modelo de estado y el tipo de jurisdicción, se apoya en la reconstrucción de Damaška, considerada como alternativa a la sempiterna división entre sistemas acusatorios e inquisitivos. En efecto, el enfoque que Damaška imprimió a los estudios comparados tuvo su punto más alto en la propuesta de revisar las diferencias conceptuales entre los sistemas de *common law* (y su asociación a procesos judiciales de tipo acusatorio o – para usar el neologismo – *adversarial*) y de *civil law*. DAMAŠKA (1986, 16) buscaba reemplazar ese análisis por un esquema más complejo que tenía en cuenta tres aspectos conceptuales: a) las propiedades o atributos de los funcionarios judiciales (que pueden ser o profesionales y permanentes o legos y transitorios); b) las relaciones entre esos funcionarios (que pueden ser subordinados unos a otros, o encontrarse en relación horizontal); y c) la forma de tomar decisiones (según se haga de acuerdo con patrones técnicos o especiales<sup>17</sup> o normas generales de la comunidad). De acuerdo con CHASE (2005, 66) el particular modo en que se imbrican en un país las tres capas de análisis determina qué tipo de sistema procesal se ha adoptado. En opinión del mismo Chase, el autor de origen croata considera – como él mismo – que el fundamento cultural de los sistemas de resolución de controversias es muy profundo<sup>18</sup>. Taruffo, por su parte, considera que la utilidad de la distinción de Damaška está en que permite hacer evidente que la etiqueta “inquisitivo”, aplicada al proceso civil, es «un mero artificio retórico generalmente usado para provocar reacciones negativas con respecto a modelos procesales en los cuales el juez está dotado de poderes autónomos».

Los tres aspectos que considera Damaška le permiten muchas combinaciones y algunas generalizaciones, pero tienen por característica principal advertir la imposibilidad de hacer asociaciones necesarias entre las distintas categorías, cuyas combinaciones son, en consecuencia, apenas contingentes. De allí surgen los dos esquemas básicos de organización posible de la jurisdicción que Taruffo termina adoptando, al menos parcialmente. Por una parte, el de jueces-funcionarios, organizados jerárquicamente y que deciden con arreglo a criterios técnicos, que da lugar a la organización vertical del poder judicial. Este esquema es el que se estima más cercano a la realidad europea continental. Y por la otra, el de jueces (al menos en cuanto a los hechos: *fact finders* o *triers of fact*) legos, en un único nivel – al que llama “coordinado” y que, como se señalaba antes, en la traducción al español de su obra se denomina “paritario” –, que se asocia fundamentalmente al *common law*.

<sup>17</sup> Damaška se refiere a «special or “technical” standards».

<sup>18</sup> Taruffo siempre ha creído que la base necesaria de cualquier sistema de resolución de controversias está en los aspectos culturales de la sociedad correspondiente. En ese sentido, considera imposible una unificación e de los sistemas procesales civiles entre sí, porque implicaría – dice – la reducción a la nada de las diferencias históricas, éticas, sociales y culturales de una comunidad, que no solo constituyen una complejidad enorme, sino además una riqueza irrenunciable (TARUFFO 2013, 41).

Si bien no hay extremos necesarios, en el ideal jerárquico (DAMAŠKA 1986, 19) se supone la profesionalización de la jurisdicción a partir de la rutina y la especialización. En opinión del autor, esto permite el desapego emocional del juez respecto de las causas que decide y permite que el pronunciamiento de la sentencia pueda adscribirse las *curiae*, entendidas como entidades impersonales diferentes del individuo que las integra. Al mismo tiempo, es un modelo que anula o matiza las voces disidentes. En estos casos, el poder se proyecta desde lo alto hacia los niveles más bajos y es posible que se produzcan grandes desigualdades entre los distintos niveles de la jerarquía y los conflictos que debe resolver – justamente por el hecho de haber una jerarquía – el nivel más alto del escalafón. En este modelo, pues, la discrecionalidad no hace parte del juego, ya que se privilegian los valores de orden y uniformidad. De allí que las decisiones sean, por definición y salvo en el nivel más alto de la jerarquía, esencialmente revisables a través de un sistema de recursos más o menos complejo. Dado que el sistema es piramidal (con una base amplia de jueces en los estratos más bajos y una élite muy pequeña en el nivel más alto), no todas las decisiones pueden ser revisables, lo que obliga a que el sistema mismo seleccione cuáles son los asuntos “decidibles” por los niveles más altos. Esas revisiones por el superior tienden a producir un alejamiento de la justicia del caso concreto como efecto de la insensibilización, pero también – siempre en cuanto al llamado modelo jerárquico – obligan a asumir como no definitiva, al menos en línea de principio, la decisión que adopta el primer tribunal que conoce del asunto. Tal como señala el veterano profesor croata, la primera decisión de fondo que se adopta suele considerarse como meramente provisional, de tal manera que la interposición de recursos es una consecuencia casi necesaria de la decisión. En otras palabras, los recursos son algo que, en el orden normal de las cosas, va a suceder: lo rutinario es que una decisión sea revisada por el superior jerárquico de quien la ha tomado (DAMAŠKA 1986, 48)<sup>19</sup>.

Por otra parte, el modelo jerárquico parece necesitar de un material normativo particular. Damaška encuentra que hay dos tipos de orientaciones cuando se trata de la adopción de decisiones con arreglo a patrones o criterios: una tecnocrática y otra legalista. En la primera, que podría reconducirse a cierto consecuencialismo, el juez debe evaluar todas las posibles consecuencias alternativas de adoptar una decisión y elegir la que arroje las consecuencias más relevantes desde el punto de vista de los objetivos planteados. La orientación legalista, por su parte, no tiene en

<sup>19</sup> No debe dejar de anotarse lo que todo ello supone en términos de eficacia del derecho y de eficiencia del aparato judicial en este tipo de modelos. Un sistema que por defecto debe decidir varias veces el mismo asunto tiende a perpetuar una imagen precaria de la eficacia de las normas jurídicas (que necesitarán de una decisión que pueda considerarse definitiva, y no será la primera), y a desperdiciar recursos pues se sabe que, de manera tendencialmente inevitable, la decisión del primer juez nunca será definitiva. En cuanto a los hechos, parece haber mayor consenso en que los tribunales superiores, por ejemplo de casación, tienen menos acceso a su determinación.

cuenta ni la formulación de objetivos ni el alcance de esos objetivos, de tal manera que la norma debe aplicarse, aunque los resultados sean negativos. Para Damaška, pues, el ideal jerárquico es más fiel a sus premisas cuando la jerarquía se arregla en un esquema normativo legalista, en el que la visión de conjunto e interpretación de las normas generales se forma en lo alto de la jerarquía y de allí desciende<sup>20</sup> (DAMAŠKA 1986, 23). Este enfoque legalista es usualmente atribuido al surgimiento de las universidades italianas en el siglo XI, y parece haber calado bien en las burocracias centralistas de los siglos XVI y XVII.

El segundo gran modelo es el coordinado (o paritario), que Damaška describe como una máquina amorfa en la que las líneas que separan a unos funcionarios de otros son pocas, pero evidentes. Este ideal supone simplemente la existencia de un marco institucional para el ejercicio de la función judicial, en el que los funcionarios son legos, no profesionales, y ejercen ese papel por tiempo limitado. No hay una frontera nítida, pues, entre estar adentro y estar afuera del sistema: no hay solución de continuidad entre la esfera personal y la esfera funcionarial, de tal manera que – señala Damaška – el pensamiento institucional es bastante rudimentario. Esto explica que en el modelo ideal coordinado (o paritario), los pronunciamientos de los jueces sean mucho más “personales” o menos institucionalizados y que, ante la ausencia de una dimensión institucional, los votos disidentes sean habituales en los cuerpos colegiados. Así mismo, la no profesionalización genera la necesidad de un cuerpo de profesionales asesores (letrados, *clerks*, *magistrati*, secretarios judiciales, etc.).

En este segundo modelo, la nota característica de la distribución horizontal del poder dificulta la protección de la unidad de la estructura y la uniformidad en el criterio de adopción de decisiones. Pero según Damaška, ese riesgo se contiene mediante un factor interno (y subjetivo) de cohesión: el temor a generar un caos y a las retaliaciones que puedan suscitarse por el hecho de frustrar los efectos deseados por colegas<sup>21</sup>. Esta descripción del modelo se asemeja a la que POSNER (2008, 29 ss.) denomina «teoría estratégica del comportamiento judicial», en función de la cual los jueces decidirían pensando en la reacción de otros jueces, del legislador o de la sociedad misma. El derecho, pues – de manera semejante a lo que sostiene una de las premisas fundamentales del realismo jurídico americano –, juega un papel apenas marginal como elemento de cohesión, de unidad y de coherencia en las decisiones jurídicas. Hay, en palabras de Damaška, una cierta

<sup>20</sup> A esto lo denomina Damaška “legalismo lógico”, en el que los criterios de decisión carecen de contexto y no toman en cuenta los detalles del caso. La alternativa es un legalismo (que llama pragmático), en el que las normas son tan concretas que la función judicial consiste únicamente en comparar la norma con el caso.

<sup>21</sup> Dice Damaška: «These and similar possibilities of frustration of one another’s efforts may raise fears of retaliation and dead adjustment and cooperation. In other words, not unlike the international arena, the fear of reciprocity becomes a cohesive force, replacing the duty to submit to the imposed and the ordained that prevails in hierarchical organizations» (DAMAŠKA 1986, 25).

cantidad de desorden, pero ese es el precio que se paga por una distribución amplia del poder que encierra la jurisdicción, de manera similar a la forma en la que se reparte la divinidad en la mitología griega: con la única subordinación a Zeus, los demás dioses guardan una cierta homogeneidad. Así mismo, los jueces en el modelo coordinado tendrían entre sí una cierta homogeneidad en prestigio y poder, no obstante las diferencias que existen entre ellos. En el terreno de la justicia sustantiva, el modelo coordinado – a diferencia del jerárquico – parece rechazar criterios de justicia técnica y formalista y privilegia, en su lugar, criterios que se correspondan con las normas éticas, políticas o religiosas predominantes en la sociedad<sup>22</sup>. Por eso, Damaška asocia las concepciones *activistas* de la justicia con este modelo, que considera la justicia sustantiva como una mezcla de sentido común con normas éticas y políticas.

Pues bien: Taruffo, que no incorporaba este tipo de análisis en sus trabajos iniciales, parece dar cabida a las ideas de Damaška muy pronto. Y uno de los escenarios en los que lo hace es a través de la referencia a la juridificación como instrumento a partir del cual opera la jurisdicción. Esa juridificación, pues, para nuestro autor (TARUFFO 1987) consistiría en el conjunto de instrumentos a través de los cuales – en términos de Habermas – el “mundo vital” resulta colonizado por el mundo jurídico. Con esta expresión no se refiere el profesor de Pavía únicamente al fenómeno que ocurre a través de la legislación, como parece intuir el filósofo alemán: se incluye también el subsistema juridificador de la administración, que opera en «segmentos cada vez más numerosos y relevantes» y, por supuesto, el de la administración de justicia. Lo que interesa de la juridificación, entonces, no es el hecho de que el ordenamiento jurídico, al expandirse progresivamente, englobe o colonice zonas del “mundo vital”, atribuyéndoles una calificación jurídica que no tenían. Por el contrario, lo que importa de la juridificación (y que da relevancia al papel jurisdiccional en tanto el juez no se comporte simplemente como *passive umpire*) son los criterios con arreglo a los cuales una relación o una situación jurídica termina siendo calificada jurídicamente y los efectos que de ello se derivan. En palabras de Taruffo, pues, lo que verdaderamente importa son las “elecciones de juridificación” (TARUFFO 1987, 583) y, por supuesto, la justificación de esas elecciones.

<sup>22</sup> Con todo, aclara Damaška que no hay conexión necesaria entre la aplicación de normas “comunitarias” (se refiere con ese término a las normas cuya justicia sustantiva se determina por las concepciones éticas y políticas predominantes en una sociedad) y los funcionarios legos. Las normas comunitarias también podrían ser aplicadas por funcionarios de carrera, y a los legos podría encomendársele la función de aplicar normas preestablecidas. Sin embargo, dice, en uno y otro caso surgirían tensiones: en el primero, porque el cuerpo de conocimientos desarrollado por los funcionarios profesionales podría entrar en conflicto con la justicia sustantiva; en el segundo, porque los legos no se sentirían cómodos al verse vinculados por criterios técnicos que no necesariamente entienden y que pueden llevar a soluciones incompatibles con sus propias ideas (DAMAŠKA 1986, 28).

Pero a nuestro autor no se le escapa el hecho de que el derecho no sólo se ocupa de situaciones materiales ya existentes y anteriores al él. La juridificación consistiría, también, en la creación *ex novo* de situaciones jurídicas que no se derivan del “mundo vital”, para que sea allí donde se proyecten sus efectos. Tal sería el papel, en su opinión, de la llamada «función constitutiva del derecho». Ahora bien: dado que la juridificación como actividad no coincide con la legislación como proceso a cargo de un sujeto u órgano legislador, Taruffo considera relevante aclarar que la juridificación que tiene lugar en la jurisdicción no es una actividad que dependa íntegramente de la legislación. Esto quiere decir que la juridificación que tiene lugar en el ámbito jurisdiccional a veces es dependiente de la legislación y a veces es autónoma respecto de aquella. Esto, a su turno, es un indicio acerca de las convicciones políticas de Taruffo sobre las decisiones judiciales como fuente del derecho.

En efecto, la idea de una jurisdicción como actividad secundaria, derivada de la legislación y limitada por ella, simplemente presupondría «una específica ideología de la función del juez», como boca inanimada de la ley (TARUFFO 1987, 584), imagen que, si se pretende considerarla como una descripción de la realidad, es sencillamente falsa. De manera clara, esa imagen “ideologizada” no correspondería a sistemas en los que la fuente formal del derecho no es de manera exclusiva o mayoritaria el parlamento<sup>23</sup> pero además – afirma – no tiene en cuenta el hecho de que la juridificación ocurre de manera diferente según sea obra del legislador o del juez. Taruffo piensa, en este sentido, en las interacciones entre el subsistema jurídico y los subsistemas económico y político como una de las razones que justifica trazar la distinción entre varios tipos diversos de juridificación de la realidad.

#### a) *La juridificación legislativa*

En cuanto a la juridificación legislativa, la consideración inmediata para nuestro autor consiste en los efectos de la calificación jurídica de supuestos de hecho, ya que es esa calificación (en realidad, una categorización) lo que permite seleccionar del “mundo vital” los hechos relevantes. Con todo, es necesario subrayar que en este punto Taruffo considera especialmente importante destacar que es el grado de generalidad de la norma lo que contiene un “programa de juridificación”, que puede ser tan indeterminado cuanto la norma misma lo permita: una norma más general, señala (TARUFFO 1987, 587) – por ejemplo un principio constitucional – tiene un efecto más extendido (aunque tendencialmente más vago, más débil y, en

<sup>23</sup> Aquí Taruffo se refiere específicamente al *common law*, al atribuirle un «modo de producción del derecho» prevalecientemente en manos de los jueces (TARUFFO 1987, 585). Esta descripción del *common law* será matizada de muchas maneras por el mismo autor en trabajos sucesivos, particularmente en TARUFFO 2006 (incluido en TARUFFO 2009a), donde ofrece una visión mucho más precisa (y actualizada) de lo que serían las diferencias fundamentales entre los sistemas procesales de *civil law* y de *common law*.

cierta medida, con efectos más imprevisibles), mientras que una norma menos general – por ejemplo, la que fija el término para impugnar una decisión – tiene un efecto más limitado (más preciso, por tanto, más “fuerte” y con efectos más previsibles).

Ahora, todavía en cuanto a la juridificación legislativa, parece evidente la herencia tarelliana de la interpretación jurídica en Taruffo cuando señala que las normas jurídicas son, en realidad, un esquema para referencia de futuras calificaciones jurídicas de los hechos. En efecto, el legislador no prevé – no puede prever – las circunstancias específicas en las que va a llevarse a cabo una determinada calificación jurídica en un caso futuro y, por lo tanto, desconoce los pormenores del caso concreto que se va a subsumir dentro de la hipótesis que ha creado o, peor aún, desconoce si la norma va a ser aplicada o no y aun, en su caso, cómo va a ser aplicada. Esto, de todas maneras, significa que el legislador puede en cualquier momento modificar la juridificación que ha producido. Los efectos producidos por las normas, en ese sentido, se ubican según Taruffo fuera del sistema jurídico, de tal manera que el legislador tendrá primero que identificar si un determinado hecho social es consecuencia de la legislación o de alguna otra causa, para decidir si debe intervenir, y cómo, para modificar los efectos producidos por las normas, cuidando siempre de no generar una hiperlegalización del sistema social, como una suerte de efecto en cadena de la decisión de intervenir (TARUFFO 1987, 590). Esto indica que es bien consciente de que la explosión legislativa no es un fenómeno lineal, sino caótico e incoherente, tanto si se produce de manera “fisiológica”, como si se produce como consecuencia de la interacción con la juridificación jurisdiccional (TARUFFO 1987, 597). Al mismo tiempo, considera que el aumento de la legislación no produce sólo un aumento de la complejidad del sistema jurídico sino también un aumento de su desorden y, por lo tanto, de la incertidumbre que genera, problemas que en últimas terminan trasladados para su solución a la jurisdicción.

#### b) *La juridificación judicial*

Para Taruffo la juridificación sin la jurisdicción parecería ser un fenómeno apenas político. Esto es especialmente importante cuando la esfera de la juridificación legislativa parece quedarse en la forma y no alcanza la realidad. En efecto, para nuestro autor, sin la labor de los jueces los derechos de nueva creación (por ejemplo, los sociales), quedarían inactuados. El juicio, aquí, parece estar claramente anclado al nivel descriptivo de una cierta realidad social cuando señala que «muchos de los llamados nuevos derechos tienen origen en la creación jurisprudencial que da cuerpo y sustancia a principios generales de justicia y a la necesidad de tutela» (TARUFFO 1996, 140). Esto tiene importantes consecuencias: la jurisdicción es, de manera decidida, creadora de nuevos derechos y, además, creadora de los mecanismos para hacerlos efectivos, es decir, creadora de *remedies*

que no le vienen dados por el legislador. Esto se debe a varios factores: la estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, entre otras. Evidentemente, esto resulta más relevante en los ordenamientos donde la *equity* juega un papel predominante, pero es innegable que al describir así la función judicial Taruffo evidencia problemas de fondo relacionados con la eficacia del derecho, aun en ordenamientos en los que el derecho legislado tiene mayor relevancia.

Con todo, dado que la decisión judicial tiene por objeto una situación concreta – salvo casos excepcionales, como la decisión de puro derecho sobre la validez material de una norma jurídica, como acontece en los tribunales constitucionales –, nuestro autor destaca que no debe perderse de vista jamás que siempre se trata de una situación fáctica particular, pero juridificada. La juridificación, explica, no la realiza el juez por vía de abstracción, identificando categorías de hechos, sino por vía de concreción, es decir, aislando la hipótesis individual y asignándole un significado jurídico. Y es justamente esto lo que autoriza a que en algunos casos el acto jurisdiccional de calificación permita la aplicación, por ejemplo, de precedentes que no serían otra cosa que la atribución a otra situación concreta de hecho, de la misma calificación jurídica (TARUFFO 1987, 592).

Así las cosas, la juridificación jurisdiccional «puede ser vista como un acto o un conjunto de actos con los cuales el derecho “coloniza el mundo vital” o “legaliza la sociedad”», sobre la base de criterios extrajurídicos. Y así como en la juridificación legislativa existe el riesgo de hiperlegalización, en la judicial ha sido identificado desde hace ya varias décadas un fenómeno de *litigation explosion*, que afecta la funcionalidad de los sistemas y que, sobre todo, ha marcado el ritmo de no pocos cambios legislativos. En efecto, el cambio en la consideración política del juez como mero ejecutor de las palabras de la ley, a juez garante (y creador) de derechos, ha hecho que el órgano jurisdiccional adquiera nuevos significados, incluso frente a la sociedad, ante la que ha ganado visibilidad y se ha revalorizado. Se puede seguir hablando de la jurisdicción como función de aplicación de la ley – dice Taruffo – pero el *denotatum* de esta definición ha cambiado radicalmente, porque las operaciones de política del derecho ahora pasan a través de la jurisdicción, tanto como a través de la legislación (TARUFFO 1987, 595).

De esta manera, los dos modos de juridificación no sólo no se excluyen sino que se complementan incrementalmente: el aumento de la juridificación legislada amplía el papel que debe jugar la jurisdicción, pues al añadirse al ámbito de lo jurídico situaciones que antes no estaban en él, se aumenta la posibilidad de que sea necesaria la intervención judicial para su reconocimiento o concreción. En otras palabras, este fenómeno convierte en jurídicos los conflictos que antes eran de otro tipo y, por tanto, demanda la intervención del órgano jurisdiccional. Si a esto se le añaden los casos de defectuosa juridificación (es decir: casos de lagunas y

de antinomias, que podrían ser inevitables), será la jurisdicción quien, finalmente, tenga que resolver la controversia.

La juridificación como fenómeno material, pues, requiere de la jurisdicción de manera necesaria. Y en la elaboración teórica de Taruffo ese modelo no surge espontáneamente ni hace parte de un programa reformador<sup>24</sup>: nuestro autor, por el contrario, parte de la existencia efectiva de algunas instituciones y, como un científico social, las analiza para criticarlas. En ese sentido, no asume una especie de concepto natural de la jurisdicción. Ya CAPPELLETTI (1989, 30) había señalado que la decisión judicial es inevitablemente creativa (de derecho) y que el grado de creatividad exigido va en aumento. A esos efectos, el autor florentino hacía una distinción fundamental: para él, no es lo mismo que el juez sea “creador de derecho” (*lawmaker*) a decir que sea “legislador” (*legislator*). Ser creador de derecho significa que debe interpretar, integrar, clarificar e, incluso, crear derecho *ex novo*. Pero esto no convierte a los jueces en legisladores: aunque ambos procesos (creación de derecho y legislación) puedan implicar lo mismo en términos sustantivos, no lo son en términos procesales. El proceso judicial se caracteriza, en su opinión, por la conexión inmediata con casos y con controversias y por la imparcialidad del juez, rasgos que le diferencian esencialmente del proceso político de la legislación<sup>25</sup>. En efecto, Taruffo – como se vio antes – estima que son menos habituales las teorías de la decisión judicial que parten de una particular teoría del derecho y de la función que desempeña lo que denomina “el juicio”: resolver una controversia (TARUFFO 1989).

En estricto sentido, hay teorías de la decisión judicial que se remontan a la teoría el conocimiento (como la teoría del silogismo, mayoritaria en el ámbito italiano en los siglos XVIII y XIX), que partían de la necesidad política y metodológica de racionalizar la actividad decisoria y que luego se ven desafiadas por las teorías antiformalistas de la segunda mitad del siglo XIX en adelante<sup>26</sup>. Taruffo, por el contrario, parece sentirse cómodo entre las teorías de la decisión judicial de la segunda posguerra, que no pretenden lo que él mismo denomina la omnicomprensividad de las teorías globalmente silogísticas y antisilogísticas, sino

<sup>24</sup> La juridificación, en todo caso, tiene íntima relación con las denominadas crisis de la ley y de la administración de justicia, que por esencia son fenómenos que reclaman intervención reformadora. Para Taruffo, al menos la segunda mitad del siglo XX ha supuesto una crisis de la (administración de) justicia. En ese sentido, Taruffo coincide con la idea de Treves (y anticipada en cierta forma por Calamandrei), según la cual la crisis de la justicia – que de alguna manera parece ser una crisis permanente, un problema destinado a no resolverse de manera definitiva – se ha entendido siempre como crisis del aparato judicial, «como crisis de un aparato que no resulta no estar ya en situación de satisfacer las demandas crecientes y las exigencias apremiantes de nuestra sociedad en transformación» (TREVES 1974, 57).

<sup>25</sup> No es casualidad, entonces, que Kelsen llegase a sostener que se hubiese centralizado primero la función de aplicar el derecho que la de crearlo.

<sup>26</sup> Taruffo rechaza de manera enfática lo que podría traducirse como el “sofisma antilogicista”, que reclama la naturaleza intuitiva, subjetiva e irracional de la decisión judicial (TARUFFO 1989).

que tienen como punto de referencia el razonamiento jurídico o el razonamiento sobre normas, con campos de indagación fecundados por la filosofía analítica, tales como el análisis lógico y semántico del lenguaje normativo y jurídico, el análisis de la argumentación<sup>27</sup>, etcétera. Pero en ese terreno de comodidad, el profesor de Pavía no considera dominante ninguna orientación teórica y, más bien, prefiere distinguir entre verdaderas teorías *de la decisión* y teorías *del razonamiento jurídico*, pues las segundas en el mejor de los casos llegan a elaborar teorías del juicio de derecho, olvidándose de juicio de hecho, mientras que las primeras, al menos en principio, necesariamente tienen que ocuparse también de la justificación del enunciado fáctico. En realidad, la crítica a las teorías de la decisión judicial parte de considerar que en ellas la distinción entre ambos juicios está infravalorada, tanto en las teorías que pretenden ver en la decisión judicial una única cuestión (v.gr. las teorías silogísticas), como en las que sólo atienden al problema de la interpretación de las normas, menospreciando el resto de cuestiones relevantes. Que en la decisión judicial haya dos tipos de juicio (uno de naturaleza cognoscitiva, otro de naturaleza “hermenéutica”; uno que finaliza con un enunciado descriptivo susceptible de ser calificado como verdadero o como falso; otro que finaliza con un enunciado prescriptivo susceptible de ser calificado como válido o inválido), le hacía reclamar a Taruffo, sobre los años ochenta del siglo pasado, mayor atención al juicio de hecho<sup>28</sup>, tarea que él mismo contribuiría a desarrollar muy poco tiempo después. Sin embargo, para llegar allí parece necesario estimar algunos presupuestos que hacen posible la teorización, a saber: las relaciones entre la jurisdicción (y el entorno cultural en el que se desarrolla) y la racionalidad.

### 3.2. *La noción de controversia civil*

Ahora bien: ¿a qué se aplica la jurisdicción? Ya se ha señalado antes que Taruffo no ha pretendido construir una teoría general de la jurisdicción y ni siquiera de la prueba. Su interés parece estar limitado a la teoría sobre la resolución jurisdiccional de controversias civiles, como un fragmento de una teoría verdaderamente general. Esto puede obedecer a tres posibles razones explicativas: según la primera, Taruffo podría considerar que las controversias civiles son

<sup>27</sup> Debe destacarse aquí que hay ocasiones en las que Taruffo (TARUFFO 1975) se refiere a la argumentación “tópica” y a la argumentación “retórica”, destacando las que Atienza llamó teorías precursoras de la argumentación (en particular las de Viehweg y Perelman). Lo destacable, ya se ha dicho, es que este relieve de TARUFFO tiene lugar antes de la explosión de las llamadas teorías estándar de la argumentación a partir de 1978.

<sup>28</sup> Escribía Taruffo que «[...] osservare che giudizio di fatto e giudizio di diritto sono intrinsecamente connessi e dialetticamente interdipendenti non significa che il primo coincida col secondo, né tanto meno che entrambi si confondano in un *tertium genus* indeterminato ed indefinibile sul piano razionale» (TARUFFO, 1989). Treinta años después, hay quienes consideran que la brecha se ha cerrado completamente (BAYÓN 2008).

esencialmente diferentes de otro tipo de controversias y, por lo tanto, conscientemente se especializa en las primeras para marcar las distancias necesarias con otro tipo de asuntos que podría no dominar. Según la segunda, Taruffo podría desconocer si las controversias civiles son esencialmente diferentes de las de otros tipos, razón por la cual, en una suerte de autorrestricción, sus investigaciones se concentran en las controversias gobernadas por el derecho privado, para evitar imprecisiones en caso de pretender una teoría general que no sabe si está en capacidad de hacer. Según la tercera posibilidad, Taruffo sabría a ciencia cierta que las cuestiones teóricas y epistémicas de la justicia civil son, en lo esencial, idénticas a las que ocurren en otros ámbitos de la jurisdicción y, por tanto, la justicia *civil* es un pretexto para referirse a las cuestiones fundamentales. Nuestro autor deliberadamente reconoce que hay cuestiones particulares en ámbitos como el de la justicia penal, en los que prefiere no inmiscuirse, y se decanta, más bien, por trazar una delimitación de aquello que sí le interesa, reconociendo de alguna manera que hay sutilezas que podría no estar en capacidad de captar en ámbitos diferentes. Así, por ejemplo, sostiene que el proceso penal y el administrativo «tienen implicaciones culturales, institucionales, políticas y sociales completamente diferentes y autónomas» respecto del proceso civil (TARUFFO 2009a, 190), afirmación con la cual pretende salvar responsabilidades en su teorización, en caso de que las particularidades de otras especialidades supongan matices o incluso excepciones, aunque apunta ocasionalmente algunas líneas de esa teorización general. Es el caso de la *teoría general del juicio de hecho* (TARUFFO 1995), en el que declara expresamente no querer realizar tal teoría general, y se reconoce incapaz de abordar todos los aspectos importantes de tal juicio, como se presentaría en cualquiera de las especialidades. Otro tanto ocurre cuando intenta trazar los vínculos entre una noción amplia de cultura y su idea de proceso judicial (TARUFFO 2009b), pues reconoce – sin mayor profundidad –, que el proceso penal o el administrativo tienen implicaciones culturales, institucionales, políticas y sociales diferentes y autónomas respecto del civil.

En el fondo Taruffo suele operar bajo una suerte de propósito general de reducción de la complejidad y su definición de “controversia civil” es un ejemplo consciente de ello, pues el autor elimina cualquier contenido jurídico de la misma (y en especial cualquier contenido procesal). De esta manera, la controversia es una relación conflictiva calificada jurídicamente entre dos (o más) sujetos de cualquier naturaleza: pública o privada, individual o colectiva (TARUFFO 2002, 99)<sup>29</sup>. A partir de esa definición de lo que considera que es la controversia civil, Taruffo se refiere abundantemente ya no a la noción de controversia, sino a un efecto de esa

<sup>29</sup> En el texto que se ha citado Taruffo cualifica además la definición, pues intenta definir la controversia *transnacional*, con el único añadido de que los sujetos deben encontrarse en dos lugares diferentes (TARUFFO 2002, 100).

definición, que sería el proceso civil. Nuestro autor, pues, considera que lo que diferencia al proceso civil del proceso penal responde a formaciones históricas que dependen de cada ordenamiento. Sin embargo, señala algunos caracteres estructurales irreductiblemente diferentes. Se refiere, en ese sentido, a aspectos del proceso penal tales como la presunción de inocencia del imputado – que introduce un desequilibrio esencial al proceso – y a la presencia de una parte pública (TARUFFO 2013, 41). Pese a ello, considera que la armonización entre los dos tipos de proceso es posible en un alto grado de generalidad, si se incluyen en ella cuestiones tales como el derecho de defensa, la obligación de motivar las sentencias, la independencia e imparcialidad de los jueces, la rapidez y la equidad en los procedimientos, entre otros (lo cual se logra mediante una tarea que Taruffo, como se vio ya, acoge con entusiasmo: la adopción de instrumentos para facilitar la solución de problemas que surgen en materia de justicia transnacional, pero además a través de la adopción de principios de *soft law* que sirvan como puntos de referencia para la regulación (nacional, se advierte) de aspectos tales como el procedimiento probatorio, los poderes del juez, entre otros (TARUFFO 2013, 43).

El profesor de Pavía considera que en Europa hay cuatro modelos de procesos civiles: el francés (que se aplica en Italia y Bélgica), el austro-alemán, (que se aplica en países centroeuropeos y escandinavos), el español del año 2000 y, finalmente, el inglés (TARUFFO 2013; TARUFFO 2009a, 93)<sup>30</sup>. De algunas observaciones sobre las características de estos sistemas, parece concluirse una crítica a los sistemas en los que el proceso judicial cumple su función de manera satisfactoria simplemente permitiendo una disputa justa o correcta (en términos formales) entre los litigantes, es decir, aquellos sistemas en los que la justicia se predica del procedimiento y no necesariamente de la decisión adoptada. En estos sistemas de *procedural justice*, en efecto, lo que se encuentra en juego no es la naturaleza ni el fondo de la controversia, sino aquello en lo que consiste o ha de consistir el acceso a la jurisdicción.

Para Taruffo, la forma “creativa” de comprender la garantía de tutela jurisdiccional consiste en dimensionar el principio de plenitud de los remedios. Esto, por una parte, supone redimensionar la noción de acceso a la justicia: consiste en entender que tantas veces cuantas un sujeto necesite de acceso a la justicia, este derecho debe garantizarse, de tal manera que no es la preexistencia de un derecho sustancial lo que activa la jurisdicción, sino la situación de necesidad de cualquier tipo de sujeto, y sin que dicha necesidad tenga que estar previamente definida como un derecho subjetivo (TARUFFO 1996, 142). En segundo lugar, esto supone admitir que el acceso a la justicia puede materializarse también a través de

<sup>30</sup> Lo aquí señalado es solo un ejemplo para lo que se dirá a renglón seguido. Como ya se ha señalado, Taruffo conoce además perfectamente el sistema estadounidense y los sistemas latinoamericanos; así mismo, está familiarizado con algunos sistemas orientales, como el chino.

una dimensión preventiva de la jurisdicción, es decir, la posibilidad de dictar medidas cautelares, sobre todo en los casos en los que la jurisdicción-órgano sabe que la lesión de ciertos derechos no podría ser completamente reparada *ex post* (TARUFFO 1996, 143; TARUFFO 2009a, 33)<sup>31</sup>. Finalmente, frente a este tipo de derechos, la posibilidad de ejecución coactiva de la decisión judicial correspondiente es un permanente reto de la jurisdicción. En estos casos, Taruffo se refiere a la llamada “coacción indirecta” (TARUFFO 1996, 144) vinculada a las medidas cautelares. Aunque parece un aspecto de pura técnica procesal (o, incluso, de diseño institucional del proceso en un ordenamiento determinado) el derecho a la tutela judicial efectiva debe tener una referencia necesaria a la condena, que pueda vincularse a la fase de ejecución de la sentencia y no puede quedarse en la fase de la “declaración” del derecho discutido – todo lo cual puede tener especial relevancia cuando lo que se discute, por ejemplo, es el equivalente pecuniario de una obligación –. Taruffo, pues, considera que ante situaciones en las que la violación del derecho es reparable de manera adecuada sólo mediante la tutela “de condena”, debe poder corresponder siempre el tipo de tutela que resulte más adecuado para remover los efectos producidos por dicha violación:

«Sarebbe ben poco effettiva quella tutela di condanna che si esaurisca nella pronuncia della sentenza, idonea come tale a “dire il diritto”, e ad ordinarne la reintegrazione, ma non a far sì che lo stato di fatto venga a corrispondere allo stato di diritto» (TARUFFO 1986, 649).

La tutela judicial efectiva, pues, no constituye únicamente el derecho a obtener la condena en contra de quien ha vulnerado el derecho, sino también el derecho a la ejecución coactiva de dicha condena, derecho que debe ser asegurable a través de medidas cautelares (de las que la *astriente* francesa le parece el mejor modelo). El asunto no es menor: si se define la jurisdicción como la función de definir quién tiene un derecho ante una controversia, cuando se trata de la ejecución ya se ha agotado el objeto de la jurisdicción: la cuestión de establecer quién tiene el derecho es anterior a la ejecución. Por eso, uno de los fines esenciales del sistema es conseguir el cumplimiento voluntario de las sentencias judiciales, para lo cual – asegura Taruffo – es indispensable el «efecto compulsorio que se deriva de la presencia de un sistema eficaz y completo de coerción directa e indirecta» (TARUFFO 1986, 669).

<sup>31</sup> Algunos ordenamientos, en ese sentido, se decantan por medidas cautelares “innominadas” o “indeterminadas”: con el concurso de las partes, el juez tiene una facultad creadora del remedio preventivo que asegura la ejecución de la eventual sentencia. Este tipo de medidas son de frecuente introducción en la protección de derechos fundamentales, en donde la urgencia de la protección determina la necesidad de mayor discrecionalidad judicial.

En la construcción de nuestro autor, esta idea se remonta a la redefinición del contenido del derecho de acceso a la justicia, que en las constituciones de la segunda posguerra se ha ampliado «en términos de *efectividad* y *trato equitativo*», haciéndolo un derecho más complejo (TARUFFO 2009a, 33), pues implica que debe hacerse valer incluso en el curso del proceso a través de la llamada garantía de un juicio justo efectivo. Dos aspectos resultan especialmente relevantes a este respecto: la garantía de acceso a la justicia para los más pobres (lo cual incluye, sobre todo, la necesidad de garantizarles asesoría profesional) y la necesidad de equilibrar el proceso entre litigantes habituales o institucionales y litigantes “de única vez”. A tales cuestiones habría que añadir el diseño de mecanismos institucionales para la protección judicial de los que denomina “nuevos derechos” (colectivos, difusos, fragmentados y supraindividuales), que no encajan en el molde de los esquemas procesales de tipo liberal-individual y que, por lo tanto, son considerados defectuosos por el profesor de Pavía.

Volviendo al carácter de garantía secundaria que tiene la jurisdicción, hay que destacar dos planteamientos fundamentales de la formulación que hace Taruffo: en primer lugar, que la función esencial de la jurisdicción es la aplicación de la ley sustancial como condición de la justicia de la decisión que ha de adoptarse; y, en segundo lugar, que su “núcleo” es la comprobación del conjunto de hechos sometidos a juicio (TARUFFO 2009a, 22 ss.; TARUFFO 2012, 30). Tales consideraciones presuponen, por un parte, abrazar concepciones propias de la justicia sustancial y rechazar – por lo menos de manera preliminar – algunos de los postulados de la *procedural justice*; y, por la otra, rechazar las concepciones meramente retóricas de la prueba. Quizás es FERRAJOLI (2007b, 200) la referencia más autorizada en relación con la concepción de la jurisdicción como garantía secundaria y con el mismo contenido del que habla Taruffo – quien, por lo demás, en los escritos más recientes siempre menciona la citada obra de Ferrajoli como su referencia (al respecto, por ejemplo, TARUFFO 2009a y 2012) –. Convenientemente, este autor habla de funciones y no de instituciones, así que no asigna las funciones de garantía únicamente a la jurisdicción:

«Allí donde esté vinculada la sustancia de la decisión, consistente por tanto en la aplicación no sólo formal sino también sustancial de las normas sobre la producción, tendremos una función y una institución de garantía [...]. Es claro que, en ese sentido, la función de garantía por antonomasia es la jurisdicción, enteramente vinculada a la comprobación de la “verdad procesal”, de hecho y de derecho, como presupuesto de sus actuaciones».

En efecto, la actividad jurisdiccional consiste en adoptar decisiones judiciales y, como se dijo, de manera paradigmática se tratará de decisiones que resuelven controversias. Simplificando Taruffo define entonces la decisión judicial como «la escogencia que el juez realiza con el fin de resolver una controversia, entre diversas posibles alternativas, cada una de las cuales corresponde a una hipótesis

de decisión» (TARUFFO 2002, 222). De esta manera, el prototipo ideal de la idea de la administración de justicia (occidental y moderna) implica cuatro elementos: (i) un juez independiente, que aplica (ii) normas jurídicas preexistentes, mediante (iii) un procedimiento para obtener (iv) una decisión en la que se declara (v) que una de las partes tiene la razón jurídica, mientras que la otra no la tiene<sup>32</sup>.

Ahora bien: quizás está más extendido en el mundo anglosajón la idea de que los jueces (y en particular los de los más altos tribunales, y de manera señalada los constitucionales) son *también* actores políticos, de tal suerte que si sus jueces en tanto actores políticos tienen preferencias (en términos de *policy*), sus decisiones judiciales apuntan de alguna manera en esa dirección<sup>33</sup>. FISS, por ejemplo, ha llegado a estimar incluso que esa es la principal faceta de la facultad jurisdiccional. Para él, la adjudicación – esto es, la facultad jurisdiccional de resolver una controversia mediante una decisión definitiva – nunca ha consistido en la resolución de disputas individuales, sino en dar significado a nuestros valores públicos (FISS 2003, 49; 56). De esa forma, el profesor de Yale traza la distinción entre dos modelos de jurisdicción: un modelo de “resolución de conflictos” y un modelo de “juicio estructural”. A estas dos categorías las llama Damaška «de resolución de conflictos» (*conflict solving*) y de implementación de políticas (*policy-implementing*), de tal suerte que el segundo de los mencionados sería un modelo que no requiere de controversia alguna: ni siquiera debe dirigirse contra alguien determinado<sup>34</sup>.

Este segundo modelo (de implementación de políticas o de juicio estructural) sería, en opinión de Fiss, propio de la confrontación de valores constitucionales frente a las organizaciones estatales cuya existencia caracteriza a las sociedades contemporáneas y existe en el contexto anglosajón desde al menos finales del siglo XVIII, cuando los jueces daban significado a «valores públicos a través del cumplimiento y la creación de normas públicas como las del derecho penal y las disposiciones relativas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil» (FISS 2003, 56-57). Esa sería, justamente, una de las bases del *common law*. En este modelo, el papel del juez consiste en reestructurar una organización pública determinada, tarea que lleva a cabo usando los intereses privados como pretexto.

<sup>32</sup> Esta reconstrucción corresponde, de manera general, a los cuatro elementos que identifica Martin SHAPIRO (1981) como constitutivos de las *courts* y que, a grandes rasgos, coincide con buena parte de la doctrina del derecho procesal. Sin embargo, debe aclararse que en el tercero de ellos Shapiro expresamente se refiere a un procedimiento *adversary*, entendido como la típica forma de procedimiento estadounidense, al que Taruffo ha dirigido reiteradas críticas (fundamentalmente, pero no solo, en TARUFFO, 1979).

<sup>33</sup> La literatura sobre el tema es amplia. De manera particular, puede verse SEGAL, SPAETH 2002 o HALL 2011.

<sup>34</sup> No se debe confundirse la definición del modelo o de lo que éste requiere de manera necesaria con la solución procesal correspondiente a un determinado ordenamiento. Esto supone que el arreglo institucional para poner en marcha el aparato jurisdiccional en ese modelo puede exigir – o no – la determinación de partes

Así, la eventual resolución de los conflictos privados de manera justa puede llegar a ser un efecto no querido, pero aceptado (un *byproduct*, en el término que emplea Taruffo) de la decisión judicial (FISS 2003, 50). Pero en realidad la decisión judicial, diría Fiss, tiene fines trascendentes. Eso explicaría que en ordenamientos que adoptan el modelo de la resolución de conflictos el juez sea completamente pasivo, mientras que en los sistemas que adoptan el modelo del juicio estructural el juez pueda tener iniciativa propia y desvincularse de la iniciativa de las partes, incluso para ampliar o corregir el círculo de destinatarios de la resolución judicial. Según él mismo, el modelo de resolución de controversias corresponde a un «universo sociológicamente empobrecido que no da cuenta de los grupos sociales y de las instituciones burocráticas» (FISS 2003, 80)<sup>35</sup>.

Taruffo no parece creer lo mismo, pues pone el énfasis en la necesidad de tomar en consideración tanto la cultura y el contexto de los sistemas jurídicos como la cultura y el contexto del jurista que los interpreta. Para esa cuestión – que en el fondo ya supone una toma de posición diferente – Taruffo emplea una opción metodológica distinta, aunque también adoptando el razonamiento por modelos: en lugar de juicio estructural habla, desde una perspectiva menos apegada a la realidad norteamericana y reivindicando el método comparado, de la existencia de un modelo de “aplicación de la ley” por oposición al modelo de “resolución de controversias” (TARUFFO 1996, 624) como extremos teóricos posibles de la función judicial. Evidentemente, su modelo de aplicación de la ley no equivale a la implementación de políticas de Damaška ni al de juicio estructural de Fiss. Sin embargo, en cuanto al proceso civil propiamente tal, Taruffo no parece albergar dudas: se trata de un modelo para la resolución de controversias (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO 1995, 17) y cualquier otra función que se le atribuya no es más que residual<sup>36</sup>. Tanto el modelo de aplicación de la ley que describe Taruffo como el modelo de juicio estructural suponen una concepción de la jurisdicción que no se agota en la finalización del proceso judicial y que involucra al juez aun más allá de la sentencia final. En el de Fiss o Damaška, por ejemplo, el papel del juez va más allá del pronunciamiento del fallo en sentido temporal y lo compromete con la creación, diseño y seguimiento del remedio o solución judicial<sup>37</sup>; mientras que en el

<sup>35</sup> Otros autores, incluso, llegan a sostener que cierto tipo de tribunales son actores políticos que deben implementar decisiones, para lo cual dependen de otras instituciones (HALL 2011, 15 ss.).

<sup>36</sup> Para los autores citados, el proceso civil no es definible de un único modo, ninguna definición agota todos los aspectos relevantes del fenómeno que se quiere conocer. Sin embargo, consideran que el punto de partida de cualquier estudio sobre el proceso civil es que se trata del más importante método institucional para resolver controversias (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO 1995, 17). Esto significa, en su opinión, que hay otros modos de resolución de conflictos y que no puede comprenderse el proceso judicial si no se comprenden otros instrumentos que se emplean con la misma finalidad, algunos de ellos no institucionales.

<sup>37</sup> En algunos ordenamientos se han regulado mecanismos procesales para la protección de derechos e intereses colectivos, las cuales contemplan facultades judiciales con dichos alcances.

extremo que dibuja Taruffo el juez va más allá en sentido funcional: es más que un simple árbitro de la limpieza de la contienda entre las partes, y está investido de todos los poderes necesarios para buscar una decisión «jurídicamente válida, independientemente de la actividad de las partes» (TARUFFO 1996, 626). Aunque las concepciones del proceso como un escenario de libre confrontación entre titulares de intereses contrapuestos han sido en buena medida contrarrestadas por las llamadas concepciones publicistas del proceso, no es menos cierto que hay al menos dos grupos de concepciones que defienden una idea de la jurisdicción en la que el juez no es – o mejor: no debe ser – protagonista. Por una parte, se trata de las que Taruffo denomina doctrinas “liberistas”, dentro de las que se cuenta la concepción mayoritaria de la cultura jurídica angloamericana y su defensa del *adversarialism*. Por la otra, se trata del autodenominado garantismo procesal, que asume como finalidad del proceso la resolución del conflicto «y no la aplicación de la ley o la obtención de otros fines» (TARUFFO 1996, 137). De esta suerte, si la jurisdicción se ha establecido para administrar el proceso y el proceso no es más que un mecanismo para la eliminación de la controversia, el objeto de la jurisdicción se agota cuando desaparece el conflicto, con prescindencia de si se ha aplicado la ley, si se ha buscado la justicia, o cualquier otra cosa.

En el mismo sentido, en un modelo procesal construido a partir de esta premisa, el proceso (el *due process*) legitima en sí mismo la decisión: la corrección del proceso asegura – al menos formalmente – la corrección de la decisión. Este tipo de concepciones es incompatible con una distinción básica de las teorías de la argumentación jurídica: la que se establece entre la justificación interna y la justificación externa de las decisiones judiciales. En ellas, parece bastar con una competición “libre” entre las partes y con la observación de un juez imparcial (el *passive umpire*, al que se refiere recurrentemente<sup>38</sup>) que intervenga únicamente cuando el curso de la competición desborde los límites de esa sana y libre competencia.

En los procesos judiciales que se articulen a partir de esta idea, entonces, la verdad sobre los hechos que han suscitado la controversia pasa a ser una cuestión marginal. Si el objetivo del proceso es eliminar la controversia, que dicha eliminación se haga determinando la verdad sobre los hechos o no, poco importa. Con todo, la concepción de la prueba de autores como CARNELUTTI (1947) – de quien se diría que es uno de los hitos fundacionales de esta línea de pensamiento – no está completamente alejada de la necesidad de determinar la verdad sobre los hechos de la causa. Pero a él se debe fundamentalmente la introducción de la distinción entre verdad *procesal* y verdad *material*, que es al mismo tiempo falaz y conceptualmente equivocada. En estas concepciones, pues, el proceso no tiene por finalidad

<sup>38</sup> El árbitro pasivo (*passive umpire*) es la figura central del modelo *adversary* anglosajón, en el que la verdadera clave es «el monopolio de las partes sobre toda iniciativa procesal, desde la *party-prosecution* a la *party-presentation*» (TARUFFO 1979, 112).

primordial asegurar la *legalidad* de la decisión, pues en ellas – y se advierte cierto iusrealismo – «no es el Derecho el parámetro fundamental en que deberían inspirarse las conductas de las partes y las decisiones judiciales y ni es la actuación de la legalidad el fin fundamental de la jurisdicción» (TARUFFO 1996, 139).

#### 4. Conclusiones

Una de las finalidades del proceso consiste ciertamente en acabar con las controversias. Pero una concepción que se decante por la defensa a ultranza de esta finalidad en perjuicio de otras (como sería la de aplicación del derecho), llevaría a convertir el proceso judicial en un simple mecanismo legitimador formal de las decisiones, cualquiera fuese su contenido. Si sólo se buscara la solución de la controversia teniendo como único límite el respeto de la autonomía de las partes, cualquier decisión sería justa; y sería un mejor proceso aquél que, simplemente, permitiese un máximo despliegue de la autonomía de las partes, que buscarían la solución mediante una disputa lo más libre posible (TARUFFO 1996, 13). En esas condiciones, la eventual justicia o corrección de la decisión resulta meramente contingente, pues se excluye la aplicación de criterios diferentes de la garantía de libre competición, como podrían ser la verdad histórica – con independencia de lo que se quiera entender por ella – o algún tipo de justicia sustancial.

El punto medio de Taruffo entre los dos extremos teóricos – aplicación del derecho y juicio estructural o, si requiere, entre concepciones adversativas y autoritarias del proceso – al que nos hemos referido supone entonces una redefinición de las relaciones entre derecho procesal y derecho sustancial, y supone reevaluar la tradicional idea según la cual el proceso es un *posterius* al que se recurre cuando se niega, confronta y viola un derecho, que es el *prius*. En otras palabras, supone separar la calificación del derecho procesal como contingente. Esa reevaluación pasa por redescubrir ciertos aspectos de la jurisdicción civil en los ordenamientos modernos.

Así, en primer lugar, Taruffo reivindica que debe reconocerse la ya examinada juridificación de las relaciones sociales, en virtud de la cual hay al menos algunos casos en los que es a la jurisdicción, y no al legislador, a quien ha correspondido históricamente conferir relevancia jurídica a ciertos hechos.

En segundo lugar, sostiene que hay derechos que se han originado en la jurisprudencia, a partir de lo que llama principios generales de justicia; se refiere con ello a la evolución de derechos como la salud, el medio ambiente o la privacidad (TARUFFO 1996, 140). Taruffo, sin embargo, no apunta las causas posibles del activismo judicial o la eficacia de los derechos creados o ampliados por la jurisprudencia en el diseño de políticas públicas.

En tercer lugar, Taruffo plantea una tesis un poco más fuerte: según él, sólo existen los derechos que hayan sido afirmados y reconocidos mediante remedios jurisdiccionales: *remedies precede rights* (TARUFFO 1996, 141). Esta tesis, que resulta algo extraña a los ordenamientos continentales, supone que «la función de la jurisdicción no es sólo declarar derechos después de que ya existan, sino también crear derechos que antes no existían y que vienen a ser tales, precisamente, a partir del pronunciamiento del juez que los reconoce» (TARUFFO 2009a, 27). La reivindicación en estos términos de la función creadora de la jurisdicción, revela una de las facetas que hemos mencionado antes: la de teórico del derecho. Según él, el poder creador del juez tiene múltiples caras, ya que lo largo del proceso – y antes de llegar a la decisión final – enfrenta muy diversas elecciones no predeterminadas por la ley. Esto le permite identificar el concepto de elección discrecional con el de poder creador de derecho, tanto en el ámbito de la selección y aplicación de la norma jurídica al caso, como en la determinación de los hechos jurídicamente importantes: «lo que se acostumbra llamar *subsunción* del hecho en la norma, o correspondencia entre hecho y norma, es solamente el resultado final de un especial círculo hermenéutico que conecta dialécticamente el hecho y la norma hasta lograr una correspondencia entre el hecho calificado jurídicamente y la norma interpretada [...]», actividad en la cual «el juez no está regido por reglas ni mecanismos vinculantes. Por el contrario, él emplea reglas y criterios de interpretación y formula valoraciones que son en amplia medida discrecionales» (TARUFFO 1993, 179-180).

En suma, pues, la jurisdicción en la concepción de Taruffo parece concebirse como una vía intermedia de aplicación del derecho y resolución de controversias, pues solo si la controversia se resuelve de manera justa (y “justa” en este modelo implica en aplicación del derecho “existente” y válido a los hechos determinados de forma verdadera) tiene sentido acudir a la jurisdicción: en caso contrario, sería idéntica a cualquier otro mecanismo de resolución de controversias. Derecho vigente y válido, por una parte, y determinación fiable y verdadera de los hechos, por la otra, se convierten en los únicos criterios posibles de corrección de la decisión judicial.

*Referencias bibliograficas*

- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1975. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpr., Buenos Aires, Astrea, 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ P., MOVILLA ÁLVAREZ C. 1986. *El poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ANDRÉS IBÁÑEZ P. 1988. *Justicia/Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988.
- ANDRÉS IBÁÑEZ P. 2007. *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- ANDRÉS IBÁÑEZ P. 2015. *Tercero en discordia*, Madrid, Trotta, 2015.
- ATIENZA M. 2006. Prólogo a COURTIS C. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- ATIENZA M. 2014. *La dogmática jurídica como tecno-praxis*, en NÚÑEZ Á. (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014, 115 ss.
- BAYÓN J.C. 2008. *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, en «Analisi e diritto», 2008, 15 ss.
- CAPPELLETTI M. 1989. *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon, 1989.
- CAPPELLETTI M. 1994. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, il Mulino, 1994.
- CARNELUTTI F. 1947. *La prueba civil*, Buenos Aires, Arayú, 1955 (ed. or. *La prova civile* Roma, So.Gra.Ro., 1947, trad. cast. N. Alcalá-Zamora).
- CASSESE S. 2003. *Comparazione e comparazioni giuridiche*, en V. BERTORELLO (ed.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, Giuffrè, 2003, 37 ss.
- CHASE O. 2005. *Law, culture and ritual. Disputing systems in cross-cultural context*, New York, New York University Press, 2005.
- COMANDUCCI P. 2000. *Ragionamento giuridico*, en BESSONE M., SILVESTRI E., TARUFFO M. (eds.), *I metodi della giustizia civile*, Padova, Cedam, 2000, 79 ss.
- COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M. 1995. *Lezioni sul processo civile* (tomos I y II), 3º ed., Bologna, il Mulino, 2005.
- COURTIS C. 2006. *El juego de los juristas*, en ID. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, 105 ss.
- DAMAŠKA M. 1986. *The Faces of Justice and of State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- DENTI V. 1997. *Processo*, en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, disponible en: [http://www.treccani.it/enciclopedia/processo\\_%28Enciclopedia\\_delle\\_scienze\\_sociali%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/processo_%28Enciclopedia_delle_scienze_sociali%29/) (última consulta en enero 10 de 2016).

- FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia*. Tomo 1: *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, trad. cast. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel).
- FERRAJOLI L. 2007b. *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia*. Tomo 2: *Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, trad. cast. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel).
- FERRER J. 2016. *El gen iusrealista de Michele Taruffo*, en FERRER J. (ed.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- FISS. O. 2003. *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007 (ed. or. *The Law as It Could Be*, New York, New York University Press, 2003, trad. cast. E. Restrepo).
- GUASTINI R. 1982. *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1982.
- GUASTINI R. 2014. *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2014.
- HALL M.E.K. 2011. *The Nature of Supreme Court Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- HAZARD JR. G., TARUFFO M. 1993. *La justicia civil en Estados Unidos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006 (ed. or. *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven, Yale, 1993, trad. cast. F. Gascón Inchausti).
- LUZZATO G.I. 1970. *Giurisdizione (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, v. XIX. Milano, Giuffrè, 1970, 190 ss.
- MATTIROLO L. 1895. *Tratado de derecho judicial civil*, Madrid, Reus (ed. or. *Tratatto di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1895, trad. cast. E. Ovejero).
- MERRYMAN J.H. 1999. *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1999.
- NÚÑEZ Á. 2014. *Ciencia jurídica: un mapa conceptual*, en ID. (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014, 13 ss.
- POSNER R.A. 2008. *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008.
- ROBERTS P. 2008. *Faces of Justice Adrift?*, en JACKSON J., LANGER M., TILLERS P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford-Portland, Hart, 2008, 295 ss.
- RUIZ MANERO J. 1990. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

- SATTA S. 1970. *Giurisdizione (nozione generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX. Milano, Giuffrè, 1970, 218 ss.
- SEGAL J., SPAETH H. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York, Cambridge University Press, 2002.
- SHAPIRO M. 1981. *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.
- SUMMERS R. 1974. *Evaluating and Improving Legal Processes. A Plea for 'Process Values'*, en «*Cornell Law Review*», 60, 1974, 1 ss.
- TARUFFO M. 1975. *La motivación de la sentencia civil*, Madrid Trotta, 2011 (ed. or. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, Cedam, 1975, trad. cast. L. Córdova).
- TARUFFO M. 1979. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Bogotá, Temis, 2008, (ed. or. *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 1979, trad. cast. B. Quintero).
- TARUFFO M. 1981. *The Lawyer's Role and the Models of Civil Process*, en «*Israel Law Review*», 1981, 16, 1, 5 ss.
- TARUFFO M. 1986. *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, en «*Rivista Critica di Diritto Privato*», 1986, 4, 635 ss.
- TARUFFO M. 1987. *Note sui modi della giuridificazione*, en «*Politica del diritto*», 1987, 18, 4, 581 ss.
- TARUFFO M. 1989. *Giudizio (teoria generale)*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, 1989.
- TARUFFO M. 1991. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima, Palestra, 2005 (ed. or. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, il Mulino, 1991, trad. cast. J. Monroy Gálvez y J.J. Monroy Palacios).
- TARUFFO M. 1992. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, (ed. or. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992, trad. cast. J. Ferrer).
- TARUFFO M. 1993. *Il modello burocratico di amministrazione della giustizia*, en «*Democrazia e Diritto*», 1993, 3, 249 ss.
- TARUFFO M. 1995. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, en «*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*», 1995, 3, 785 ss.
- TARUFFO M. 1996. *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?*, en ANDRÉS IBÁÑEZ P. (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, 135 ss.
- TARUFFO M. 1997. *Institutional Factors Influencing Precedents*, en MACCORMICK N., SUMMERS R., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Brookfield-Singapore-Sidney, Aldershot, 1997, 437 ss.

- TARUFFO M. 1998. *Elementi per una definizione di ‘abuso del processo’*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V. (*Responsabilità civile e tutela dei diritti*), Milano, Giuffrè, 1998, III7 ss.
- TARUFFO M. 1999. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, (trad. M. Fernández López), en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 1999, 22, 311 ss.
- TARUFFO M. 2002. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Temis, 2006, (ed. or. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, il Mulino, 2002, trad. cast. B. Quintero).
- TARUFFO M. 2003. *Comparazione e riforme processuali*, en V. BERTORELLO (ed.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, Giuffrè, 2003, 283 ss.
- TARUFFO M. 2006. *I sistemi giudiziari nelle tradizioni giuridiche di civil law e di common law*, en OVALLE FAVELA J. (ed.), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, Unam, 2006, 445 ss.
- TARUFFO M. 2008. *Qualche osservazione sulla giustizia civile*, en «Notizie di Politeia», 2008, XXIV, 92, 85 ss.
- TARUFFO M. 2009a. *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (collección de ensayos traducidos por M. Aramburo).
- TARUFFO M. 2009b. *Cultura e processo*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 2009, 1, 63 ss.
- TARUFFO M. 2009c. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010 (ed. or. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, trad. cast. D. Accatino).
- TARUFFO M. 2012. *Proceso y decision. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- TARUFFO M. 2013. *I processi civili e penali in Europa e negli Stati Uniti. Cenni Generali*, en ARMENTA DEU T. (ed.), *La convergencia entre proceso civil y penal: ¿una dirección adecuada?*, Madrid, Marcial Pons, 2013, 35 ss.
- TREVES R. 1974. *El juez y la sociedad*, Madrid, Edicusa, 1974 (trad. F. Laporta, A. Zaragoza).
- TROCKER N. 2005. *Mauro Cappelletti*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 2005, 59, 1, 159 ss.
- TWINING W. 1993. *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo American Jurisprudence: Some Neglected Classics*, en «The Modern Law Review», 1993, 56, 3, 380 ss.