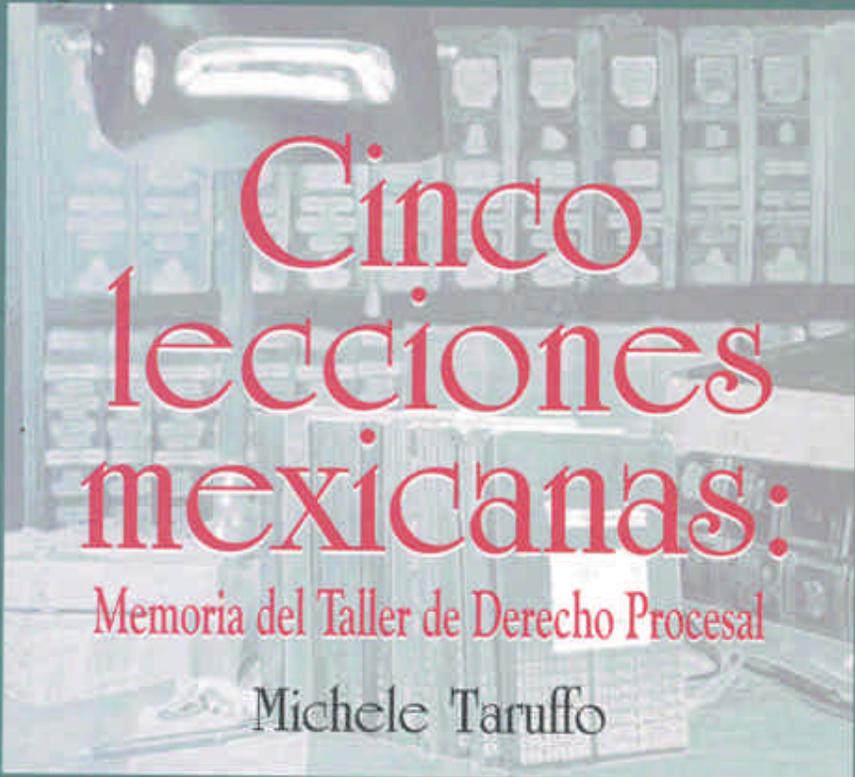




TRIBUNAL ELECTORAL  
del Poder Judicial de la Federación



# Cinco lecciones mexicanas:

Memoria del Taller de Derecho Procesal

Michele Taruffo



# cinco lecciones mexicanas:

Memoria del Taller  
de Derecho Procesal

MICHELE TARUFFO



347.05 Taruffo, Michele  
T728c      Cinco lecciones mexicanas : memoria del taller de  
derecho procesal / Michele Taruffo.— México : Tribunal  
Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela  
Judicial Electoral, 2003.  
219 p.

ISBN: 970-671-141-4

1. Derecho procesal - México - Estudio y enseñanza. 2. Teoría de la decisión. 3. Decisiones judiciales. 4. Precedentes. 5. Motivación judicial. 6. Hechos constitutivos. 7. Prueba (Derecho). 8. Valoración de la prueba. 9. Justicia. 10. Legitimación procesal.

Primera Reimpresión

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Carlota Armero Núm. 5000, Colonia CTM Culhuacán, Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480, tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Información: Escuela Judicial Electoral.

Edición: Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico.

ISBN: 970-671-141-4

Impreso en México

---

# ÍNDICE

---

Presentación	VII
Mensaje de los Magistrados José Fernando Ojesto Martínez Porcayo y Mauro Miguel Reyes Zapata	IX
Primera Lección “Teoría general de la decisión”	1
Segunda Lección “El precedente”	29
Tercera Lección “La decisión de hecho”	61
Cuarta Lección “La prueba”	89
Quinta Lección “La justicia en el procedimiento”	117
Palabras Finales	147

## ANEXOS

Ideas para una teoría de la decisión justa	157
Función de la prueba: La función demostrativa	171
Dimensiones del precedente judicial	193
Precedente y ejemplo en la decisión judicial	207

---

# PRESENTACIÓN

---

En marzo del 2002, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por conducto de la Escuela Judicial Electoral, organizó un Taller de Derecho Procesal que impartió el Profr. Michele Taruffo —catedrático de la Universidad de Pavía— y que fue dirigido a los Secretarios de Estudio y Cuenta del propio Tribunal.

En virtud de que no se contaba con traducciones al español de la obra del Profesor Taruffo, los profesores investigadores de la Escuela hicieron una selección de cuatro artículos que se pusieron en intranet como documentos de trabajo a disposición de los participantes del curso, éstos ahora podrán consultarse como anexos en el presente volumen. Previamente a la visita del Profesor Taruffo se hizo una discusión de los temas fundamentales para que cuando él estuviera en México ya se conocieran los puntos más relevantes de su teoría para que, a partir de ahí, se generara el intercambio de opiniones y criterios.

Hemos querido que quede una constancia escrita de este taller que dejó una honda huella en el personal jurídico del Tribunal, ya que con él se propició que se hicieran reflexiones sobre la tarea diaria de los juzgadores. Al término de cada una de las exposiciones del Profr. Taruffo se abrió el debate y se dio una gran participación de los Secretarios de Estudios y Cuenta que con reflexiones derivadas de sus propias experiencias, más las que se suscitaron después de escuchar la lección de cada día, enriquecieron los contenidos y fomentaron la interacción. En este libro queda constancia de cada una de esas intervenciones.

Las lecciones fueron dictadas en la lengua materna del expositor y tuvieron la siguiente temática: Primera: Teoría General de la Decisión; Segunda: El Precedente; Tercera: La Decisión de Hecho; Cuarta: La Prueba y Quinta: La Justicia en el Procedimiento.

Se trató de respetar la frescura del lenguaje oral para ser fieles a la forma como se dieron las pláticas, pero también, pensando en los futuros lectores, se hicieron algunos ajustes de forma que fueron sometidos a la consideración del Profr. Taruffo, después de la transcripción y primeras revisiones hechas en la Escuela Judicial Electoral, bajo la dirección de la Dra. Leticia Bonifaz y de la revisión minuciosa de la versión final que estuvo a cargo del Magdo. Mauro Miguel Reyes Zapata a quienes les extiende mi reconocimiento por su trabajo. Esto hizo posible que la recopilación del taller pueda ser presentada como libro. La utilidad del seminario de esta manera se podrá ampliar para aquellos lectores que no tuvieron la oportunidad de estar presentes ya que tendrán ahora en sus manos la versión escrita y encontrarán materiales para la reflexión. Asimismo, quienes estuvieron presentes recordarán y revivirán algunos de los pasajes más relevantes del mismo.

En este volumen se encontrarán no solo novedades de Derecho Procesal sino grandes reflexiones sobre los temas eternos de la Filosofía del Derecho que replanteados muestran nuevas caras y matices, que sin duda contribuirán a la formación del personal jurídico de nuestra institución.

Este es el primer esfuerzo de muchos que se irán sumando para contribuir a la divulgación del pensamiento jurídico contemporáneo.

*Dr. José Fernando Ojesto Martínez Porcayo*

*Magistrado Presidente  
del Tribunal Electoral  
del Poder Judicial de la Federación*

---

MENSAJE DE LOS MAGISTRADOS  
JOSÉ FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO Y  
MAURO MIGUEL REYES ZAPATA

---

18 DE MARZO, 2002

Dra. Bonifaz:

Buenos días, estamos finalmente con el profesor Taruffo aquí en México, me da mucho gusto darle la bienvenida, comenzamos el evento de hoy, con las palabras que nos envía el Magistrado Fernando Ojesto y que serán leídas por el Magistrado Mauro Miguel Reyes Zapata.

Magdo. Mauro Miguel Reyes Zapata:

Buenos días, les quiero transmitir una disculpa y ofrecer la misma al profesor Taruffo de parte del Magistrado Fernando Ojesto, presidente de este Tribunal. Un problema de salud, lamentablemente, le impide estar en este día de fiesta intelectual en nuestro tribunal, les transmitiré el mensaje que preparó para este agradable evento.

Señores Magistrados,

Señores Secretarios de Estudio y Cuenta de este Tribunal,

Miembros de la Coordinación de Jurisprudencia,

Personal Jurídico de este Tribunal,

Profesor Michele Taruffo:

El día de hoy estamos de plácemes por la presencia del Profesor Michele Taruffo, Catedrático de la Universidad de Pavía, en este

Tribunal. Le agradecemos que haya abierto un espacio en su apretada agenda y volado una decena de horas para estar hoy con nosotros.

Ya todos conocen la trayectoria de este gran procesalista y filósofo de nuestro tiempo, heredero de la tradición italiana de Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei y Denti. Miembro también del círculo de Bielefed con Wróblewski, Arnio, Alexy, Mc Cormick y otros. Se trata de una persona que, desde la cátedra y con sus múltiples trabajos de investigación, ha venido construyendo explicaciones innovadoras y de vanguardia respecto de la práctica procesal en el mundo y la forma de entender el derecho.

Su obra tiene gran utilidad para comprender y resolver los problemas a los que nos enfrentamos, día a día, quienes nos dedicamos a la administración de justicia, en cualquiera de sus ramas y dimensiones.

El conocimiento de sus teorías que, en la mayoría de los casos, no se refieren a un derecho positivo específico sino que buscan, por sus generalizaciones, la validez universal, son, sin duda, una herramienta de trabajo muy útil en nuestro quehacer cotidiano.

Muchas veces, por las cargas de trabajo que tenemos, pareciera que no quedara el tiempo suficiente para reflexionar sobre nuestra propia práctica. Taruffo nos facilita la comprensión de los temas fundamentales; nos acerca a la esencia de lo que hacemos, pero además, nos invita a poner los ojos en el marco general de la administración de justicia y su problemática ligada no sólo a contextos institucionales específicos de cada país, sino a la economía mundial y a los dictados del libre mercado.

Los trabajos del Profesor Taruffo y las particularidades en función de los roles que juegan el actor, el demandado y el juez; su teoría general de la prueba; sus reflexiones respecto a la decisión justa; las ligas entre hechos y derecho; sus reflexiones sobre la validez del precedente; sus comparaciones entre el *civil law* y el *common law*; así como los problemas de la administración de justicia en el mundo globalizado, serán revisados, a partir del día de hoy, en el taller que se inicia.

No me cabe duda que los trabajos de esta semana tendrán repercusiones importantes en el trabajo del Tribunal. Como todos saben, somos parte de una institución que ha venido a fortalecer la

seguridad jurídica en los procesos políticos. Estamos muy orgullosos del trabajo de este Tribunal. Sus resoluciones han marcado un hito en la vida democrática de México y han significado un parteaguas en la vida de nuestro país.

Estamos haciendo muy bien nuestro trabajo, pero lo podemos hacer aún mejor. Seremos mejores en la medida en que estemos mejor capacitados. Esa es la razón de la organización de foros, seminarios y talleres como el que hoy inicia. A la Escuela Judicial se le ha encomendado la capacitación interna del personal jurídico. Sus miembros les han facilitado el acceso a la obra del Profesor Taruffo y han generado ya discusiones previas que permitieron que estemos hoy con muchas expectativas y con muchos deseos de que nuestro invitado comience a compartir su sapiencia y experiencia. Como todos los grandes hombres, a Taruffo lo caracteriza su modestia, su sencillez y su benevolencia. Como maestro, está dispuesto a compartir. Por eso, yo no tengo dudas respecto del éxito de los trabajos de esta semana, en donde estoy seguro que se van a poner sobre la mesa temas álgidos que no tienen una única respuesta ni una única solución posible. La guía de Taruffo será definitiva. Creo que él mismo, por lo que hemos visto en sus ensayos, más que portador de dogmas, será un generador de puntos de reflexión a partir de lo que ha encontrado como resultado de su trabajo de investigación científica.

Con la interacción, se busca también que el Profesor Taruffo se lleve nuestras inquietudes y que cuestiones específicas de nuestro trabajo se sumen al objeto de sus reflexiones teóricas. Modestamente contribuiremos a acrecentar, con nuestra praxis, sus objetos de estudio.

No me resta más que desearles que los trabajos de esta semana se aprovechen en beneficio de nuestra institución y de cada uno de ustedes.

Agradezco, de nuevo, la presencia del profesor Taruffo y les deseo a todos mucho éxito. IN BOCCA AL LUPO! (frase que en italiano significa suerte).

Este es el mensaje del magistrado Ojesto, yo por mi parte quiero expresarles la más amplia satisfacción de contar con tan distinguido invitado y también de contar con tan distinguida concurrencia, no sólo en este local, sino en varias de las Salas Regionales que nos siguen por el sistema de videoconferencia.

Trataremos de apreciar parte de la sapiencia del profesor Taruffo. Hemos revisado con mucha vehemencia varias de las tesis en los trabajos que ha escrito. Desde luego no me cabe la menor duda, tal y como lo manifiesta el magistrado Ojesto, que esto redituará en el trabajo que elaboremos. Me llama mucho la atención su concepción del papel de juzgador en la época actual. Somos juzgadores, tratamos de resolver conflictos, pero al resolver no nada más hay que tener la mira en que un expediente más ha sido resuelto. El profesor Taruffo insiste que la función jurisdiccional no sólo se concreta al conocimiento y resolución de los asuntos, sino que la resolución debe tender a que prevalezca el estado de derecho. Precisamente esta combinación de la solución con lo que se está juzgando en el caso concreto, es lo más importante para el juzgador. Éste no es una máquina fría que nada más aplica de la ley, sino mas bien es un paladín de la ley. Se busca que se haga justicia, que el buen juzgador busque el buen derecho siempre para hacer justicia, tal y como lo había expresado Eduardo J. Couture. Independiente de la bienvenida nos felicitamos todos por contar con tan eminente profesor, muchas gracias.

Dra. Bonifaz:

Además de agradecer también la presencia del magistrado Leonel Castillo González y la del Dr. Flavio Galván, les voy a explicar la mecánica de trabajo. Habíamos comentado que no queríamos estar en el auditorio, ni lejos del expositor para propiciar un ambiente de camaradería. Hoy se va a hablar en términos generales sobre la teoría de la decisión. El profesor va a contar con unos 20 o 30 minutos, para una explicación genérica del tema y posteriormente abriremos espacio para las preguntas de ustedes.

Normalmente en cualquier conferencia se dice quien es el expositor, en este caso el profesor Taruffo y aunque normalmente no se presenta al auditorio ahora me toca decirle a él quiénes son ustedes, para que comience el diálogo. Como lo habíamos comentado, profesor, están frente a usted todos los secretarios de estudio y cuenta de este tribunal, ellos se encargan de elaborar los proyectos de resoluciones que después los magistrados presentan a la consideración del Pleno de la Sala Superior. Tienen la tarea importantísima de dar seguridad jurídica, de defender la democracia en México y muchas veces por la excesiva carga de trabajo, no siempre pueden meterse a una reflexión profunda de su quehacer cotidiano. Nosotros sabemos que usted nos va ayudar, en mucho, a que lo que se vive en la práctica se ligue con algunas cuestiones teóricas y la idea es que poste-

riormente se comience a dar una interacción para que también usted sepa que está pensando cada una de las cabezas de las personas que tiene enfrente.

Le agradezco de nuevo su presencia y comenzamos la exposición genérica sobre la teoría de la decisión.

---

# PRIMERA LECCIÓN

## “TEORÍA GENERAL DE LA DECISIÓN”

---

18 DE MARZO, 2002

Profr. Taruffo:

Me da mucho gusto y estoy muy agradecido por esta invitación que me ha permitido regresar a México, después de treinta años. La ocasión anterior estuve aquí en el Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1972. Esta es una excelente ocasión para regresar a este bello país; espero que no sea la última.

Acordamos con los organizadores dedicar estas jornadas a algunos de los problemas que se refieren a la decisión judicial. Para seguir un orden mínimo, vamos a abordar hoy aspectos generales de la teoría general de la decisión, para luego discutir en los próximos días algunos problemas más específicos, que serán desarrollos ulteriores de lo que vamos a decir ahora.

Voy a delinear en forma muy genérica, lo que en mi opinión es la manera adecuada de analizar aspectos generales de la decisión judicial y, para ello, lo que propongo es distinguir y analizar por separado tres aspectos de la decisión:

El primero es el que se refiere al procedimiento de la decisión, es decir, cómo se llega a la decisión y, esencialmente, el razonamiento a través del cual el juez arriba a la decisión.

El segundo es el resultado del razonamiento para la decisión; el pronunciamiento jurisdiccional, cuando el juez dicta la sentencia.

El tercero es la justificación de lo que el juez ha decidido.

Utilizo también, la distinción entre contexto de descubrimiento, *context of discovery*, y contexto de justificación, *context of justification*. Los epistemólogos discuten mucho esta distinción, pero más allá del problema general, yo creo que es muy útil para distinguir las partes fundamentales de lo que hace el juez. No abordaré por ahora las relaciones posibles entre el primer y el tercer aspecto. Cuando hable de la justificación, voy a tocar también esta faceta de la relación.

Formulada esta premisa vamos a ocuparnos del primer aspecto, es decir, del procedimiento a través del cual el juez encuentra, descubre o formula la decisión: “razonamiento decisonal” (como se llama en Italia). Aquí hay que tomar en cuenta que, con respecto a este objeto de análisis, los métodos que se pueden adoptar son distintos. Hay estudios recientes en el ámbito de la psicología de la decisión (estoy leyendo precisamente un libro que acaba de salir sobre estos problemas) que, aunque no muy comunes, han sido escritos en los últimos años sin grandes resultados, pero el enfoque psicológico de la decisión es uno de los que hay que tomar en cuenta.

Aquí solamente voy a decir que, a diferencia de lo que piensan los psicólogos, ese no es el único enfoque posible, es un método que puede proporcionar algunos resultados útiles pero, a fin de cuentas, al jurista no le interesa mucho saber qué es lo que sucede en el cerebro del juez cuando está decidiendo. Esto es una cosa obvia, pero la recalco porque me va a resultar útil dentro de poco, cuando hable de la justificación de la decisión, que no toma en cuenta los mecanismos físicos a través de los cuales el juez llegó a su decisión.

También hay estudios que utilizan la lógica de las computadoras para analizar algunos aspectos de la decisión. Tengo amigos que estudian precisamente esto y tratan de construir algoritmos en el lenguaje de computadoras, que muestran el razonamiento del juez; son estudios muy interesantes que, sin embargo, están apenas empezando. Entonces hasta donde yo sé, no disponemos ¡por suerte! de un modelo computarizado del razonamiento del juez.

Debe tomarse en cuenta que estos estudios existen, cuando menos para poderlos evaluar en forma crítica. Así como los psicólogos creen que son los únicos que poseen la verdad, pues también los de la lógica computacional creen que son los únicos en tener la verdad (también los juristas, por cierto, creen tener la verdad), pero en el

plano del método va a ser oportuno saber, por lo menos, que las posturas pueden ser muy diversas pues en el ámbito del derecho y de la teoría jurídica de la decisión, debemos tomar en cuenta una tradición que se remonta a la mitad del siglo XVIII, hace dos siglos y medio, más o menos, cuando los juristas iluministas construyeron lo que se conoce como la teoría silogística de la decisión judicial, es decir, la idea según la cual, el juez razona en las formas del silogismo: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión (tengo en mente en este momento a Cesare Beccaria, en el ámbito del derecho penal, y muchos otros después).

Esa teoría, si se toma como una descripción de lo que hace el juez, siempre ha sido falsa. Ningún juez ha razonado según este esquema y mucho menos en la fase del descubrimiento de la decisión. De Beccaria en adelante, la teoría silogística de la decisión siempre fue una ideología de la decisión, no una descripción de la misma. Si se toma como ideología de la decisión, puede haber tenido un sentido en algún momento histórico (la idea del silogismo judicial va contra la arbitrariedad de las decisiones de los jueces). El hecho de prescribir la decisión del juez según las reglas de silogismo, es una forma de impedirle decisiones arbitrarias y una manera de imponerle que decida en forma racional. El modelo lógico del silogismo se entendió, desde Aristóteles en adelante, como el modelo ideal de certeza lógica y, por esa razón, Beccaria y otros decidieron usar el silogismo y no otro esquema.

El silogismo en la lógica clásica y luego en la lógica medieval representaba el máximo de certeza en el razonamiento general y, por lo tanto, se consideró que el silogismo judicial representaba el máximo de la certidumbre en el razonamiento del juez. Entonces, este es un punto de referencia ideal que, sin embargo, no refleja la realidad. Por eso se dice que es una ideología y no una descripción. Como ideología se podría proponer, sobre todo en los sistemas en los que los jueces deciden en forma arbitraria, sin embargo, hay que ser muy precisos porque esta idea es falsa como descripción y, particularmente, si está referida a cómo tiene que formular el juez su decisión.

Los estudios de los últimos setenta u ochenta años dicen, que tanto el descubrimiento y la interpretación de la norma que se va a aplicar, como la valoración de las pruebas y la calificación de los hechos, son operaciones intelectuales que no siguen la estructura de la lógica silogística. El razonamiento decisonal tiene una estructura dialéctica. Hay estudios de la aplicación de la hermenéutica general al

razonamiento jurídico, de Gadamer a Esser, y a otros en el derecho penal, que van en esta dirección. English y otros estudiosos alemanes de la decisión, incluso antes de la mitad del siglo XX, ya habían llegado a este punto. Quiere decir que la mirada del juez ? usando una metáfora de English? va de la norma al hecho y del hecho a la norma, tratando o buscando el punto de equilibrio entre ambos elementos, dialécticamente contrapuestos, pero conectados y cada paso va modificando la interpretación de la norma y modificando también la reconstrucción del hecho, hasta que se encuentra un punto de combinación.

Quienes prefieren la teoría hermenéutica de la dialéctica decisional hablan de círculo hermenéutico, sobre todo Hasemer y otros estudiosos alemanes del derecho penal; pero lo que me importa subrayar aquí, es que la relación dialéctica es una relación dinámica; no sigue una lógica lineal, de la premisa mayor, premisa menor y conclusión. Hay un contraste entre la dialéctica y la silogística. La dialéctica sirve para descubrir, es un razonamiento de tipo heurístico; la silogística, para demostrar, es un razonamiento de tipo demostrativo. Son esquemas de razonamiento distintos que no se confunden entre sí, pero que tienen sentido en cuanto se aplican a aspectos distintos de la operación intelectual que realiza el juez. Además, la dimensión dialéctica del razonamiento no la agota. El razonamiento del juez puede ser leído como contexto organizado de elecciones entre distintas alternativas posibles. No obstante, tiendo a ver la formulación de la decisión como un conjunto de momentos, en cada uno de los cuales, el juez tiene frente a sus ojos, por lo menos, dos posibilidades o dos alternativas. A veces son más de dos. El juez tiene que hacer una elección, optar por una de las alternativas posibles. Tenemos por un lado, el camino dialéctico entre el hecho y el derecho y, por otro, cada paso de este proceso implica una elección, una decisión o una subdecisión por parte del juez; tiene que escoger para poder seguir. Si se detiene sin saber si la opción adecuada es "a" o "b", el razonamiento no sigue. Naturalmente el juez puede cometer errores, pero no es eso lo que nos importa ahora, sino configurar el conjunto de razonamientos del juez como un procedimiento dialéctico, que pasa a través de selecciones de las cosas más diversas. Pueden ver que es difícil imaginar la operación intelectual que realiza el juez. Es una actividad intelectual muy compleja y, como cualquier actividad compleja, no tolera la descripción con esquemas elementales.

También hay que evitar los saltos que consisten en decir: es la intuición la que hace que el juez llegue rápidamente a la conclusión. Esto sería como decir, que ya que algunas computadoras pueden

hacer millones de cálculos al segundo, la computadora va a intuir la solución del cálculo, pues ¡claro que no es así!, es sólo una cuestión de velocidad. Las computadoras más avanzadas están tratando de acercarse a la sinopsis neurónica del cerebro del hombre. La computadora no intuye nada, simplemente es muy rápida. La mente humana simplemente es veloz. Analiza rápidamente millones de datos en pocos segundos. Hay que tener cuidado con las explicaciones sencillas e irracionales. El cerebro del hombre analiza más datos de los que puede analizar la computadora, pero eso no quiere decir que intuya. En algún lado existe un método. Quizás en los próximos cincuenta años los psicólogos cognitivos habrán logrado explicar, cuáles son estos mecanismos, pero hasta ahora no los conocemos. Hasta el momento podemos darnos cuenta, simplemente, de la extrema complejidad de estas operaciones y, por tanto, del error sistemático de cualquier explicación simple de estos procedimientos.

Cuando el juez ha agotado todas estas operaciones muy complejas, enuncia un producto, que es la decisión final. También en este caso hay que hacer algunas observaciones rápidas. La decisión final puede tener una estructura relativamente constante. El juez dice cuáles son los hechos que consideró verdaderos y cuáles son los que consideró falsos, después dice cuál es la norma a la que se está refiriendo y con qué significado la está usando como criterio de decisión y, finalmente, saca las consecuencias. Si se observa la estructura de la decisión, como resultado del razonamiento del juez, pues sí se puede “individualar” una estructura.

En los casos en que el juez logra plantear una correlación bastante clara entre normas y hechos, se puede decir que hay quizás un nexo de carácter deductivo, lo que los alemanes llaman subsunción del hecho a la norma, la correspondencia entre el *tatbestand* concreto y los hechos normativos. Hay muchas maneras de expresarlo, tal vez los que aún hoy siguen sosteniendo que la base de las decisiones judiciales es de carácter deductivo no se equivocan, si se refieren a este aspecto de la decisión, no a cómo se va formando la decisión, sino a un aspecto de cómo se enuncia ésta. Dentro de esos límites sí se puede hablar de un fundamento deductivo de la decisión, pero no significa que haya razonamientos en los que, por distintas causas, el juez no se expresa en forma deductiva.

Cuando hablemos de los precedentes, vamos a ver que hay aspectos bajo los cuales este discurso está en crisis y ya no se sostiene más, porque es más fácil expresar en forma subsuntiva o

deductiva una decisión, fundada en una norma general. Será mucho más difícil fundamentarla sobre un precedente en forma deductiva, salvo que se hagan una serie de operaciones de las que luego vamos a hablar.

Más allá de esta, que podríamos tomar como forma fundamental de la decisión, como producto, puede ser que haya caracteres estructurales ulteriores. Voy a indicar dos que, aunque no son los únicos, son los que me parecen más importantes.

Uno, es el que tiene que ver con el orden lógico de las cuestiones que el juez decide, primero las cuestiones procesales preliminares: jurisdicción, competencia y todo lo demás; después, las cuestiones de mérito y, finalmente, la decisión sobre el objeto principal de la controversia. Cuando estas cuestiones se deciden en forma explícita ? que no ocurre siempre, pero puede suceder? entonces la decisión adquiere una estructura compleja porque, al menos teóricamente, sobre cada una de las cuestiones tenemos una subdecisión que tiene su propia estructura específica.

Dos, es cuando la decisión requiere más preguntas o más grupos de preguntas y el juez tiene que decidir muchas cuestiones de mérito en el ámbito de la misma decisión, entonces tenemos en realidad un conjunto de decisiones que pueden tener una estructura lógica, que no es la lógica del razonamiento formal. Podemos decir que en la lógica de la prejudicialidad jurídica “viene antes lo que lógicamente se tiene que decidir antes” (después depende de cómo se va a decidir lo que se tenía que decidir antes). Esta es una variable importante en la estructura lógica de la decisión, que no es la estructura lógica del razonamiento, sino la estructura lógica del resultado del razonamiento.

Toda decisión o subdecisión como las que acabo de indicar, en los sistemas modernos deben justificarse. Las razones son muchas, por ahora me limito a indicar algunas. Una de ellas la encontré esta mañana leyendo el prólogo de dos filósofos italianos a una antología de textos clásicos sobre la justicia. Estos filósofos dicen: “hay un sentido en que todas las cuestiones de justicia sean cuestiones de justificación”, entonces, el problema de la justicia de la decisión se traduce en el problema de la justificación de lo que el juez decida, pero esto es únicamente una racionalización filosófica de cosas que los juristas ya conocen desde hace mucho tiempo. Tan es así, que en algunas de las constituciones de la postguerra, como la italiana, la

española, la portuguesa y otras, se incluye la obligación constitucional de la motivación de la sentencia; también en donde esta obligación no es explícita, como en la Constitución de Bonn, se considera que la misma deriva de la garantía fundamental de defensa (artículo 103). La interpretación constante siempre ha sido que la obligación de la motivación de las decisiones sea parte fundamental de las garantías del proceso.

Por otra parte, la historia del problema salta a la vista, a falta o con la presencia de la obligación de la motivación, hay diferentes teorías que señalan que el poder democrático es el que se justifica, el poder absoluto es el que no se justifica. No es casual que los grandes escritores del derecho canónico del siglo XVI, XVII y XVIII, decían a los jueces “cuídate bien de explicar en la sentencia los motivos de tu decisión, porque esto haría débil la fuerza que existe en la obligatoriedad de tu decisión”. El poder de la iglesia nunca ha sido un poder democrático, entonces, no se asombren si los procesalistas canónicos pensaban esto.

Por otra parte, la presencia en muchas constituciones modernas de la obligación de motivar las sentencias marca precisamente la implicación democrática que existe en la obligación de motivar. Donde existe esta obligación de motivar estamos en presencia, al menos en el plano de los principios generales, de una concepción democrática del poder. “Tú, juez, tienes el poder de decidir, pero tienes la obligación de explicar el por qué y el cómo decidiste así”, “tienes el poder de decidir, pero tienes el deber de justificar tu decisión”. Entonces razonando así, tienen problemas los ordenamientos, como el estadounidense, en el que no existe obligación de motivar. Es cierto que muchas decisiones se motivan, pero se trata únicamente de decisiones de las cortes de apelación o cortes supremas de cada estado. Los jueces de primer grado casi nunca justifican sus decisiones, y jamás los jurados populares justifican su veredicto.

Cuando les digo a mis amigos americanos que su sistema judicial sufre de un gran déficit de democracia, a ellos no les gusta eso; pero yo razono como europeo, acostumbrado a esta tradición de diferencia entre el poder absoluto y el democrático. La presencia o la falta de la obligación del juez de justificar su decisión es determinante, no es un caso en la historia europea. La obligación de motivación aparece en el siglo XVIII ? aparte de algunas legislaciones locales italianas? como regla general. Con la ley revolucionaria de 1790, que en Francia canceló el régimen feudal e inauguró los sistemas modernos con la nueva figura

del juez (que es la que tenemos todavía) surgió la obligación general de motivar, por lo que debemos decir, que el aspecto de la justificación de la decisión es una característica fundamental de ella.

La decisión como resultado, se toma como una hipótesis de la que se parte y que debe ser justificada. Por tanto, lo que el juez decidió será más o menos aceptable, más o menos fundamentado, de acuerdo a la manera en que el juez justifique lo que decidió. Existe en el mundo, en especial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de mi país, un concepto radicalmente equivocado de la motivación de la sentencia. Es una concepción según la cual, cuando el juez escribe la motivación de su sentencia da una especie de resumen de procedimientos mentales a través de los cuales llegó a esta decisión. Según yo, esto me lo enseña hasta un niño, no debe ser así, por la simple razón de que en el momento de explicar cuáles son las razones que justifican la decisión no se vuelven a reconstruir los procesos mentales en una especie de introspección, de autoanálisis. “... yo recuerdo que a las dos de la madrugada, me pareció que tal testimonio era falso”. ¡No es así!, no sucede eso, todos lo sabemos; pero a mi me maravilla que haya cortes supremas, como la Corte de Casación Italiana, que cuando se encarga de la motivación de la sentencia, dice: “me he dado cuenta del criterio lógico y psicológico del juez”. Esto es falso. Es una teoría equivocada. Cuando mucho podemos preguntar, cuando el juez escribe la justificación de su decisión y retoma algo ¿qué pensó cuando estaba buscando la decisión? Esto puede suceder. No es necesario que al justificar las decisiones, el juez invente de nuevo el universo. Es claro que servirán trozos de razonamiento que el juez ha hecho cuando ha valorado las pruebas, cuando ha analizado la norma. Si tiene buena memoria o si ha tomado apuntes, utilizará cosas que ya había pensado. Es la estructura lógica del discurso la que cambia; la estructura del razonamiento decisorio no. En la estructura del razonamiento justificativo, el razonamiento decisorio funciona entre verdadero y falso: hipótesis y prueba de verdad o falsedad de la hipótesis; en la justificación no. La justificación ya ha descartado los trozos de razonamiento que no funcionan.

El juez en la motivación de las sentencias no dice: “yo puedo razonar así, o tal vez así, o tal vez así”, pero como lo dos primeros están equivocados, entonces yo sigo el tercero. Las justificaciones no siguen esta estructura lógica. Por tanto, aquí estamos en el campo en que nos ayuda la lógica de la argumentación, no la del descubrimiento, para confirmar las hipótesis. El juez ya hizo su selección, debe únicamente explicar el por qué sus elecciones son razonablemente

aceptables y eso lo hará empleando instrumentos de la lógica argumentativa, que no son los del descubrimiento. Son aquellos que confirman racionalmente la hipótesis; lo que el juez decidió y repitió en este contexto. Es una hipótesis y hay que demostrarla. El juez debe únicamente demostrar que tuvo buenas razones de hecho y de derecho para haberse pronunciado de esa manera y no es un argumento *ex-post*, sino un argumento *ex-ante*.

Yo aquí me detengo porque si no el tema puede complicarse distinguiendo entre justificación interna y externa, pero me llevaría mucho tiempo. Retomaremos después estos aspectos.

Dra. Bonifaz:

Vamos a abrir los comentarios. Seguramente hay muchas inquietudes. Empezamos con la dinámica de las preguntas ¿quien comienza?

Julio César Cruz Ricárdez:

Maestro: agradezco su presencia y que comparta con nosotros su sabiduría. Sobre todo en ese hermoso lenguaje materno que no está muy alejado de nuestro español.

Considero que, en mi opinión, lo más relevante de lo que nos ha expuesto magistralmente radica en el hecho de que, al alejarnos del pensamiento demasiado amoldado o demasiado estricto que se utilizaba con base en el silogismo, podemos ver al juez ahora como un ser con mayor libertad, pero también con mayor responsabilidad. Considero que el juez ya no será visto como un simple aplicador del derecho, sino como un ser pensante que actúa en la dinámica social y que busca a través de sus resoluciones, apegarse a la justicia y a la verdad.

Usted menciona algunos criterios, porque también esa libertad puede ser peligrosa. Entonces, a través de una dialéctica como la que usted explica y para evitar que se desborde ese ámbito de libertad, que desde luego celebro ¿cuáles serían los criterios racionales a aplicar en esta nueva forma de actuar de los jueces?

Profr. Taruffo:

Cierto que en esta forma de considerar la decisión judicial, yo hago completamente a un lado las concepciones cerradas como: la

del silogismo y la de la decisión como cadena de silogismos, en vez de un único silogismo. Es cierto que al ampliarse la libertad del juez, se tiene como contrapeso o como compensación mayor responsabilidad. Esa responsabilidad es de distintos tipos, si consideramos, como yo también lo considero, que el juez junto con muchas otras funciones, desarrolla la de operador social o de resolutor de los problemas sociales o garante de los derechos y de muchas otras cosas. Es cierto que el juez tiene distintos tipos de responsabilidad: se puede hablar de responsabilidad política del juez, o la de disciplina, por ejemplo. Lo que nos remite a otra serie de problemas, como el de la legitimación democrática del juez o el de la independencia o dependencia política del juez. Aclaro que yo vengo de un ordenamiento en el que, precisamente en este período, la independencia política del juez está puesta a la discusión, por lo que estoy especialmente sensible a problemas de esa índole.

La pregunta es ¿debe darse mayor responsabilidad de todo tipo para el juez? ¡Claro!, por supuesto. Observo que las otras teorías de la decisión, como la silogística, siempre sirvieron para esconder la responsabilidad del juez y eso quiere decir hacer de él un aplicador pasivo de las directrices del poder, hacer de él alguien que no tiene responsabilidad sino un mero ejecutor, lo que quiere decir es que el poder viene de otra parte. Esto es un aspecto negativo, muy grave, de la falta de responsabilidad. La responsabilidad implica también el poder de elegir. Si no se tiene responsabilidad de elegir no se tiene responsabilidad. Si no se tiene responsabilidad no se tiene poder.

La pregunta es entonces, si el juez tiene más libertad, ¿cuáles son los criterios para gobernar esa libertad?, dado que si es una libertad no gobernada, entonces es arbitrariedad. La discrecionalidad y la libertad tienen en la arbitrariedad un grave peligro que siempre está presente.

Esta cuestión depende de si estamos en un sistema que se inspira en un principio de legalidad o no. En muchos ordenamientos el principio de legalidad no existe, o bien, existe de manera distinta; por ejemplo, cuando hablamos de principios de legalidad en Italia o en otros países tenemos en mente lo que mi constitución más o menos expresa diciendo, que el juez está sujeto únicamente a la ley, lo que vale más por lo que excluye que por lo que incluye. Puede ser que el juez se someta a otros poderes públicos o privados y esto es en otro aspecto inobservancia del principio de legalidad. El juez no debe decidir según criterios distintos de los que la ley le impone;

no debe decidir, por ejemplo, de acuerdo al dinero que tenga una de las partes; no debe decidir según la función o el papel social de la parte.

El “principio de legalidad”, que dicho en abstracto parece una idea platónica, en realidad tiene un significado operativo muy importante, “si yo, ordenamiento jurídico, le digo al juez, tú debes decidir según la ley”, ¿qué quiere decir?, que no puede el juez decidir de conformidad con criterios distintos, como el estado social, la riqueza, o la función política de las partes, lo que corresponda a una de las partes en el proceso civil o al imputado en el proceso penal. Empleando como arma el principio de la legalidad se le impone al juez un deber fundamental, vinculante. Adoptando este principio se excluyen de la libertad de decisión del juez una cantidad de alternativas posibles y concretas, no teóricas, no abstractas, muy precisas.

Otro problema nace del hecho que, por ejemplo, comparamos nuestro principio de legalidad con el que parecería ser su equivalente americano *rule of law*, descubrimos que son cosas muy distintas, son dos fórmulas no equivalentes. Cuando los americanos hablan de *rule of law*, se refieren a muchas cosas. Un estudioso que hace unos años trató de enmarcar este problema, identificó, si no mal recuerdo, siete significados distintos, ninguno de los cuales es sencillo. Si el juez tiene que atenerse a la *rule of law*, pero ésta es un conjunto de criterios diferentes que se refieren a cosas distintas, ya no tenemos el mismo tipo de vínculo o tenemos un vínculo mucho menos preciso de lo que se deriva del principio de legalidad; después de lo cual, una vez establecido que el juez tiene que aplicar la ley, nacen problemas de interpretación de las normas, etc. Creo que mañana vamos a tener forma de discutir mejor estas cuestiones. Va a quedar hoy una respuesta que tiene que ser rápida: sí existen cánones de control de la libertad del juez. Sin embargo, hay que decir que son cánones concebidos de tal manera, que no eliminan esa libertad; pero tampoco la vuelven ilimitada. Es un problema muy complicado, es muy difícil de encontrar el punto adecuado entre la falta de libertad del juez y la posible arbitrariedad. La solución adecuada del problema está en una fase en medio de estos dos extremos.

Dra. Bonifaz:

Mañana vamos a ver particularidades de la decisión en el derecho, luego la decisión de hecho, posteriormente el precedente y cerraremos el viernes con la decisión justa.

Eugenio Partida:

Ante todo, agradecer al profesor esta conferencia tan refrescante y digo refrescante, porque sus conceptos surgen como agua clara y transparente que se puede asimilar muy fácilmente por todos nosotros.

Dentro de su exposición, narra como uno de los primeros puntos para llegar a la decisión justa el procedimiento del razonamiento y, dentro de él, hablaba de la ideología, luego, al concluir, habla de la justificación. Yo pienso que hay una vinculación, si no es así, deseo me lo esclarezca, entre lo que sería la justificación propiamente dicha de la resolución y el principio de ideología de todo razonamiento del juez, que es lo que lo lleva a tomar una decisión en cierto sentido, ¿es así?

Profr. Taruffo:

Bueno, probablemente sí hay relación entre la justificación de la resolución y el contexto ideológico dentro del cual el juez trabaja, naturalmente aquí yo uso el término de ideología no en sentido marxista, es decir, en sentido despectivo, sino simplemente para indicar una tabla de valores a las que ciertos sujetos hacen referencia. Explicitando de esta manera el término “ideología”, la relación se vuelve evidente, porque una de las funciones que tiene la justificación de la decisión es la de “hacer aceptable” una decisión, pero no en sentido puramente psicológico, sino en sentido sistemático: la decisión del juez en el contexto del ordenamiento jurídico.

Esta aceptabilidad, que entiendo en sentido objetivo no en sentido subjetivo y psicológico, implica que la justificación de la decisión establezca relaciones objetivas, o lo más objetivas posibles, entre el contenido y las razones específicas de la resolución individual y el contexto o los contextos en los que la decisión se pronuncia; debe haber una relación de implicaciones lógicas, que si muy rara vez se dan, por lo menos, deben darse en un enlace de correlación o de compatibilidad, entre lo que el juez dice en cada caso y el contexto.

El contexto, sin embargo, no es sólo el de las normas de un código civil, por ejemplo, así como están escritas. El contexto es algo complejo. Están los significados que la jurisprudencia o la doctrina le atribuye a estas normas. En los casos en los que el ordenamiento tiene una constitución escrita, el contexto está representado también por las relaciones de compatibilidad o de conflicto entre las

normas ordinarias y las normas constitucionales o entre normas y principios fundamentales, aunque no estén escritos. En el contexto del ordenamiento, entran las reglas lógicas, los enunciados y también los valores; es más, el contexto general está determinado por los valores que se vienen a asumir después. Podríamos hacer una distinción entre los valores asumidos por el legislador constituyente, por la opinión media común o por las áreas más avanzadas de la cultura jurídica, o no jurídica, de determinado ambiente social. Aquí hay una variedad de factores culturales que entran en juego. Después hay que ver en qué momento histórico los valores van cambiando su orientación hacia las diferentes opiniones de especialistas, de profesionales o generalizadas, etc.

Razonando así, se ve muy claro que hay una relación individual entre lo que un juez escribe, motivando una sentencia específica, y el contexto en conjunto, en el cual su decisión tiene que ser coherente; si no es derivada lógicamente, por lo menos tiene que ser coherente. Esto puede ser una operación muy compleja y muy distinta de un caso a otro; entonces, aquí se podría también distinguir entre juzgadores, y podríamos dar un largo discurso para diferenciar las formas en las que el juez se ubica a sí mismo y la manera en la que desempeña su función dentro de un contexto, es decir, la autorreflexividad del juez, la imagen que se atribuye a sí mismo. Esto condiciona su forma de trabajar. El juez que está muy ligado al formalismo positivista de mediados del siglo XX, no se va a dar cuenta de sus propias elecciones de valor, es más, si es un juez positivista particularmente tonto, no se va a dar cuenta siquiera de lo que hizo.

Regresando a la motivación de la sentencia, hay dos formas distintas de abordar la función de la motivación, la interna o endoprocesal y la externa o extraprocesal. La interna se da cuando el juez "motiva" para defender su propia decisión con respecto al juez superior y para poner a las partes en condición de poder criticar su sentencia: pero todo dentro del sistema jurisdiccional, dentro del sistema de la impugnación, substancialmente; lo cual no explicaría por qué tienen que motivar también las cortes supremas, si sus sentencias no son impugnables. Esta observación pone en crisis la concepción de la motivación en lo endoprocesal. En muchos ordenamientos se vuelve a hablar de esta posibilidad, para que trabaje menos el juez, ¡imagínense!, "sólo motivemos en aquellos casos en las que la sentencia es impugnable, si no, no". En mi opinión esto estaría mal, porque no se considera la relación entre justificación y ejercicio del poder que mencioné anteriormente.

La otra, es decir la función extra procesal de la motivación es la que yo personalmente prefiero. En Italia, por lo menos, los jueces pronuncian en nombre del pueblo sus sentencias, porque dicen “en nombre del pueblo italiano, yo juez, esto y esto”. Pues, a ese pueblo, en nombre del cual se ejerce el poder, el juez debe rendir cuentas y explicar por qué procedió en cierta forma, independientemente del hecho de que haya arriba un juez de impugnación; también, porque el juez que resuelva la impugnación va a juzgar la sentencia inferior desde un punto de vista técnico y no desde un punto de vista ideológico. La justificación es valorativa.

La responsabilidad política del juez aparece en el momento en que la sentencia se dirige a la comunidad, no al juez de impugnación o a los defensores de las partes. La objeción que se puede hacer es la de que el pueblo mexicano o el pueblo italiano no pueden pasarse la vida leyendo las sentencias y diciendo si están de acuerdo o no; pero esa no es una objeción, porque las garantías fundamentales existen en cuanto garantizan la posibilidad de funcionar, no en cuanto funcionen efectivamente en cada caso particular.

La garantía está en la posibilidad de que se efectúe un control, no en la verificación del mismo. La garantía de la apelación no quiere decir que todas las sentencias van a ser impugnadas; la garantía permite simplemente la posibilidad de hacerlo. Pero en el plano de los esquemas políticos o de las formas de organización del poder, basta hacer que las justificaciones de las sentencias tengan posibilidad de ser verificadas críticamente fuera del ambiente restringido del sistema de las impugnaciones. Es sobre eso que el juez va a asumir una responsabilidad, que no es solamente una responsabilidad de carácter técnico.

Para cerrar este punto, hay que hacer que los jueces, que pretenden someterse a un control ? aunque sea potencial? de este tipo, hagan el esfuerzo de ser controlables a partir del lenguaje que utilizan. Hay muchas sentencias escritas por jueces italianos que no están escritas en italiano, en el sentido que están escritas en una lengua que sólo los juristas pueden entender. Este creo que es un fenómeno no sólo italiano, se presenta en otras partes también. Esta es una manera más o menos consciente, según los casos, de sustraerse a este control y de someterse solamente al control de aquellos que pertenecen a la misma casta profesional, es decir, los juristas; pero cuando las cosas están así, el principio fundamental del control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional, ya se traicionó, por-

que se pone en crisis, aunque sea de manera hipotética, la posibilidad que tiene cualquiera que quiera entender lo que el juez dijo. “Ustedes entenderán muy bien lo que dijo el juez”: es una premisa indispensable para hacer una evaluación crítica. Si hay un juez que escribe en una lengua que yo no entiendo, puede haber escrito cualquier cosa y yo, como ciudadano, nunca voy a tener la posibilidad de controlar lo que dice.

Arquímedes Loranca Luna:

Maestro, al inicio de su exposición, en la fase de descubrimiento de la decisión, me causó gran curiosidad lo que usted ha llamado dialéctica de decisionismo o decisión dialéctica, a efecto de establecer la vinculación que existe entre la norma y el hecho; y decía usted: a final de cuentas, estas dos situaciones no se deben ver como un silogismo, no podemos ver la premisa mayor, el hecho y la conclusión, sino que estamos hablando de la norma y el hecho y la vinculación que se da entre uno y otro para llegar a una decisión y de esta manera, entre varias hipótesis que podrían saltarnos a la mente, tomar las más idónea.

Me suena muy bien; sin embargo, me ha causado gran curiosidad precisamente por mi formación y, sí le pediría de favor que nos pudiera esclarecer, con un ejemplo, cómo se podría llevar a cabo este proceso intelectual para llegar a esa dialéctica de la decisión.

Profr. Taruffo:

Luego voy a darles un ejemplo; pero desde el punto de vista teórico, la situación procesal que sirve de punto de partida es aquella en la que hay por lo menos dos versiones de la controversia. Una parte dice, “el hecho se desarrolló así y asado”, circunstancias concretas. Tal parte relaciona este hecho con una norma; afirma que este hecho está dentro de lo que prevé esa norma y así es como establece conclusiones. La otra parte hace una operación semejante, pero contraria, porque si no, no habría controversia.

Tomemos una de las dos situaciones: una determinada circunstancia de un hecho, por ejemplo, el hecho de que después de un accidente en la calle, una joven y fascinante mujer sufrió heridas tales, que hacen que siga joven, pero ya no fascinante y hermosa como antes. Tenemos por un lado, una norma en el código civil italiano ? hay una norma semejante en todas partes ? que dice, que cualquiera que

haya sufrido un daño injusto como consecuencia de un hecho ilícito, tiene derecho a una indemnización. Ese daño estético como lo llamamos nosotros, ¿entra en esa norma o no? Este es un problema de subsunción del hecho a la norma. Hasta hace no muchos años, la jurisprudencia de las cortes italianas decían que esa norma se refería solamente a daños físicos, o bien a daños económicos, destrucción del auto, por ejemplo, gastos médicos, etcétera; a este tipo de cosas, pero nada más a eso. Ahora se tiende a decir: los efectos del accidente incidieron también sobre la belleza de la persona, y el daño a la belleza es jurídicamente relevante. Los daños a la belleza también existían antes, pero no se consideraban como relevantes jurídicamente. Esto tiene mayor importancia en la vida de hoy, porque una mujer bella tiene relaciones sociales distintas, antes del accidente y después del accidente.

Tradicionalmente estas cosas no significaban nada, lo cual quería decir que, cuando una circunstancia de este tipo no era relevante, no había necesidad inclusive de probarla, no había un problema de prueba en este hecho. De cualquier modo, no habría tenido ningún efecto. Por el lado, de la norma se dice, qué es lo que abarca o no una norma tan general. De ahí se empezó a señalar: no cubre sólo los hechos tradicionales, como el daño resarcible sino también el daño existencial, el daño en la vida de relación. Así, más o menos, quedaría el daño estético, para llegar a decir, “voy a resarcir el daño”, no sólo los demás tipos de daño, sino también este nuevo tipo de daño.

El juez tiene que hacer una comparación entre la circunstancia del caso con la que tiene que ver, considerando relevante o no una herida que, por ejemplo, está en la cara y, por otro lado, tiene que modificar la interpretación de la norma, de manera que se vea lo que sucedió en ese específico caso: la edad, la belleza de la mujer y la naturaleza de las heridas. Con circunstancias concretas y el significado de la norma tiene que llegar a construir, entre ellos, una especie de correlación. Tradicionalmente esto no se hacía frente a los mismos hechos y a la misma norma. Esto quiere decir que la relación entre un hecho y una norma no es algo inmediato. No es “herida en la cara = al artículo 2043 del Código Civil Italiano”.

Por mucho tiempo no funcionó así, ahora tiende a funcionar de ese modo. ¿Qué es lo que cambió? El texto de la norma se quedó igual. Lo mismo sucede con la circunstancia del accidente, pues los hechos son lo que son, hechos históricos. ¿Qué es lo que cambia? pues el razonamiento del juez, lo que el juez considera relevante del

hecho y el significado que le va a dar como consecuencia a la norma, entonces allí está la relación dialéctica, el paso del hecho a la norma en este ejemplo muy sencillo. Pero podríamos poner ejemplos mucho más complejos, esta es una relación dialéctica. Hay dos datos que el juez tiene que comparar o relacionar entre sí, pero esta relación no es inmediata, no es  $2 + 2 = 4$  (dos más dos igual a cuatro), es  $2 + 2$  que puede ser cero, cinco, doce o cuatro, según como el juez construya esta relación.

Por otra parte, tenemos el otro aspecto que se cruza en la dialéctica entre las partes: Si yo soy el defensor de la compañía de seguros, voy a decir que no hay ninguna relación. Entonces, la “relación” es doble (la dialéctica es una cuestión muy complicada). Hay una doble relación entre el hecho y la norma y también entre las partes. Cada una de las cuales va a sostener una distinta relación entre ese hecho y esa norma. El juez está en la encrucijada de todas estas relaciones dialécticas y va a ser el que tiene que dar el último paso dialéctico y decir, si reconstruye el hecho de una manera tal e interpreta la norma de esta otra manera. Así es como se verifica la correspondencia.

Juan Carlos Silva Adaya:

Aquí se alude a un aspecto muy inquietante, lo relativo a la cuestión ideológica. Efectivamente, no se puede sustraer el juez del contexto social; quizás a través de una interpretación funcional se le da actualidad a la norma jurídica para interpretarla, aplicarla, pensando en la constitución italiana de 1948, en función de lo vigente en el 2000, para no descontextualizar, igual que la constitución mexicana de 1917, pero ¿cómo controlar estos aspectos para que efectivamente sea una concepción?, no sé, la regla de la mayoría, y no una particular concepción del titular del órgano jurisdiccional, para el efecto de hacer previsible estas decisiones y que no se trate de meras cuestiones subjetivas.

Ya en otra parte se señalaba lo relativo a que, en ocasiones, en las decisiones judiciales, se hace una descripción de cómo se llegó a cierta decisión. En función de lo que se viene destacando hoy, lo que se debe subrayar es: cuáles son las razones que permiten justificar esa decisión. Pero pareciera que también es útil reflejarse. Dice el refrán: “lo que abunda no daña”. Cuál fue el procedimiento intelectual que llevó al órgano jurisdiccional a esa decisión, porque pudiera ser, por ejemplo, en una interpretación sistemática, que no fue completo el

análisis, en función del sistema jurídico o las normas del ordenamiento jurídico y que algunas de ellas se hubieran escapado, cuando, por ejemplo, se hace el análisis de lo relativo a la aplicación del principio de proporcionalidad, se alude a algunas disposiciones y se dejan afuera otras de esa situación.

Ilustro: ocurrió aquí en México una decisión en función del principio de proporcionalidad, que se desprendía de la constitución por la Suprema Corte de Justicia, se hizo referencia a ciertas disposiciones de donde se desprendía este principio y no a otras, que tenían que ver con un principio que era por, ejemplo, el principio de gobernabilidad. Entonces, fallaba el análisis, parecía que era incompleto, no se resolvía porque no se estaba considerando este principio de gobernabilidad, al margen del de inclusión o del de proporcionalidad.

Profr. Taruffo:

Creo que aquí la mayor parte de las intervenciones van hacia el centro del problema. Los que han participado hasta ahora, tomaron sus conclusiones directamente de algo que yo dije, en el sentido de que, si de una vez por todas no se distingue un esquema lógico formalizado para las decisiones, los problemas explotan. Sería mucho más cómodo tener, como lo fue por mucho tiempo, un esquema como el del silogismo, que ocultaba los problemas. En cambio, razonando como lo estamos haciendo ahora, los problemas afloran. Ahora, ¿cómo controlar las valoraciones del juez?, ¿cómo evitar una mera subjetividad?, etc., también con referencia a la eventualidad frecuente de que un juez, inclusive un juez constitucional, o un juez ordinario, tenga que hacer una selección entre principios distintos, sin que exista un criterio preciso para decir cuál prevalece.

Por ejemplo, el razonamiento que hace Dworkin sobre los principios, muestra que éstos se pesan y que no se contradicen nunca. Los principios deben ser combinados. Aquí estamos en el corazón de los problemas de interpretación de la ley, aun antes que de los problemas de la decisión judicial. ¿Cómo controlar las valoraciones del juez?

Históricamente las organizaciones políticas intentaron hacerlo de distinta manera, hasta prohibiendo al juez que hiciera valoraciones.

En la revolución francesa, o inmediatamente después, se prohibió al juez que interpretara la ley. La idea básica era que, por una parte, la ley fuera clara y que no tuviera necesidad de interpretarse y,

por otra parte, estaba la concepción del poder, en función de la cual, la ley debía ser hecha únicamente, por el poder legislativo y el poder de interpretación se venía pensado únicamente como un poder creativo para interpretar la ley de alguna manera. Interpretar la ley significaba hacer la norma; pero esto no era posible, según esta ideología de la interpretación de la ley o de la función del juez.

Se trata de un caso extremo, evidentemente, pero el legislador revolucionario estaba muy preocupado por impedir que la interpretación del derecho común siguiera dominando los ordenamientos jurídicos.

Expongo todo esto no para dar una solución válida, sino para mostrar cómo pueden ser distintas las respuestas a este problema, desde un cierto punto de vista; aun la teoría del silogismo judicial era un instrumento que estaba pensado como instrumento de control.

Vincular al juez a la interpretación de temas lógicos (como aquellos silogísticos) quería decir, controlar la discrecionalidad del juez, no eliminarla totalmente, porque los teóricos del silogismo admitían, que el juez interpretara la norma para decidir, pero le decían “tienes que hacerlo en una forma lógica tan vinculante, que no puedes insertar nada de personal o subjetivo en todo ello”; pero ésta también era una ideología. Ahora la historia de los ordenamientos modernos puede ser leída como la de los intentos del legislador de restringir la discrecionalidad del juez; lo que implica siempre la utilización de juicios de valor, porque el juez no resuelve sobre la base de criterios técnicos neutrales, como veremos más adelante al hablar de pruebas.

En la mayoría de los casos y sobre todo cuando se habla, como lo estamos haciendo ahora, de la interpretación de las normas, éstas se interpretan según algunas reglas técnicas bastante flexibles, que no proporcionan una metodología precisa, pero el juicio de valor está en cada paso, en el razonamiento de la decisión del juez, porque cualquier norma admite ser interpretada ‘hasta las más sencillas’, las civiles, por ejemplo, cualquier norma que habla de “normal prudencia” y “buena fe”, “buenas costumbres”, “orden público” o de lo que ustedes quieran. Según los teóricos de las cláusulas generales, sobre todo alemanes, esos son los momentos en el que legislador se abre hacia otros criterios, que son sociales o ,quizá también, subjetivos del juez o de las partes.

Estas cosas particularmente no son complicadas, pertenecen al trabajo cotidiano del juez. ¿Cómo le hace el juez para establecer,

por ejemplo, si el comportamiento de un cónyuge es tan grave, que se justifique la ruptura de la convivencia conyugal? Es difícil decirlo. O, ¿cómo puede aseverar que esta es una conducta de mala fe o que este u otro hecho va en contra de las buenas costumbres o de la moral común? Son juicios de valor.

Una cosa que creo debemos reconocer y es, que los juicios de valor los formula el juez, quien no puede hacer otra cosa, y si dice que no lo hace, es simplemente que no quiere reconocer que lo está haciendo. Normalmente la negación de un juicio de valor es una forma de cubrir juicios de valor que no tenemos la valentía de hacer explícitos. Esto, en mi opinión, forma parte del trabajo cotidiano del juez, no sólo cuando aplica normas constitucionales o principios, etc., sino también al interpretar las normas más obvias. Siempre hay un conflicto de criterios, que si no existiera, no existiría el problema interpretativo. El problema interpretativo nace precisamente del hecho de que, si aplicando el criterio “A” obtenemos la solución A1 y aplicando el criterio “B” tenemos la solución A2, tenemos que tomarlo en cuenta. No podemos decir “es algo feo y, por tanto, vamos a fingir que las cosas no son así”. Sería como decir, como no me gusta cuando llueve, diré que siempre brilla el sol. Esta es una manipulación de la realidad. No es enfrentar el problema.

Previsibilidad y no mera subjetividad: La previsibilidad es inevitablemente relativa, pero puede ser relacionada con la constancia de los criterios sociales del juicio; de ahí que, si estamos en una sociedad monocultural, si pensamos que el juez es un intérprete fiel de la cultura de esa sociedad en ese momento, entonces tenemos identificado un criterio relativo de previsibilidad. En las viejas sociedades, las cosas eran así o se consideraba que así eran. Después se empezó a ver, si esto se debía al hecho de que prevalecía la cultura de los poderosos sobre los desvalidos. Se consideró que existían contextos socioculturales en los que las tablas de los valores o de las reglas morales o de reglas sociales de comportamiento eran relativamente claras, estables y uniformes. Entonces, en un contexto social de este tipo se podía decir, que la decisión de los jueces, que aplicaban los valores o las reglas y ciertos estándares de conducta eran previsibles.

Esto ya no se da en las sociedades en las que la mayor parte ha reconocido lo que ya existía y que cambiaron las circunstancias, pero es muy difícil porque entonces estamos en contextos multireligiosos, multiculturales, multiétnicos, multi todo lo que quieren. Por ejemplo, el rol social de la mujer antes era estable y también

estaba codificado en ciertas normas, ya cambió, sin que haya sido reemplazado por otra concepción homogénea del rol social de la mujer. El punto de referencia que por mucho tiempo podía garantizar el sentido negativo o garantizar una relativa homogeneidad y previsibilidad de los juicios de valor ya no existe y no ha sido reemplazado por nada y, por tanto, estamos en un ámbito en que han disminuido los criterios de referencia.

Por el contrario, hay ámbitos en los cuales antaño no había criterios relativamente estables de referencia, como en muchos sectores de la actividad económica, en la que salieron a flote puntos de referencia aun cuando no explícitamente codificados, como por ejemplo, las reglas de correduría, que en algunos casos vienen traducidas en normas y en otros no; pero desde antes existía el vacío y después se decidía de manera verdaderamente arbitraria. Ahora hay criterios de buen comportamiento económico, elaborados por la llamada *lex mercatoria*? que no es derecho positivo? que tienden a aplicarse. En la medida en la que los criterios de esta índole se están consolidando, es probable que nos acerquemos a la mayor estabilidad de los criterios de valoración y, entonces, a la relativamente mayor previsibilidad de las decisiones, en función del hecho de que existen criterios de referencia, en los que nosotros confiamos que el juez emplee.

Lo mismo vale por lo que respecta al problema de encontrar las buenas razones justificativas. Si un juez justifica la decisión en materia económica, comercial, citando un ensayo sobre “La Riqueza de las Naciones” de Adam Smith, probablemente está fuera de lugar, fuera de juego, no está aduciendo una buena razón, una buena motivación, en cambio, si señala el hecho de que “sobre el plano internacional”, la *“lex mercatoria”*, ya reconoce ciertos estándares de conducta como válidos, entonces aduce una buena razón.

Pero la bondad o no de las razones que se aducen es culturalmente relativa. Se trata de ver cuál es en ese instante la referencia que el juez logra instaurar, entre la decisión de este caso específico y los parámetros no normativos que adopta, para interpretar las normas o para llenar los vacíos que el ordenamiento no cubre. (Existen estos vacíos y cada vez más el juez va a encontrarlos con mayor frecuencia). También porque ¿qué tiene que hacer con una legislación vieja de casi cien años? El juez, haciendo una selección de valor, dice: “yo ya no aplico más esta norma, porque la considero inadecuada a la realidad sobre la cual tengo que decidir”; entonces crea el vacío y luego lo colma con cualquier otra cosa.

Se trata de ver, con qué puntos de referencia hace operaciones de este tipo. Esto depende de la cultura del juez y también de cómo capta e interpreta la cultura de quien lo rodea. Si se aísla, queda fuera de los criterios de aceptabilidad social de la decisión, entonces, sí se convierte en una decisión arbitraria, porque él decidió por su cuenta “en contra del mundo”: “los demás se equivocan, yo tengo la razón”. En el momento en que yo, juez, razono así, decido de forma arbitraria, porque no podré encontrar o no tendré ninguna buena razón para justificar una decisión que, *a priori*, va en contra de cualquier criterio intersubjetivo. Esta no es la solución del problema, es únicamente una reformulación.

Dra. Bonifaz:

Nos llegaron 2 preguntas de Toluca, la de José Antonio Valadez, la vamos a contestar el viernes, porque tiene que ver con la decisión justa. A Gustavo Mexueiro, lo que le preocupa es cuando se tienen plazos muy breves para dictar la sentencia, cosa que sucede en este tribunal (a veces se tienen sólo horas, porque ya viene la toma de posesión del candidato que se está impugnando), existen probabilidades de que se incurra en explicaciones muy poco sustentadas en la motivación.

Profr. Taruffo:

El problema es la falta de tiempo: Esto es un problema muy serio. Aquí tampoco hay una respuesta única para todos los casos. Es posible, grosso modo, hacer una distinción que pueda ayudar al juez. Son las distinciones de los casos fáciles y difíciles. El hecho es que no existen casos fáciles o difíciles por definición y en sí mismos. Pueden existir situaciones aun muy complejas que, sin embargo, son casos fáciles y entran en una línea de tendencia bastante estabilizada:

Nos encontramos frente a un caso en que los hechos se parecen mucho, son idénticos a otros hechos de otros casos, y si estamos frente a una situación en la que la interpretación de las reglas de derecho aplicable está bastante consolidada y no existen particulares razones para poner a discusión la situación, estos son casos fáciles, independientemente de la complejidad intrínseca. En este caso, el juez puede muy bien decidir y motivar con base en lo que ya existe: por ejemplo, precedentes claros, antecedentes que le permiten aclarar el problema. Cuando esto ocurre, el juez es afortunado, en el sentido de que si conoce la situación, si es un juez culto, puede resolver

el caso rápidamente. Yo siempre destaco el tiempo del juez inglés, que nunca sabe nada de la controversia antes de llegar a la audiencia en la cual los abogados discuten, raramente, por más de media hora. Se escuchan los testimonios de 2 ó 3 testigos; al final de la audiencia, el juez emite la resolución y motiva realmente su decisión de inmediato. Algunas veces la motivación son 20 o 30 páginas de cultura jurídica muy refinada, con citas, etcétera, de precedentes, sin moverse de su silla, sin decir ¡ay! espérenme, no recuerdo lo que dije, “déjenme ver”. Resuelve inmediatamente. ¡Milagro! Los jueces ingleses hacen milagros. No. Son juristas de una calidad muy elevada; llegaron a jueces después de haber ejercido por lo menos, diez años como abogados. Para un juez inglés, los casos difíciles que requieren de mucho trabajo no existen.

Para el juez joven italiano, que acaba de ganar un concurso por casualidad o por recomendación de sus papás y se vuelve juez a los veinticinco años, cualquier caso es muy difícil, porque no sabe nada, ¡estoy bromeando! Solo quiero darles a entender que el factor tiempo es muy importante y juega de forma muy diferente, no sólo dependiendo de la dificultad del caso, sino sobre todo, según la preparación del juez. Si yo conozco muy bien un problema, por difícil que sea, seguramente lo resuelvo en 5 minutos; pero si no sé nada, aun siendo muy fácil voy a tener que estudiar el caso. Esto es una coartada para los que dicen “no pueden entender que nosotros adoptemos grandes decisiones, si no tenemos el tiempo para tomarlas”. Esta es una falsa justificación, precisamente porque las cosas son distintas, el tiempo limitado sirve como mala justificación, sólo para el juez ignorante.

Andrés Vázquez Murillo:

Mi pregunta es respecto al proceso dialéctico que nos decía, que por una parte, está el caso concreto y, por la otra, la norma; pero mi duda es si en este proceso, no se podría poner en lugar de la norma o en una parte superior, el bagaje cultural jurídico del juez que toma una decisión y después sostiene una hipótesis que luego la compara con la norma, para ver si cae dentro de ella, o si esto nada más podría quedarse como una etapa dentro del proceso decisional, ¿tiene necesariamente que haber una comparación siempre con la norma?

Prof. Taruffo:

Bueno, puesto así, la comparación con la norma es inevitable, es necesaria, porque, de otra manera, no se toma en cuenta el prin-

cipio de legalidad. Esto es lo que hacen muchos jueces en Italia, ¿ naturalmente que estoy hablando de Italia? , eso es lo que dicen, “ya vi el caso concreto. Los intereses están así y así y las partes tienen estas características y entonces decido”, pero esto no es decidir según el derecho, sino que es decidir, en el mejor de los casos, según la equidad, es decir, según la justicia del buen padre de familia o quizá del árbitro, pero no es la decisión de derecho.

Si estamos en un sistema en el que el juez tiene que decidir según el derecho, con todas las elasticidades y las flexibilidades de las que ya hablamos, el juez no puede evitar decir este caso cae bajo la norma “a”, “b” o “c”, que habré de explicar después. Hay márgenes de discrecionalidad, etc., pero no puedo decir, “yo decido sólo sobre la base de mí sentido personal de la justicia”. No sería un juez, sería un mediador, resolutor de controversia, pero no un juez, por lo menos en los ordenamientos como los nuestros, donde los jueces tienen mucha libertad y mucha discrecionalidad, pero siempre tienen que atender el punto de vista de la aplicación del derecho. También habrán casos en los que, teniendo que aplicar la norma y, dado que los significados de las normas no son infinitos, el juez tendrá que decidir conforme un criterio, que él no comparte, es decir, con base en un criterio que el no considera justo.

En los sistemas que les permiten a los jueces hacer esto, o bien, cuando tienen el poder (que casi nunca tienen) de no aplicar la norma, porque no les gusta o pueden también tener que decidir según un criterio que va en contra de su conciencia individual o personal, entre el juicio subjetivo y el juicio impuesto por la norma hay una diferencia, el juez va a tener que decidir con base en la norma, de otra manera, estaría fuera del sistema.

Andrés Vázquez Murillo:

Entiendo que tiene que aplicar la norma, pero yo me refería más bien al proceso interno de decisión, pues la norma siempre va a ser el parámetro. Entonces a mi me da la impresión de que luego puede llegarse a solucionar un caso sin saber qué es lo que dice la norma, o sea nada más con lo que uno tiene en la cabeza.

Profr. Taruffo:

Sucede así: lo que uno tiene en la cabeza es su cultura profesional y general. Claro que los jueces se equivocan cuando toman

decisiones, porque no saben que tal norma se interpretó de tal manera en el tribunal supremo o de tal otra manera. Es un error de derecho, que comete el juez ignorante, eso es lo que usted está pensando, creo. El juez no sabe que esa norma se interpreta de tal manera y como no lo sabe, el inventa una interpretación y aquí está el error de derecho del juez que piensa que esa norma quiere decir una cosa pero, en realidad, según las interpretaciones que dominan, quiere decir otra. Quizá el juez no sabe que esa norma se declaró inconstitucional, por ejemplo. Pues este es un error de derecho pero, una vez más, estamos en el ámbito de la cultura del juez. El juez culto no comete ese error, tal vez otros errores, pero no ese.

Dra. Bonifaz:

Vamos a hacer una penúltima pregunta. Lo bueno es que estará toda la semana con nosotros el profesor Taruffo. Supongo que hoy nos iremos con muchas cuestiones claras y muchas dudas, y si el viernes aumentan las dudas, habremos cumplido el propósito y deberemos hacer un seminario post-Taruffo.

Claudia Zavala:

A mi me gustaría conocer su opinión, maestro. Estamos viendo que lo que resuelven los jueces son problemas y, finalmente, podemos analizar la respuesta del juez solamente para cada problema. No podemos elegir sólo una respuesta correcta ¿o puede haber dos o más correctas?

Profr. Taruffo:

Según los “secuaces” de Dworkin, cada problema tiene una sola respuesta correcta; sólo que yo no soy de los seguidores de Dworkin, porque si uno va a analizar las condiciones en presencia de las cuales, según Dworkin, se identifica la respuesta correcta, son condiciones imposibles en la mayor parte de los casos por lo menos y, otras se presentan en forma bastante discutible.

Yo razonaría de un modo un poco diferente. Razonaría así: cada norma, así como cualquier otro enunciado de cualquier tipo, tiene por lo menos, en teoría, distintos significados posibles, significados correctos que son posibles, porque aquellos totalmente incorrectos, no son significados de esa proposición, son fantasías. Entonces, poniéndolo así, ya contesté prácticamente la pregunta,

porque frente a cada norma, el juez puede atribuir por lo menos dos significados correctos, quizá tres o cuatro, quizá cinco correctos, en el sentido de que son compatibles con la gama de los significados de esa expresión. Son correctos porque se derivan todos, cada uno de ellos, del empleo de criterios hermenéuticos apropiados, pero este es el fundamento de la idea por la cual el juez, como cualquier otro elige, se limita a la norma “x”, el intérprete, el profesor, abogado, no sólo el juez, analiza y dice “esta norma puede querer decir “a”, puede decir “b” o puede ser decir “c”, tiene un significado amplio, tiene un significado restringido, que incluye ciertos casos, pero excluye otros”. La respuesta correcta posible siempre es más de una y esto es lo que crea el problema de la elección, suponiendo que se han identificado una, dos tres, cuatro o “n” posibles respuestas correctas del problema. Se trata de establecer cuál es la relativamente mejor, y este es el problema de la elección interpretativa, si estamos hablando de proposiciones normativas, o de la elección cognoscitiva, si estamos hablando de enunciados que expresan hechos. También frente a una proposición de un hecho cualquiera, las hipótesis posibles siempre son por lo menos dos, y como en casos de este tipo no se aplica la regla del tercero excluido, pueden ser tres o más de tres. El hecho “x” puede ser verdadero, puede ser falso o se puede haberse verificado de otra manera. Aquí está el tercero, el cuarto o el quinto *datur*, según el rango de la hipótesis posible, y dentro de este rango, el juez tiene que escoger. El problema de cómo va a escoger y cuál va a ser la elección más adecuada queda para después, pero todas estas son hipótesis correctas en sí. Después se tratará de ver cuál es la relativamente mejor.

Mauricio Barajas Villa:

En la previsibilidad del juicio que emite el juzgador, yo sé que se da en función de lo que se entiende o está en la cultura media de ese lugar en donde está el juzgador y también la previsibilidad estaría en función de sus superiores jerárquicos; porque existen casos, como el relativo a la objeción de conciencia o resistencia civil, en donde quizá lo previsible no lo es tanto, es decir, la decisión que el juzgador toma, es una decisión que no agrada, quizá, a la generalidad de ese grupo social, ya que aquí hablamos de “usos y costumbres indígenas”, por ejemplo, en donde lo que ese grupo social ha decidido es muy distinto de lo que decide el juez, o coincide con el juicio del juzgador, pero es totalmente desaprobado o imprevisible para toda una nación.

Profr. Taruffo:

Yo estoy de acuerdo. Pero otro problema que hay que ver es, si la previsibilidad de las decisiones judiciales constituye verdaderamente un valor. Puede ser que sí, pero puede que no. Me limito a observar, a atribuirle un valor preeminente a la previsibilidad. Quiere decir, atribuirle un valor determinante a la falta de cambio. Si yo digo que las decisiones sean previsibles, quiere decir que prefiero que sean uniformes, estables, fijas, conservadoras, sustancialmente, en el sentido objetivo del término, no en el sentido de valor, sino que se conservan a lo largo del tiempo los mismos criterios de decisión. Esto es discutible; más que en forma general, es discutible el caso por caso, según las áreas del derecho en las que puede haber una cierta estabilidad y conformidad de esos criterios de decisión; por lo tanto, la previsibilidad de las decisiones puede que sea una ventaja, pero hay otras áreas del derecho en donde es más importante la evolución y que el estado de derecho se adecue a la evolución cultural, social, etc. En esos casos, la previsibilidad es una cuestión a la que es mejor renunciar. Puede ser preferible la decisión nueva, original y no previsible, respecto de una decisión repetitiva. También aquí son valores que pueden considerarse como tales, según cada caso. No como una postura general, por ejemplo.

Uno puede sostener que, por toda una serie de razones que ustedes van a entender muy bien, en el ámbito del derecho penal, la constancia de esos criterios de interpretación de las normas, y por lo tanto, la previsibilidad de las decisiones es algo positivo; pero quizá, lo contrario sucede en algunas áreas de derecho comercial o del derecho económico, donde es más oportuno que el derecho se vaya adecuando a la evolución de las relaciones económicas. Entonces, la previsibilidad es una elección de política del derecho general, que puede ser diferente según las materias, de las que nos estamos ocupando.

Dra. Bonifaz:

Les agradecemos a todos su presencia y guardamos las preguntas que quedaron pendientes, para mañana.

---

## SEGUNDA LECCIÓN

### “EL PRECEDENTE”

---

19 DE MARZO, 2002

Dra. Bonifaz:

Ayer se quedaron algunas preguntas pendientes; pero como el tema de hoy sigue siendo de algún modo continuación, vamos a darle de nuevo la palabra al Dr. Taruffo, para que concluya su exposición.

Profr. Taruffo:

Antes de hablar del precedente haré dos consideraciones de orden general. Retomando en forma más precisa algunas de las alusiones hechas ayer a la legalidad, quiero señalar: hay que configurarla como un criterio de decisión necesario, por lo menos desde dos puntos de vista, que quizá vuelve menos obvia esta afirmación general.

El primero es que, en el ámbito de la teoría general de la *conflict resolution* o resolución de conflictos, existen teorías de acuerdo con las cuales, la función del proceso y, por lo tanto del juez, es exclusivamente la de resolver el conflicto, es decir, ponerle fin a la controversia.

Esta forma de considerar las cosas, no toma en cuenta los criterios con los que el juez pone fin a la controversia; lo que interesa, desde esta perspectiva es que, en cierto momento, el conflicto se termine, no importa cómo. La finalidad es la de eliminar el conflicto. Bajo este aspecto, una decisión justa o una decisión injusta, una decisión legítima o fundamentada violando una norma, son iguales, siempre y cuando se termine con el conflicto.

La teoría de la resolución de conflictos tiene como finalidad ocuparse de las maneras a través de las cuales se eliminan los conflictos y como estas teorías han sido bastante difundidas en el pensamiento jurídico de los últimos años, es oportuno distinguir entre una decisión justa y la pura y simple eliminación de la controversia que puede darse de cualquier manera.

A veces les digo a mis estudiantes que se elimina la controversia también matando al adversario. Si uno mata al adversario la controversia se acaba. A las empresas se les puede eliminar del mercado. Eso sucede con frecuencia. Hay muchas maneras eficaces para eliminar la controversia, muchas de ellas son ilegales o injustas; pero, si la finalidad es eliminarla y punto, todo lo demás no cuenta.

Entonces, una cosa es la resolución de la controversia y otra distinta es la decisión justa de una controversia. La decisión justa implica el uso del criterio representado por la ley; la resolución de la controversia, no necesariamente implica la aplicación de este criterio.

Otro aspecto bajo el cual se convierte en importante la referencia a la legalidad es la utilidad de distinguir entre juicio y decisión: un problema puede ser decidido sin juicio, por ejemplo, simplemente echando los dados a la suerte. Voy a dar un ejemplo clásico: el juez Brideloie, tirando los dados. Asimismo, hay un filósofo del derecho contemporáneo Neil Duxbury que en un libro que escribió hace unos años. *“Random Justice”*, justicia al azar, propone la suerte como método racional para resolver conflictos.

Estas cosas no son absurdas. Con esto les quiero decir que cosas así se siguen proponiendo hoy.

Yo haría esta distinción: el juicio es una decisión que se toma según el derecho. Una decisión, en cambio, puede ser tomada en cualquier forma. Entonces, lo mismo que dije con respecto a la resolución de las controversias, esta vez se aplica específicamente al momento de resolución de la controversia.

Cualquier cosa puede decidirse de cualquier manera; pero la decisión judicial es un juicio: por tanto, implica un razonamiento y también criterios de decisión; pero además, si estamos dentro de un sistema inspirado en el principio de legalidad, el criterio obligado de decisión es la aplicación del derecho. Esto para ordenar un poco las ideas o suprimir algunos problemas.

El segundo punto de vista, sobre el cual no voy a insistir, pero quizá es útil volverlo a mencionar es que, interpretar un precepto quiere decir atribuirle significado, el cual no está implícito en su texto. Ningún texto lleva consigo su significado. Es el intérprete el que le va a atribuir significado al enunciado textual. Sobre esto, los juristas, como muchas veces sucede, llegan tarde, porque han sido los críticos literarios y los estudiosos de la interpretación literaria, los semiólogos como Umberto Eco o los escritores como Calvino, los que primero han aclarado que el texto en sí mismo no es nada, sino hasta el momento en el que llega un intérprete, que le va a atribuir uno o varios significados. Es entonces cuando se puede aplicar la máxima tradicional “si algo está claro no requiere ser interpretado”. Sin embargo, la máxima está equivocada, porque nunca hay nada que sea verdaderamente claro. Está claro sólo aquello que se considera claro; pero esto presupone un juicio implícito, que ya le atribuyó un significado a ese enunciado. Entonces, considerar al enunciado claro se debe sólo a que implícitamente ya se interpretó.

De aquí resulta que se puede eliminar una distinción que puede molestar a los filósofos de la lengua inglesa, que pasan de *hard cases*, casos difíciles, a casos fáciles, *easier cases*, pues no hay ningún caso que en sí sea difícil, como no existe ningún caso que en sí sea fácil.

Un caso aparentemente fácil puede volverse inmediatamente difícil en el momento en que se cuestiona el significado de la norma que se está aplicando. Puede ser que un caso haya sido fácil durante decenas de años, hasta que alguien dice: “no es cierto, ese precepto no hay que interpretarlo así”. En el momento en que surge el problema de la interpretación, el caso fácil ya se volvió difícil, pero sucede también lo contrario. Los casos difíciles pueden volverse fáciles en el momento en que una determinada interpretación de la norma se consolida, entonces, ya no se pone en discusión y, en ese momento, el caso difícil se vuelve fácil. Todas estas cosas son variaciones sobre un mismo tema ? como dirían los músicos ? y es el intérprete el que le atribuye significado al texto. El texto de por sí, en sí mismo, no posee ningún significado que se le imponga a un intérprete.

Naturalmente, esto hace surgir el problema de los límites que el intérprete ? en nuestro caso el juez ? encuentra en esta atribución de sentido a un texto. Y aquí también yo los remito a un libro que es una recopilación de ensayos de Umberto Eco que se llama “*Los límites de la interpretación*” \*. Los ensayos tratan acerca de los límites de la

\* Traducida al español por Helena Lozano. Editorial Lumen. Barcelona. 2000.

interpretación de textos literarios o de textos en general. Lo que escribe Umberto Eco es una crítica literaria; pero sin cambiarle ni una sola coma, eso es válido también para la interpretación de la ley, en el plano de los conceptos generales. Entonces se puede pensar en los límites que derivan del lenguaje que se utiliza, por lo que ciertas palabras tienen sólo tres o cuatro significados y no un número infinito de significados.

El diccionario tiene un sentido y vincula al intérprete. Por lo tanto, el sentido de una palabra puede caber dentro de un cierto rango de significados determinados por el uso. Yo no puedo, por ejemplo, interpretar la palabra caballo, diciendo que es un animal de seis patas y un cuerno en la frente. No tengo esa libertad, porque el significado consolidado del término ya me vincula. En el pasado, podría haber sucedido que alguien confundiera a los camellos con los caballos, porque alguien nunca había visto un camello, pero el lenguaje establece vínculos para el intérprete. El lenguaje común lo hace: con mayor razón, lo hace también el lenguaje técnico del derecho, por lo cual es una presunción decir que una cosa es diferente en el lenguaje técnico y otra en el lenguaje común. La “prescripción” tiene un determinado sentido en el ámbito del derecho civil; pero no es la misma “prescripción” del médico, cuando hace una receta médica.

En fin, muchas palabras que tienen diferente significado se refieren a cosas superficiales. Sin embargo, todo esto debe tomarse en cuenta, porque el primer límite sistemático en la discrecionalidad del intérprete es el lenguaje utilizado para escribir el texto, el texto que se va a tratar de interpretar.

Después viene el nivel de las convenciones interpretativas. Cada comunidad lingüística posee sus propias convenciones que filtran el significado o los significados posibles y muchas veces son convenciones no escritas, a veces codificadas, a veces no codificadas. Son convenciones de la comunidad lingüística y luego, la comunidad social dentro de la cual se interpreta el texto, las va estableciendo y pueden ser convenciones distintas.

Algunas veces estas convenciones se traducen en normas. Son normas jurídicas con respecto a la interpretación de las propias normas jurídicas. Por ejemplo, en el código civil italiano, en un título preliminar y en otros códigos, quizá también en el de ustedes, hay normas que se dirigen al juez para explicarle, según qué criterios tiene que interpretar las normas que va a aplicar. Entonces, están las

interpretaciones literal, sistemática, teleológica, orientada a las consecuencias, etc.

Hay normas sobre la interpretación de los contratos que sustancialmente son lo mismo: respetar la voluntad de las partes, aplicar la buena fe, etc. Estas son reglas, normas sobre la interpretación de otras normas, privadas o no, según los casos y, después, tenemos el nivel de los denominados cánones de interpretación, el argumento *ad major* y *ad minus* el argumento en contrario, el de analogía, el *a fortiori*, etc. El conjunto de estas reglas de interpretación representa el conjunto de los límites para el intérprete del lenguaje, poco a poco hasta llegar a las normas expresadas con respecto a la interpretación.

Alguien preguntaba ayer que ¿cómo se controla el arbitrio del juez cuando interpreta la ley?, pues se hace así: el intérprete que quiere interpretar correctamente el texto que está interpretando es el primero que tiene que aplicar estas reglas, las reglas de uso correcto del lenguaje, las convenciones de sentido que están vigentes dentro de la comunidad, los cánones de interpretación jurídica, las normas jurídicas con respecto a la interpretación de los textos legales.

Imaginando este conjunto, pueden ustedes ver que es un conjunto de reglas limitativas bastante fuerte, desde el sentido de las palabras individualmente hasta el sentido de la sintaxis; desde el enunciado del sistema, hasta el enunciado comparado con los otros enunciados del sistema. En fin, criterios para resolver las antinomias, por ejemplo, todas esas cosas que nos enseñan los filósofos de la argumentación jurídica, son cosas que deben observarse al interpretar y que pueden ser límites para un intérprete.

He aquí entonces que la atribución de significado al enunciado normativo es algo muy abierto y algo muy libre. Por ejemplo, la distinta naturaleza del lenguaje que va a utilizar el legislador, la textura abierta o no abierta de las normas jurídicas incide sobre los ámbitos de libertad. Interpretar una regla que dice que “algo deberá suceder dentro de treinta días a partir de un momento”, no es lo mismo que interpretar una norma constitucional, por ejemplo, donde hay un principio de igualdad. Hay diferente estructura.

Todo esto representa los límites para la interpretación que, por un lado, es libre en línea de principio, libre en sí misma, en el sentido que no está vinculada *a priori* por nada, mucho menos por un signi-

ficado predeterminado de la norma; pero, por otro lado, no es arbitraria, porque está guiada, no por una regla, sino por un conjunto sistemático y estratificado de reglas de interpretación y, por tanto, la interpretación correcta está en el punto medio entre estos dos extremos: la libertad del intérprete, por un lado, y los vínculos de distinta naturaleza que se le imponen al intérprete, por el otro. La interpretación correcta es aquella que es libre; pero a la que se aplican las reglas de interpretación.

Con respecto a los problemas generales, hasta ahora, todas estas cuestiones se aplican a las normas y yo aquí parto de una definición tradicional de la norma de derecho, es decir, un enunciado de carácter general y abstracto que la define por clases, no por eventos o por temas o sujetos específicos: “todos aquellos que”, o “todas las veces que”, así es como dicen las normas y se refieren a esta clase de eventos, a alguna consecuencia jurídica o, por lo menos, a una clasificación jurídica.

El problema es el de remitir el caso particular o específico a la previsión general que establece la norma; esto marca el límite de la interpretación en el sentido clásico, en el sentido de los teóricos de la interpretación, sobre todo en las culturas de lengua no inglesa? las alemanas en particular? que siempre están ocupados de la interpretación de las normas como enunciados generales y abstractos y ahí se detienen.

El silogismo judicial y las otras cosas que dijimos ayer se refieren a ello. Este discurso marcó, por mucho tiempo, la gran discriminación entre la cultura jurídica del *civil law* y del *common law*. Los *civil lawyers*, como dicen los americanos, somos nosotros, los italianos, y también ustedes, los mexicanos. Claro, nosotros, los *civil lawyers* hemos estado acostumbrados a razonar en términos de la aplicación de normas generales para casos particulares. Los *common lawyers* no han sido acostumbrados a razonar de esta manera; tan es así, que este es un elemento que les falta en su formación cultural. Es una categoría que no tienen, sencillamente, porque han estado acostumbrados a razonar sobre la base de los precedentes. Esto se remonta a la historia del derecho inglés y, después, encuentra varias manifestaciones tanto en Inglaterra como en Estados Unidos. Hasta hace pocos años, era fácil encontrar, por parte de los que se dedican al derecho comparado, esta distinción: el *common law* es el sistema que se basa en el precedente, y el *civil law* es el que se basa en la norma de ley general y abstracta.

El hecho es que las cosas han cambiado últimamente, de manera que una distinción de este tipo, formulada en estos términos, es hoy algo completamente falso, por dos razones: la primera es que las leyes escritas tomaron en el sistema del *common law* un espacio que tradicionalmente no tenían. Los ingleses y los americanos reconocen que hoy los *statutes*, es decir, nuestras leyes, trozos enteros del derecho, están regulados por normas de ley, de origen parlamentario. Como nuestro derecho mercantil, procesal, etc. Entonces sobre este lado se fracturó un poco la distinción. Ya no es cierto que el *common law* es el derecho jurisprudencial.

Por otro lado, también se fracturó el otro aspecto de la distinción. Ya no es cierto que el *civil law* es el derecho de la ley escrita, general y abstracta. Haciendo una evaluación *grosso modo* y muy aproximada se puede decir, que hoy las diferencias, si bien existen entre los dos tipos de sistema, son difíciles de delimitar.

Los jueces italianos, alemanes, españoles, me imagino que también los latinoamericanos, usan el precedente en forma sustancialmente igual, no diferente al modo en el que lo hacen los jueces del *common law*. Hace unos años, hicimos un estudio comparativo con un grupo de amigos filósofos del derecho, precisamente sobre estas cosas tomando en cuenta doce ordenamientos distintos, dos de *common law*. Inglaterra y Estados Unidos, y diez de *civil law*. Finlandia, Italia, Alemania, etc., y analizamos estos ordenamientos con los mismos instrumentos. El resultado fue que, en realidad, las diferencias en el uso concreto del precedente son poco relevantes. La única excepción aparente está representada por Francia, donde los jueces no citan los precedentes cuando hacen la motivación de la sentencia, pero los franceses dicen que no los citan, “los usan”, por lo cual es una diferencia sólo aparente y no una diferencia real. No es que el juez francés no use el precedente para razonar, sino que no lo especifica por razones de orden judicial.

Este hecho desplaza una de las distinciones fundamentales a la que estaban acostumbrados los estudiosos del derecho comparado. La contraposición ley escrita y precedente ya no existe y, sobre todo, ya no sirve para dividir el mundo en dos, las cosas se volvieron más complejas.

Otro aspecto que también se derrumba es la diferencia tradicional entre eficacia vinculante o de derecho y la vigencia o eficacia persuasiva o de facto del precedente judicial. Aquí también, tradi-

cionalmente, tenemos una decisión, como dicen los americanos y los ingleses, que se basa en la eficacia del vínculo del precedente y, en cambio, otra con un uso decididamente persuasivo. Es una distinción que si alguna vez fue real, ya no lo es, ya no existen esos términos. Primero: el juez americano nunca se consideró verdaderamente vinculado al precedente, siempre dijeron que ellos utilizaban el precedente por comodidad, cuando consideraban que la decisión, la regla de decisión era la correcta. Si no les gustaba, no utilizaban el precedente e inventaban otro criterio de decisión. Siempre, además, lo han dicho así. Entonces, en el estilo americano, la utilización del precedente es la utilización económica de las fuentes. El juez se remonta al precedente, porque así hace menos esfuerzo para explicar por qué decidió así, pero también en el sistema inglés, que tradicionalmente se consideraba el más riguroso, el vínculo de derecho derivado del precedente se rompió.

Fue en 1966 cuando las cortes supremas inglesas anunciaron que de ahí en adelante ya no serían considerados los precedentes como vinculantes, entonces, se destruyó la base del sistema de los precedentes. Por otra parte, Jannin Engles juntó no menos de 20 ó 25 estrategias que los jueces ingleses utilizaron, para no verse vinculados por los precedentes. La desaplicación del precedente, que se ha convertido en algo muy viejo, es un asunto diferente.

En la otra vertiente tenemos, en cambio, muchos casos en los que el precedente del *civil law*, sobre todo el que viene de los tribunales supremos, de las cortes de casación, no es formalmente vinculante, pero, a veces, es tan persuasivo que acaba por ejercer en el juez tal presión, si no igual, por lo menos parecida a la que tiene el que se formó con anterioridad en las cortes norteamericanas.

Si no razonamos de manera formalista, se descubre que no existen ni hay grandes diferencias entre la utilización del precedente que se hacía en Inglaterra y Estados Unidos y la utilización del precedente en Alemania, en Italia, etc. Hasta aquí, utilizamos etiquetas distintas para indicar estas cosas, pero la realidad cambió bajo las etiquetas, por lo que una operación de limpieza conceptual, requerirá que ya no acudamos a las viejas etiquetas, porque son obsoletas.

Un problema importante es que nadie, que yo sepa, ha resuelto todavía el fundamento teórico ? si existe? del sentido que tiene justificar una decisión diciendo: “yo así decido, porque otro juez antes que yo, así lo decidió también”. Parece algo bastante absurdo. Si lo deci-

mos así: “decido poner el azúcar en el café, porque alguien más también lo pone”. No tiene sentido y, sin embargo, nos encontramos frente a la *praxis* cotidiana, que pesa mucho en las decisiones del juez.

Entonces, en el plano teórico, alguien se preguntó ¿de dónde procede el precedente?, ¿qué sentido tiene su utilización?, ¿por qué podría servir de algo remontarse a otras decisiones que tomaron otras personas? Alguien dijo: “es útil que haya una continuidad en la forma en que los jueces deciden en las mismas cuestiones”. Alguien interpretó esto diciendo: “es útil que lo que los jueces digan sea previsible, porque de esta manera, los sujetos que deben de hacer contratos, saben qué tienen que hacer; deben prever lo que el juez va a decidir”. Esto es una argumentación influenciada por los americanos, cuando se decía que el derecho es la previsión de lo que van a hacer los jueces.

Sin embargo, la relación jurídica necesita tener como referencia criterios previsible, tan es así que inclusive en el pasado, en los Estados Unidos se discutió la corrección de la *praxis* de las cortes de *overruled*, es decir, de cambiar el sentido, porque si decimos que las partes de un proceso basaron sus pretensiones pensando en que la corte seguiría ciertos criterios preexistentes, el cambio de criterio dañaría a las partes. Entonces, este sistema se sigue usando. La Corte Suprema dice: “yo tengo pensado no seguir usando el precedente “x”, porque ya no es adecuado, pero en este caso, lo sigo aplicando, lo aplico otra vez para que no haya sorpresas para las partes y aviso que la próxima vez cambiaré el precedente”. Esto es el *overruled*, que se sostiene por las cortes norteamericanas para resolver el problema. Pueden notar que, en general, estas cuestiones de la previsibilidad y continuidad pueden tener un valor o un disvalor, dependiendo del contexto en que se consideren.

Otra explicación muy común de la utilización del precedente es la que considera el principio de igualdad. Se dice que todos los que se encuentran en la misma situación jurídica deberían ser tratados de la misma manera. Y una forma puede ser la de vincular a los jueces para que utilicen el mismo criterio de juicio, que es una forma para justificar la eficacia del precedente. Puestas así las cosas, el asunto es bastante complicado.

¿En qué medida el juez se debe considerar ? de *iure* o de *facto*? obligado a seguir el precedente para aplicar valores, como la continuidad de la jurisprudencia o la previsibilidad de las orientaciones

de los tribunales? Los valores no se encuentran escritos en ninguna parte, entonces, quien alude a estos valores se refiere a algo que ni siquiera es objeto de garantía constitucional.

En otro sentido, hay otros problemas que se ven de manera especialmente clara en el caso del autoprecedente, estos es, cuando una corte considera que tiene o no que seguir su propio precedente y también aquí dice, “yo juez debería decidir esta cuestión de esta forma, porque yo mismo u otro juez de esta misma corte, decidió ese problema de esa forma hace diez años”. ¿Hay alguna justificación para este razonamiento? Probablemente no, pero si ustedes se fijan en cómo se emplean normalmente los precedentes y, sobre todo, los autoprecedentes de las cortes supremas, es precisamente así.

Es más, hay muchos estudios en la literatura jurídica que buscan inducir a las cortes a seguir su propio precedente, prescribiendo, por ejemplo, que un juez puede no seguir los precedentes de su corte, sólo si demuestra que hay buenas razones para cambiar de idea. Esta forma, sigue siendo una manera para reafirmar el precedente, teniendo un peso de demostración más para el juez, al decidir no seguir el precedente; es un vínculo no absoluto, pero sigue siendo un vínculo. Si yo tengo que demostrar algo, quiere decir “que tengo que hacerlo”, “que estoy obligado a hacerlo”. Entonces, aquí se puede notar que muchos problemas derivan de la dimensión vertical u horizontal del precedente.

La dimensión vertical se funda en el principio de autoridad, que puede ser reconocido o no. Se refiere a la razón por la cual un juez de primer grado considera estar vinculado y tener que cumplir con un precedente que fijó la corte suprema en ausencia de otras normas, que aunque existieran, no cambiarían nada. Está en razón de la estructura jerárquica del ordenamiento, ni más ni menos. Fundar la decisión en una idea de la corte, que está a un nivel superior, implica que ésta ejerce una cantidad de poder más amplia. Es un principio de autoridad, que nuestro sistema pone en la estructura burocrática y jerárquica de la organización; el hecho que nuestro ordenamiento judicial esté hecho según esa estructura, que es teóricamente la del *ejército* napoleónico, es una razón suficiente para fundamentar un vínculo jurídico para el juez.

Las cosas se forman de manera aún más rara cuando nos referimos al precedente horizontal que se da en una corte del mismo nivel, de primer grado. Aquí, ni siquiera se puede invocar el principio de

autoridad jerárquica o el de distribución vertical del poder. El tribunal de primera instancia de Puebla, el tribunal de primera instancia de Morelos, cuando cita la decisión del otro ¿qué está haciendo?, está invocando una autoridad. ¿Qué otra cosa hace? Yo diría que está poniendo un ejemplo, pero que no cita un precedente, cita algo que, por lo menos, está completamente carente de toda fuerza de autoridad, en su caso. ¿Entonces, por qué cito el precedente de mi colega de Puebla?, ¿porque es brillante?, pero sería también como decir, porque me cae bien. Esto no tiene ninguna fuerza de persuasión relevante desde el punto de vista jurídico y, sin embargo, muchas veces los precedentes se citan de esta manera, por ejemplo, los del exterior o precedentes de otras jurisdicciones. Sucede pocas veces, pero llega a darse. Aquí hay problemas muy complejos, muy difíciles, que hay que sopesar. La utilización del precedente se ha convertido en algo muy complicado y diferenciado y, por lo tanto, cada ejemplo deberá analizarse individualmente.

He razonado hasta aquí pensando en cada precedente individual, cada decisión que se toma como justificación para una decisión; pero hay que recordar que también existe la jurisprudencia, entendida como conjuntos de precedentes y aquí se abre otro universo. Una cosa es razonar diciendo: yo tengo la decisión del caso “x” y me pregunto si me va a servir utilizarlo o no, como argumento, en el caso “y”. La otra, es decir: para este caso hay cien decisiones distintas, veinte de la corte suprema, treinta de las cortes y otras cincuenta de los demás tribunales, esto ya no es el precedente, es otro fenómeno distinto, que no existe en el sistema de *common law*.

Aquí se abren problemas como si encuentro cien sentencias sobre el caso que tengo que decidir. Las posibilidades generales son muchas. Una es que las 100 sentencias digan lo mismo: la llamada jurisprudencia conforme, constante. Otro caso es que las cien sentencias sean divididas entre otras dos o tres posibles soluciones, por ejemplo, tesis a, b, c, treinta sentencias para uno, treinta para la otra, cuarenta para la otra. Cada grupo está representado por sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales distintos. A mí, ¿de qué me sirve?, ¿qué hago con estas fuentes? ¿saco un cálculo estadístico de cuál es la jurisprudencia mayoritaria o minoritaria?, ¿la que pesa más?, ¿la que pesa menos? Quizá tenga ochenta sentencias de un lado, tres sentencias del otro, entonces, ¿qué hago?

Hay conflictos al interior de la jurisprudencia, cosas que no se verifican cuando se utiliza el precedente de tipo angloamericano

en sentido propio, porque el precedente contrario siguiente cancela al anterior; pero en nuestros ordenamientos, nada cancela nada, entonces, mi repertorio de jurisprudencia puede encontrar la última decisión de la corte “x”, pero también todas las decisiones diferentes de la misma corte en los últimos cincuenta años y no se borró nada, no se canceló nada. En cambio, el *overruled* del precedente americano cancela el precedente anterior. Esto no ocurre en nuestra jurisprudencia, por lo que surgen conflictos internos diacrónicos y sincrónicos.

¿Qué pasa cuando la misma corte, en el mismo día decide la misma cuestión en dos formas distintas? En Italia sucede —yo espero que aquí no ocurra—, pero en Italia muchas veces se da. Aquí ya no estamos en la lógica clásica del precedente. Estamos en otro mundo. Tan es así que cambió la forma o está cambiando la forma de concebir la función de las cortes supremas en los distintos ordenamientos. Tradicionalmente, basados en la corte de casación francesa, siempre se dijo, por lo menos en Europa, no en la zona alemana, que la función de la corte suprema era la de ser el último juez de legitimidad del ordenamiento, con la consecuencia de que hasta hace no mucho tiempo, todas las causas en las que surgieran cuestiones de legitimidad, podrían ser llevadas a las cortes supremas. En Italia, incluso, hay una garantía constitucional en este sentido. Ya lo vimos en Alemania, lo intentaron en Francia, se nota muy claramente en la ley de enjuiciamiento civil española del 2000 y se discute en todos los ordenamientos. La tendencia es que la función de la corte suprema sea la de ser “una corte del precedente”; entonces, ya no es la corte quien va a decir la última palabra en términos de legalidad o legitimidad de la decisión del caso, sino que su función es la de gobernar a la jurisprudencia.

Basta leer el artículo 477 del último código español, donde se define el llamado interés casacional como motivo fundamental de recurso al tribunal supremo, en términos del conflicto de la jurisprudencia preexistente sobre la cuestión. Después, por ejemplo, la razón para ir al *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal Alemán) es la importancia específica de la cuestión de derecho referida a la necesidad de fijar un precedente o de resolver un conflicto de jurisprudencia sobre el tema. La corte es la que gobierna el precedente. Aquí, el punto de referencia más o menos consciente de estos ordenamientos, que aun con técnicas muy distintas, es la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde siempre es el ejemplo más puro, quizá extremo, de “corte del precedente”.

La Corte Suprema de los Estados Unidos decide menos de doscientos casos por año como Corte Suprema, federal, civil, penal, administrativa y constitucional, lo que le permite estar constituida o integrada por nueve jueces (porque la corte suprema tiene el poder absoluto de decidir cuáles casos pretende decidir). Cuando no pretende decidir un caso, pronuncia dos palabras: *cerciorare denai*, reexaminación excluida. Cuando lo hace, decide el caso en los siguientes supuestos: 1) cuando hay conflicto de jurisprudencia en las cortes inferiores, alrededor de una cuestión de derecho, hay que fijar un precedente resolviendo el conflicto, 2) cuando se trata de una cuestión nueva sobre la cual todavía no hay una orientación consolidada, incluso no habiendo conflicto, y 3) cuando la corte pretende eliminar sus propios precedentes y anunciar uno nuevo. En todos los demás casos, es decir, cuando la corte considera que no hace falta fijar un precedente o pretende mantener uno que ya existe, ya no decide el caso.

Pensando en varios ordenamientos modernos, esto es un caso límite: el caso más puro de una corte suprema, cuya función es exclusivamente la de gobernar al precedente y esto, es el punto de referencia de la evolución del acto, en muchas de las cortes supremas que yo conozco, sobre todo en Europa, y en Inglaterra, específicamente.

Como pueden ver, el tema del precedente es infinitamente más complejo de lo que uno pueda pensar, simplemente viendo en las sentencias, las referencias que se hacen respecto a otras decisiones. Todo es discutible, todo tiene que relacionarse; la estructura del ordenamiento, las justificaciones a la posición del juez, a la función de los jueces que están arriba del juez que utiliza el precedente. Repito, lo del precedente judicial y de la jurisprudencia es un mundo, no sólo es una simple técnica para justificar la decisión.

Dra. Bonifaz:

Seguramente en lo que lo escuchábamos al profesor Taruffo, todos íbamos pensando en los casos difíciles nuestros, entonces, comenzamos la interacción.

Julio César Cruz Ricárdez:

En la exposición que usted nos ha hecho favor de hacer, encuentro algo de gran importancia. En mi opinión, considero que más allá de los criterios formales que se utilicen para justificar el uso del precedente, lo más relevante es que cuando se utiliza el precedente

con una intención legítima, que no sea la de aplazar la resolución o la de evitar el trabajo intelectual, al resolver, eso permite rescatar, utilizar con mayor constancia criterios que han sido vertidos en diversas sentencias que tienen un extraordinario valor intrínseco, es decir, en nuestro sistema judicial hay personas que verdaderamente asumen esa función de trabajo intelectual en la aplicación del derecho y los criterios de gran valor teórico que se encuentran en esas sentencias, para mí es muy importante que puedan rescatarse y conservarse a través del uso del precedente.

Profr. Taruffo:

Lo que usted dice se refiere, a lo que en mi opinión tendría que ser la razón fundamental para el uso de un precedente, es decir, el hecho de que un juez superior o no superior, en sentido vertical u horizontal, haya emitido una sentencia, decidiendo de la mejor manera un caso y enunciando verdaderamente buenas razones sobre su decisión. Por decirlo con una fórmula: tendría que ser la autoridad científica del precedente y no la autoridad que se deriva del principio de autoridad o del principio de jerarquía burocrática. Si se razonara de esta manera, serían precedentes sólo las buenas decisiones y no cualquier decisión pronunciada por quien sea, pero esto querría decir, imaginar un filtro de selección cualitativa de los precedentes dentro de la cultura jurídica.

En el interior de la jurisprudencia, a veces existe este filtro pero no siempre. Si se usara cualquier precedente, si las cosas fueran así, serían irrelevantes toda una serie de otras cuestiones como el precedente vertical u horizontal, porque si un juez del mismo nivel, hace una buena sentencia, porque se deriva de un análisis profundo del caso y presenta una justificación adecuada de la decisión, no importa si es juez supremo o no, porque es una buena sentencia que vale por la autoridad que le da su razón, no en razón de "su autoridad". A mí gustaría que las cosas fueran como usted dice, porque esa sería la forma ideal de emplear los precedentes, para que luego se tome en cuenta que, quien establece qué es un precedente o no es precedente, es el juez siguiente, nunca el juez de esa decisión, es el siguiente juez el que va a decidir si ese es un precedente o no. Si es un precedente que debe ser seguido o no merece ser seguido, esa es la responsabilidad de quien utiliza al precedente, y si el juez y todos los jueces siguientes usan sólo los buenos precedentes o usaran sólo los buenos precedentes y no se ocuparan de los malos precedentes, estaríamos en un sistema racional.

Eugenio Partida:

En nuestro sistema jurídico hay que hacer una distinción fundamental entre lo que se entiende por precedente propiamente dicho y la jurisprudencia. Nuestra norma regula la jurisprudencia y la establece como obligatoria desde el punto de vista vertical descendente, lo que implica que, en ocasiones, la razón fundamental de la que se venía hablando, que podría ser la que se vinculara en un momento determinado, con la aplicación del precedente, no operaría en sentido ascendente.

En principio, en nuestro sistema legislativo, no podría operar de esa manera, salvo que la autoridad superior asumiera como válidos los razonamientos jurídicos, pero ¿cómo podríamos nosotros solventar la situación de que un precedente se vuelve obligatorio se vuelve vinculante, cuando se convierte en jurisprudencia? Si se trata de que los jueces pudieran, en un momento determinado, encontrar que ya no hay una exacta aplicación al hecho que se está juzgando y entonces el juez sí se encuentra en una disyuntiva entre, aplicar la jurisprudencia a la cual está obligado, o resolver en justicia.

Profr. Taruffo:

El problema tradicional, incluso en sistemas como el inglés, es el precedente vinculante, porque aquí se trata precisamente de ver cómo funciona el razonamiento sobre el precedente, aparte de la jurisprudencia, sobre el precedente individual. Siempre se ha dicho, o por lo menos los teóricos ? sobre todo ingleses? que la fuerza del precedente se fundamenta en la analogía, entre las especies particulares de los dos casos. Entonces, tenemos un hecho decidido de cierta manera en el caso "A"; si en el caso "B" tenemos un hecho idéntico o semejante, entonces el segundo juez tiene que decidirlo de la misma manera. Razonando de este modo, resulta que la base de la relación entre ambos casos está determinada por los hechos y no por la regla de derecho que, quizá, ni siquiera esté enunciada en términos generales.

Pero cuando el discurso pasa a los hechos, por lo pronto se trata de ver con base en qué regla de derecho se califican los hechos de los dos casos, porque el hecho no entra dentro del proceso como un dato natural. Es un hecho jurídicamente calificado el que entra en el proceso, entonces hay una especie de círculo vicioso. Pero también está la circunstancia de que la base del uso del precedente sea la analogía de los hechos. De ahí nace la técnica más tradicional de los jueces ingleses, que es la de liberarse de los precedentes, dicen-

do que los hechos son diferentes. Ahora, como nunca, o casi nunca, sucede que dos veces se verifiquen las mismas circunstancias y éstas sean idénticas en todos sus detalles, no el hecho en general, sino todas las circunstancias de los detalles, el juez tiene un espacio para jugar, para poder subrayar los aspectos que se parecen, si quiere decir que el precedente lo vincula, o bien, subrayar los aspectos de diferencia, si quiere liberarse de ese precedente. Esta técnica, tiene un nombre desde hace mucho y es la del *distinguish*, que quiere decir distinguir los hechos, en el momento en que el segundo juez no quiere aplicar el precedente. La técnica principal con la que cuenta es la de decir, “yo lo aplicaría con mucho gusto, pero los hechos son distintos”, según como los reconstruya el juez.

Repito, el caso normal es aquel en que las dos situaciones son semejantes, no idénticas, porque si son completamente diferentes, ¡claro!, ni siquiera se plantea el problema. Dos casos idénticos no existen, esos son nada más para la escuela. Existen más o menos semejantes pero, que sean semejantes o diferentes, va a depender de cómo identifica el segundo juez, en el segundo caso, los aspectos más importantes, y esta es una operación de construcción analítica del hecho, de la cual va a depender después el resultado del razonamiento.

Si el segundo juez puso en evidencia los aspectos análogos, sí va a aplicar el precedente; pero si puso en evidencia los aspectos diferentes, no va a aplicar el precedente y se va a encontrar en situación de vacío normativo y, en este caso, él está autorizado para crear las reglas de decisión. Cuando no hay precedente y cuando no se aplica una norma de ley, estamos en el *common law* tradicional, sin *statutes*, se excluye la aplicabilidad del precedente y entonces el juez es libre y crea la regla. Este es el mecanismo. Pero fíjense que todo el secreto está en cómo, según el juez, se van a comparar los hechos de su caso con los hechos del caso decidido precedentemente, pero es una especie de círculo vicioso: el vínculo del precedente, como decía al principio, se vuelve algo ficticio, si se procede así, en el momento en que el segundo juez tiene el instrumento para liberarse de ese vínculo, pero siempre ha sido así. También en el sistema inglés, que se consideraba era el más formal, los jueces ingleses siempre se han liberado tranquilamente de los precedentes que tenían, por incómodos.

Antonio Mercader:

¿Cómo fortalecer las habilidades y la sensibilidad del juzgador en el momento de impartir justicia?

Profr. Taruffo:

Si yo tuviera una respuesta, sería un genio. Una respuesta muy fácil de decir, pero muy difícil de realizar es la siguiente: cultura y espíritu crítico. Cultura quiere decir saber, por ejemplo, cómo han decidido los otros jueces y porqué, en qué circunstancias y esto puede querer decir, un conocimiento lo más profundo posible de la jurisprudencia. Por sí solo, esto no basta, porque saber cómo está hecha la jurisprudencia de cierto ordenamiento con respecto a un problema puede incluso aplastar la decisión, es decir, dar a pensar que no hay nada que hacer y que hay que decidir y punto, o hacer lo imposible cuando la jurisprudencia es contradictoria. El conocimiento de la jurisprudencia es indispensable, pero no basta.

Una vez que se tiene el conocimiento, es necesario que el juez haga un análisis crítico de cómo decidieron los otros jueces en esos casos porque, de otra manera, se correría el riesgo de una adhesión implícita que, a final de cuentas, es conformista: como los demás decidieron así, entonces yo también voy a decidir así. Entendamos, en muchas situaciones prácticas, esta puede ser la estrategia adecuada, si yo no considero que tengo buenas razones para apartar mi decisión de la de otros que decidieron el mismo caso, está bien, entonces cito los precedentes y digo: así como tal jurisprudencia de la corte suprema, este caso lo voy a decidir de esta manera. Esto se hace, es obvio que se hace, por la sencilla razón que no se puede reinventar el mundo cada mañana. Damos por sentadas muchísimas cosas. Si yo tuviera que preguntarme todas las mañanas, si de verdad ese día también va a salir el sol, pues probablemente no podría vivir, pero en el momento en el que se trata de tomar una decisión, es oportuno que el juez esté consciente de la decisión que toma, después de lo cual, si toma una decisión que sigue la corriente, pues qué bueno, pero preliminarmente tiene que haberse preguntado, si para él, esa es la decisión justa, y no para él subjetivamente, sino si ese es el criterio justo de decisión para el caso que está decidiendo. Si él se lo pregunta y profundiza teóricamente el problema, él puede llegar a la conclusión de decir, “sí, pues ésta es la decisión adecuada”. Además, tengo la ventaja de que ni siquiera tengo que inventar argumentos nuevos para sostenerla, porque otros ya lo hicieron por mí. “Yo cito los precedentes, la jurisprudencia conforme y ya”; pero bajo este perfil, la existencia de los precedentes no es más una ayuda práctica, es más fácil justificar una decisión, si a sus espaldas tiene a la jurisprudencia o al menos una sentencia que diga lo mismo. Pero una cosa es decir, esto es una ayuda práctica y otra cosa es decir, yo renuncio a mi

autonomía de juicio. Son cosas distintas; por lo tanto ¿conocer lo que dijeron los demás? ¡claro!; todos estamos en las espaldas del gigante, pero soy un enano que no renuncia a su espíritu crítico, así que si no me gusta el gigante sobre cuya espalda estoy subido, pues me voy a otra parte.

Javier Ortiz:

En su ponencia mencionó el fenómeno de la textura abierta, un fenómeno que puso de relieve Hart y, me gustaría mencionarlo, porque la otra cara de la moneda es justamente la existencia de un núcleo de significado definido que puede proporcionar estándares de actuación jurídica correcta de los jueces, sobre todo si pensamos en la necesidad de que los tribunales supremos como los constitucionales, tienen necesariamente ciertos límites, pero si nos concentramos en el problema de la textura abierta, Hart concluye de allí, o por lo menos es un elemento para su conclusión, en favor de la tesis de la discrecionalidad judicial. Mi pregunta sería, si usted, si le entendí bien, que reconoce este fenómeno de textura abierta, también estaría dispuesto a aceptar la tesis de la discrecionalidad judicial, sobre todo frente a quienes, como algunos autores sostienen que esta idea de la discrecionalidad judicial, violaría, por ejemplo, la existencia de ciertos derechos adquiridos, por ejemplo, en el caso de Dworkin.

Profr. Taruffo:

Bueno, me parece que ayer habíamos hablado de eso, yo no estoy de acuerdo con Dworkin, sobre la tesis del *one right sense*. No creo que exista una sola respuesta correcta para un problema, lo cual hace evidente que soy un radical seguidor de la tesis de la discrecionalidad interpretativa en la cabeza del juez. La interpretación es un sentido que le da el intérprete a un enunciado normativo. Esto quiere decir, poner el acento muy fuerte sobre lo que hace el intérprete. Es una tesis radical la mía, que puede ser discutida desde muchos puntos de vista y de hecho es uno de los temas de discusión en las teorías de la interpretación en la actualidad. Ayer, estaba yo hablando con algunos amigos, de las tesis que surgieron en el ámbito de la doctrina americana, sobre todo por parte del juez Antonin Scalia, que sostuvo en la Corte Suprema y sigue sosteniendo una guerra sin cuartel contra el poder creativo de los jueces, diciendo que existe el significado literal de la constitución del 70. Esto para decir que yo tomo una posición en cierto modo extrema, en el ámbito de una discusión que es actual y que da lugar a muchas posiciones y contraposiciones

pero, en mi opinión, esta no es la conclusión, sino el inicio del problema, porque en el momento en que considero irreductible el espacio de discrecionalidad interpretativa en el juez, me doy cuenta de que surgen complicaciones.

Lo del núcleo y la zona de penumbra, expuesto por Hart, es una manera de racionalizar la cuestión de textura abierta del lenguaje con una metáfora. Después, si esta metáfora se aplica a la realidad de las normas de ley se descubre, que es una cosa muy superficial, ¿qué es el núcleo? y ¿qué es la penumbra? Más allá de la metáfora que es muy sugestiva, pero que explica sólo parcialmente las cosas, depende de la estructura de las normas, de la actitud de los intérpretes, del momento histórico en el que el problema interpretativo se plantea. Los criterios de interpretación de una norma también están consolidados y esto es un fenómeno de la teoría jurídica es un fenómeno de la jurisprudencia y, en ese momento, se va a descubrir que el núcleo duro y el significado de la norma es más amplio de lo que se pensaba, o menos amplio, o es más amplia la zona de penumbra. Este punto de Hart es muy famoso, pero es sólo una metáfora, no es un concepto riguroso, es una manera de expresar una idea, no es una forma de hacer un corte en el problema. Con las metáforas hay que tener mucho cuidado, no hay que exagerar. Este es el inicio del problema, porque varía según el tipo de norma y el tipo de juez. La materia constitucional es distinta de las otras, por ejemplo.

Una vez reconocido que en cada caso hay un espacio no reductible de discrecionalidad en la interpretación de la norma de derecho, esto enseguida nos plantea el problema de la responsabilidad del juez que utiliza su discrecionalidad, para atribuir uno de los muchos significados posibles a una determinada norma. Entonces, surge el problema de la justificación, el del modelo del poder en el cual vamos a introducir mentalmente al juez que nos estamos imaginando; de las presuposiciones implícitas con respecto al modelo de juez que tenemos en mente, etc.

Aquí hay que tener mucho cuidado con la terminología. Discrecionalidad no es una palabra fea, muchos la consideran así cuando se refiere al juez, pero no es una mala palabra. La discrecionalidad no puede ser negada, puede reconstruirse en formas distintas pero, por otro lado hay que encontrar cuáles son los límites. Cuando yo digo que cada uno de nosotros tiene que aclararse a sí mismo, el modelo de juez que tiene en mente cuando discute algo, esto parece obvio, pero es muy importante, porque en realidad, pen-

sar en el modelo de juez, quiere decir pensar en el modelo de organización del poder que se desea; si se le puede reconocer o no un poder creativo de derecho al juez o si en cambio, tienen razón los clásicos, cuando decían que los jueces aplican el derecho y punto.

Todas las veces que discutimos estas cosas, cada uno de nosotros trae su propia imagen del sistema. El hecho de que lo hagamos implícitamente no quiere decir que no suceda. Tan es así, que basta la objeción para saber que uno tiene que dar un paso atrás y regresar a su premisa sistemática, que inicialmente no asumió, pero que en el ámbito de la discusión sí está empleando.

Juan Manuel Sánchez Macías:

Hablando de la discrecionalidad y de la justificación y hablando también de que un juez con cultura media, propia de la sociedad en la que se encuentra inmersa, con el apoyo correspondiente del precedente, ya sea jurisprudencia, etc., ¿cómo darnos cuenta de que en la sentencia se abandonan los argumentos demostrativos que la justifican y se pasa al campo del discurso que justifica a la sentencia?

Prof. Taruffo:

Si bien entendí, es la diferencia entre demostración lógica de la solución y la argumentación justificativa en sentido más amplio. Cuando se encuentran sentencias que tienen una estructura lógica deductiva particularmente fuerte, mi sensación es que aquí, el juez sobrepone un esquema formal a las razones verdaderas de su decisión, porque esto lo deja más tranquilo y, además, le permite presentar al exterior su decisión, como si fuera el resultado de una concatenación lógica necesaria.

Esto es un problema de estilo de las sentencias, pero el estilo nunca es neutral. Por ponerles el ejemplo extremo, cuando la corte de casación francesa utiliza el estilo de motivación que llama “la frase única”, y viene la decisión, nadie puede creer que la corte de casación que adoptó esa sentencia haya razonado así, entonces, la explicación del estilo, tiene otra naturaleza. Es una explicación que depende del tipo de mensaje empleado, a través del cual la casación francesa quiere “comunicar al exterior”. Es un mensaje de un juez que no tiene dudas, que sí enfrentó cuestiones y las resolvió; no las declara, no las manifiesta, no las argumenta; de un juez que comunica certezas absolutas y que presenta su decisión como dada “*por el orden del universo*”. Un

estilo determina el tipo de mensaje que el juez comunica, como los estilos arquitectónicos es el estilo escrito de las sentencias.

Este es un caso extremo, no el último. Este estilo diría yo, es el máximo de la manipulación, que el juez efectúa sobre su razonamiento. Ningún juez de la casación francesa razonaría así, en ninguna circunstancia de la vida, entonces, esto es una posición extrema.

Al otro extremo, se encuentra el estilo completamente estructurado, abierto, discursivo de la jurisprudencia clásica inglesa. Los grandes jueces ingleses motivaron sus sentencias siempre bien, de forma muy profunda, sobre todo en las cuestiones de derecho, pero como si se tratara de una conversación hecha en la mesa. También muchos jueces americanos, no tanto los de la Corte Suprema, sino de la corte intermedia, explican sus razones, como lo podemos hacer ustedes y yo alrededor de una mesa. Yo trato de dar a entender lo que pienso y ustedes tratan de darme a entender cuáles son sus opiniones. Estamos vinculados a estructuras lógicas fuertes, sin ser deductivos, porque casi nunca ocurre; puede serlo, pero es un estilo expositivo y argumentativo muy libre, muy suelto y también muy personalizado, porque después, cuando se utiliza un estilo libre, cada quien habla o escribe como quiere, según su personalidad.

Los jueces de la casación francesa minimizan totalmente su personalidad individual cuando escriben las sentencias. Entre estos dos extremos: el de la frase única de la casación francesa y el de la motivación libre del juez americano, existen infinidad de variaciones y combinaciones.

Yo quisiera subrayar que puede haber un rigor lógico, una fuerza persuasiva de las buenas razones o no, independientemente del estilo argumentativo que se emplee, que se utilice. Todos saben ? desde hace dos siglos ? que la frase única de la casación francesa es algo fingido, es un estilo que se utiliza para comunicar cierto mensaje, pero esto no significa que las sentencias de la casación francesa sean mejores cualitativamente, jurídicamente mejor fundamentadas, substancialmente más correctas, más justas que las de una corte americana o de una corte alemana, sólo porque están escritas de esa forma.

Cada quien tiene su estilo y lo que cuenta es que lo que dice sea creíble, que tenga los puntos de referencia adecuados, considere los precedentes correctos y no los equivocados, las argumentaciones justas.

Lo que habría que excluir es al juez que argumenta basándose únicamente en sus personales preferencias estéticas o sus gustos personales. El juez que argumenta de esta manera es simplemente el juez que viola la obligación de motivar, de justificar la decisión, esto es, reconducirla dentro de los parámetros del ordenamiento, llevarla a las reglas de interpretación, llevarla al campo de la aplicación correcta de la ley. Esto no implica personalizar el discurso o el argumento, sino hacer subjetivo el discurso.

Uno puede escribir o hablar como quiera, todos los estilos pueden ser intercambiables. Yo diría, exagerando un poco, que la única cosa que el juez no puede hacer es decir, yo decidí así, porque así a mí me gustó, porque entonces aquí ya no es una cuestión de estilo.

José Manuel Quistián Espericueta:

En la primera parte de su intervención hablaba de los límites de la interpretación de las normas, ¿qué tan importantes son los principios generales del derecho y los valores en esta etapa interpretativa? ¿Son límites o más bien son parte de esta libertad que tiene el juzgador en esa labor interpretativa?

Profr. Taruffo:

La respuesta a la alternativa depende de la configuración de los principios, porque si uno parte, como Dworkin, de la distinción entre reglas y principios, entonces se tiene una idea de los principios que condicionan, que influyen en la interpretación, pero, como dice Dworkin, los principios se pesan, entre ellos se deben formular evaluaciones de prevalencia, de predominancia, de proporcionalidad. No hay antinomias entre los principios; se dan únicamente entre las normas.

Entonces, si nosotros entendemos los principios como algo que es naturalmente distinto de las normas escritas, constitucionales u ordinarias, podemos decir que los principios son instrumentos de decisión, más que límites a la discrecionalidad interpretativa del juez. Pero aquí estamos hablando de una noción de principios fuertemente deformada; principios, como puntos de referencia, como estándares generales que existen en la cultura jurídica o en la cultura general y, entonces, son cosas que quizás sustancialmente sean importantes, pero, estructuralmente, un poco vagas, en el sentido en el que los filósofos emplean el término.

Hay conceptos indeterminados y existen también principios que están fuertemente estructurados, por ejemplo, los principios que se han convertido en normas constitucionales en el momento en que un principio de algo, quizá importante, pero siempre vago, existe en un contexto cultural, se convierte en una garantía constitucional formalmente enunciada, es decir, se vuelve norma. Ahí, es más difícil decir que no es un vínculo, no es una limitación para el juez, porque aquí el principio entró en el contexto de las fuentes formales de derecho y como tal, debe ser tratado.

Entonces, en el discurso de Dworkin, en el que los principios se pesan, esta argumentación tiene menos valor descriptivo. Si yo encuentro en la constitución un principio que me dice, que el derecho de defensa es inviolable en cualquier etapa del proceso, dice muy poco: o se aplica, o se viola. Se trata de ver cómo se puede aplicar, pero ese principio asumió una estructura normativa tal, que se vuelve un vínculo para el juez, ya no es únicamente un instrumento de trabajo. Desde luego que hay varias situaciones intermedias: hay principios más o menos generales, hay jerarquía de principios, hay literatura sobre los principios de derecho. Planteo únicamente esos dos ejemplos extremos para demostrarles, que la respuesta a la pregunta ¿cómo le hace el juez para utilizar los principios? depende una vez más de cuáles son los principios en los que estamos pensando, de cuál es el tipo de ordenamiento en el que el juez opera y de ahí para adelante.

Armando Cruz:

En su conferencia nos hizo notar que el precedente, la eficacia del precedente y su forma vinculante depende del segundo juez o del juez que aplica el precedente al caso posterior y la razón de su justificación la da también en su sentencia, entonces mi pregunta es ¿cuál o cuáles serían las razones que justifican la necesidad de la existencia del precedente y de su fuerza vinculante, si a final de cuentas estos efectos dependerán de la interpretación de un juez posterior?

Profr. Taruffo:

De las varias explicaciones que se dieron, respecto al fenómeno del precedente, las que me parecen relativamente más convincentes son dos, primero, la del principio de autoridad. Puede gustar o no, pero esa es la raíz histórica del fenómeno del precedente, que nos remite al precedente vertical y a todo esto.

Segundo, yo creo —como ustedes habrán podido percatarse— en la previsibilidad y en la continuidad. A mí me gusta mucho más la variación, el cambio, la originalidad, aun cuando sea más difícil vivirlos, pero es mucho más interesante y, entonces, apartando las razones de la previsibilidad y de la continuidad, se tendrá la tendencia de dar mayor sentido al principio de igualdad, es decir, la regla fundamental según la cual, situaciones análogas deben ser decididas de forma similar.

Desde luego, el otro corolario del principio de igualdad del ciudadano frente a la ley es considerado uno de los valores fundamentales, escritos o no. Una relativa uniformidad de los criterios de evaluación de situaciones semejantes, puede ser una de las formas para actuar, para llevar a la práctica el principio de igualdad, porque en el momento que el cambio surja en la vida social, si hay razones suficientes para romper la uniformidad y, por tanto, para romper también la igualdad, hay que romperla.

También aquí es una cuestión de equilibrio. Un valor positivo que se lleva al extremo se convierte en un vínculo excesivo y, entonces, en algo negativo. Una vez más depende del balance que haga el juez. El segundo juez, en este caso, tiene que analizar entre las ventajas: la economía procesal por una parte, la igualdad de trato de las partes del otro lado, al mantener el precedente; así como la desventaja que derivaría mantener parada una regla de juicio que ya no es actual y que si se queda así mucho tiempo podría producir injusticia. El punto de ruptura, antes o después, se presenta. El momento en que la buena regla empieza a convertirse en una mala regla, siempre llega.

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

Por otra parte, como todos saben, los momentos más difíciles son los de paso de una situación de equilibrio a una situación diferente, desde otro equilibrio en el vacío que surge. Finalmente, no podemos decir que siendo para este caso una buena regla de decisión hoy, lo será también mañana. Este es el discurso de los positivistas formalistas, pero nunca llegó a ningún lado.

Mauricio Barajas Villa:

Mi pregunta es, ¿pueden haber justificaciones teóricas o filosóficas del proceder de las cortes *overruled*, en cuanto a que en un momento vuelvan a aplicar un precedente que ellos consideran en conciencia que no debe aplicarse?

Profr. Taruffo:

En este caso se verifica precisamente un conflicto de intereses distintos y la solución prospectiva es lo contrario *que perfecta*. Es más, fue muy criticada, pero es la solución que hace prevalecer uno de los dos intereses con respecto al otro, hace prevalecer el interés de las partes en esa determinada controversia.

En la prevalencia del criterio de la previsibilidad, los sujetos que entraron en cierta relación, cuando estipularon cierto contrato, previeron que, de surgir una controversia, se decidiría según los precedentes referidos a ese caso y uniformaron su conducta a esta previsión. Este interés de las partes para que no se vean cambiados sus papeles por el juez, debe tutelarse con preeminencia respecto a cualquier otra consideración. Esto es el *prospective overrule*. La Corte dice: "Miren que ? y es una advertencia? cambiaré entonces en el próximo caso". Es como si dijeran a los ciudadanos: ¡cuidado!, ya cambiamos de regla. Es como cuando el legislador cambia una norma que se debe seguir de ahí en adelante. Es más, el legislador prevé la *vacatio legis*. Aquí hay un mecanismo de este tipo: dar por hecho que prevalecen los intereses de los sujetos privados que uniformaron pero, cuidado, un aspecto delicado del tema, de la creatividad de la interpretación es: si razonamos de esta forma, todas las veces que el juez interpreta una norma utilizando la discrecionalidad de la que hablamos, toma por sorpresa a las partes, porque en cualquier tipo de creación de algo, hay un elemento novedoso. Se crea lo que no existía hasta entonces. Es banal, es simple, pero entonces hay que concluir que cada vez que el juez hace una interpretación creativa original, en cualquier medida, todas las veces que esto ocurre, sorprende un poco a las partes y esto crea problemas. Se da el hecho de que algún procedimiento procesal ya lo tomó en consideración desde el punto de vista de la garantía de la defensa.

Entonces, no se da sólo desde el punto de vista de las partes, que hace diez años, cuando hicieron ese contrato, pensaban que era un problema de índole interno. El proceso es el llamado de las deci-

siones sorpresa o de la tercera vía decisonal, en aquellos casos en los que el juez inventa en el momento de la decisión algo nuevo. Lo que tiene el poder de hacer, bajo el principio *iura novit curia*, pero que arriesga a lesionar los derechos de las partes.

Eso es un problema que existe desde hace mucho tiempo. Fue resuelto en 1976 por el código de procedimientos civiles francés, artículo 16. Es una norma general que vale para todos los tipos de procedimientos: poniendo para el juez la obligación de provocar la discusión preliminar de las partes, sobre todo los elementos novedosos que el juez prevé utilizar en su decisión de hecho y de derecho, precisamente, para poner a las partes en condición de no ser tomadas por sorpresa por las decisiones judiciales. Esto es una técnica entre las varias posibles, para tutelar a las partes frente a lo que el juez va a decir en su decisión. Técnicas que ya existían en el derecho canónico tradicional, el proceso de la “*rota romana*” en la que existía la *praxis* llamada de las dudas, que el tribunal comunicaba a las partes con antelación, antes de decidir, para provocar respuestas sobre los aspectos decisionales que no hubiesen sido todavía abordados. Pero las técnicas pueden ser variadas, y es únicamente en el caso prospectivo, cuando se da una manifestación de estos problemas. Se trata de ver cuáles son los intereses que el legislador, inclusive el procesal, toma en consideración. Una vez identificados los problemas, las técnicas para resolverlos son algo más sencillo. El problema es decir, cuál es el interés que debe prevalecer. La previsibilidad. La técnica es esa, la previsibilidad anterior al proceso con respecto a la decisión. La técnica es la del juez francés, pero puede haber otras versiones. El punto es ver cuál es el interés que debe prevalecer.

Octavio Bolaños Valadez:

Ante una conflictiva determinada, las partes involucradas en ella acuden al juez, el juez se pronuncia al respecto y se crea un precedente, con posterioridad ante un problema idéntico, las partes también involucradas van al juez, creyendo que va a emitir una resolución en el mismo sentido, pero el juez se aparta del precedente y da las razones para ello. Vittorio Frozini nos habla de la necesidad de interpretar la norma de acuerdo a la realidad imperante. Por el hecho de que el juez en la segunda sentencia, se haya apartado de la previsibilidad de lo que las partes creían que iba a dictaminar, ¿estaremos en presencia de una sentencia arbitraria?

Profr. Taruffo:

En sí mismo el hecho de que el juez del segundo caso no haya seguido el precedente, no implica ninguna arbitrariedad. Una vez más se trata de ver cuáles son las razones por las cuales lo hizo y, eventualmente, qué hay de diferencia en los términos de la segunda controversia con respecto a los términos de la primera. Pero aquí, una vez más, surgen actitudes diferentes, como ustedes pueden ver, en muchas cosas de las que digo. Tiendo a proteger lo más posible el ámbito de autonomía del juez en la decisión individual, pero eso sí, tomando en cuenta los límites, los vínculos, los criterios de justificación, etc.

El razonamiento a que se refiere usted, está fundamentado todavía en el valor de la previsibilidad y de la uniformidad de la decisión, incluso entre las mismas partes si queremos; pero, aquí tampoco hay que olvidar el hecho de que, dentro de los límites en los que el ordenamiento procesal pretende reconocer estabilidad para una decisión, va a utilizar el instrumento de la causa adjudicada, si el discurso no ve los efectos de la sentencia sino la estabilidad de los efectos de la sentencia entre las partes mismas de un juicio, pues esto es un problema para juzgar y no para interpretar.

Dentro de los límites en los que un ordenamiento prevé el ámbito objetivo y subjetivo del juzgador, habrá una mayor o menor amplitud y estabilidad de los efectos de esa decisión; pero aquí estamos hablando del caso individual o particular, del mismo problema que puede representarse frente al mismo juez, o quizá frente a otro o entre las mismas partes o entre partes distintas; pero aquí ya no es un problema de precedente o de uniformidad y previsibilidad de la decisión. Nos encontramos con el mismo caso. Es un problema de cosa juzgada, o *res judicata*. Ustedes saben bien que estos efectos son regulados en forma distinta en los ordenamientos, como el juzgador respecto a terceros, o el juzgador en el ámbito de la tutela de los intereses individuales, pero aquí ya no nos encontramos en el ámbito del problema de la decisión en derecho en general, sino que estamos en el plano de los instrumentos técnicos que se van a utilizar para realizar ciertos efectos. Entonces, si el ordenamiento desea que la decisión tenga el máximo de estabilidad en los efectos, agranda el ámbito subjetivo del juzgador, por ejemplo, los americanos han juzgado cuestiones que nosotros no juzgamos porque se evitan juzgar, porque quieren que se regrese sobre las mismas cosas, pero aquí estamos hablando de un caso y la determinación de la estabilidad de los efectos de la decisión

de ese caso. La cuestión del precedente implica, en cambio, que se trate de casos distintos.

Juan Carlos Silva Adaya:

Quisiera saber su opinión en relación con lo siguiente: pareciera que la fuerza del precedente en el plano horizontal efectivamente va en beneficio del principio de igualdad, pero en virtud de que se está tratando de pares, de iguales, en cuanto al nivel en que estarían colocados los titulares de los órganos jurisdiccionales. Parece que es —como usted ya lo destacaba— mayor el riesgo de que se pueda esgrimir la diferencia fáctica como un elemento que va a impedir diferenciar y que efectivamente no se trata de precedentes.

Mientras que en el plano vertical, independientemente de que pueda ser un argumento de autoridad el que impere y no el carácter persuasivo, la fuerza persuasiva de los argumentos, definitivamente lo que se está buscando y lo que se está abonando es precisamente dar satisfacción a los principios de unidad del sistema, la función depuradora del órgano jurisdiccional de coherencia en el propio sistema y también plenitud del sistema jurídico. Es decir, si se atiende a la naturaleza del órgano en cuanto que se trata de un órgano límite o cúspide dentro del mismo al carácter de sus decisiones, si éstas tienen el carácter de definitivas e inatacables y así como las atribuciones que se reconozcan al propio órgano, entonces, para evitar estos riesgos, sería a lo mejor conveniente establecer otro sistema que permita ir depurando el sistema normativo y excluyendo las antinomias que puedan surgir en el mismo, tal vez, controles previos, en cuanto a la aprobación de tratados, la posibilidad de que se establezca, como por ejemplo, ocurre en España, con la cuestión de inconstitucionalidad, que el órgano jurisdiccional insta al superior para el efecto de que se pronuncie. Este es mi planteamiento.

Profr. Taruffo:

Aquí el problema se vuelve mucho más complejo, porque en la base de la pregunta, incluso se hace referencia a modos distintos de pensar sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ejemplo, si pensamos en el ordenamiento jurídico como algo que tiene que ser en cierto sentido coherente, en cierto sentido, porque el término coherente nos lleva a muchas cosas, digamos, carente de contradicciones. Usted se refería de hecho a las técnicas para la resolución de las antinomias. Esta idea del ordenamiento como algo coherente o que

tendría que ser coherente, es una idea muy difundida desde hace mucho tiempo. Aunque, también ese discurso que había mencionado yo antes del papel de las cortes supremas como cortes del precedente, si se refiere particularmente, como se hace con frecuencia, a la función de la corte suprema de eliminación de los conflictos, en la jurisprudencia, tanto de la misma corte suprema o cortes inferiores, es un instrumento pensado en vista de una coherencia del ordenamiento, pensado como coherencia del ordenamiento interpretado, coherencia de las normas, tal como las interpreta la jurisprudencia de la corte.

Esto ha sucedido en Italia y sucede en todas partes, depende de los distintos tipos de sistemas. Si se piensa que deba existir un órgano que luego va a estar en la base de la jerarquía piramidal y va a ser la corte suprema, un órgano que puede eliminar las contradicciones internas, esto quiere decir que se piensa que un ordenamiento contradictorio es algo malo. Pero esto es discutible, porque aparte del hecho de que pueden existir muchos tipos distintos de contradicciones —y no está dicho que las contradicciones sean por definición algo negativo—, hay quienes dicen que la contradicción en cambio es el motor que empuja la evolución de las cosas y lo mismo se podría hacer también a propósito de los ordenamientos jurídicos o trozos de los ordenamientos jurídicos.

Ahora, puede suceder que las incoherencias y las contradicciones en el plano de las normas sean algo malo. Un legislador que dice blanco y negro al mismo tiempo con respecto al mismo objeto, pues es un pésimo legislador, pero aquí nosotros no estamos discutiendo eso, sino decisiones de casos distintos.

No sólo existe la contradicción sino también se da la incoherencia, la confusión, la variedad. El mundo es mucho más complejo de lo que piensan los lógicos. Ese discurso hecho a nivel de decisiones judiciales no está dicho que sea tan negativo, como cuando se hace a nivel de normas, porque, a nivel de las decisiones judiciales, es donde podemos encontrar la variedad. Encontramos la variedad de la realidad, esto es, el hecho de que ningún caso es exactamente idéntico a otro caso, entonces se podría razonar con una imagen del ordenamiento de varias capas y que, por ejemplo, sea perfectamente coherente y carente de contradicciones sobre el plano de las normas generales, pero en cambio, muy variado y variable en el tiempo y diversificado en la solución de los conflictos individuales y concretos.

Habría que ver cómo la solución de cada conflicto va de acuerdo con el dictado de las normas, pero si partimos de la idea creativa de la interpretación de la que yo estoy partiendo, aquí no hay una contradicción, por lo menos, hay compatibilidad, entre la existencia de un sistema de normas generales y abstractas, carente de contradicciones internas y una extremada e infinita pluralidad de aplicación de estas normas a la realidad, que es infinitamente más compleja de lo que cualquier legislador pueda imaginar, y esta es una de las razones por las que las normas son generales, no pueden ser individuales, porque ningún legislador podría jamás agotar con normas individuales la gran variedad de casos que hay en el mundo.

Claudia Zavala:

Hace un momento, en una respuesta que usted dio hacía ver, que dependía de cómo se veía a los principios para tomar la decisión, a mí me gustaría saber su opinión, con relación a si en el sistema del *civil law* (parto de la base que en este sistema rige el principio de legalidad) ¿puede argumentar el juez su sentencia sobre la base de principios que no están en el ordenamiento constitucional o legal?

Profr. Taruffo:

Sí, y sucede con mucha frecuencia, por eso decía antes que el tema de los principios es algo muy complicado. Hay principios que aunque no están escritos los jueces se refieren a ellos con mucha frecuencia, creando muchas veces hasta confusiones. Por ejemplo, sucede a menudo que los jueces digan: "aquí hay una, dos, tres, cuatro o cinco normas específicas que dicen ciertas cosas y estas normas son la expresión de un principio general no escrito, según el cuál, estas normas son un ejemplo particular". En este caso, el principio no está enunciado por nadie, lo enuncia el juez y se sirve de él para interpretar algunas normas y decidir casos concretos, pero frente a las mismas normas, otro juez podría decir, ¡claro que existen estas normas!, normas específicas que dictó algún legislador, porque pretendía introducir excepciones a un principio general que es el contrario y que está implícito en el sistema.

Eso puede suceder. También en este segundo caso, el juez va a ser el que formula el principio que no está escrito en ninguna parte, pero que en su opinión está implícito dentro del sistema, con la finalidad de interpretar, en forma restrictiva, los casos particulares regulados por las normas específicas o particulares; porque en el momento

en el que dice que esos casos particulares son excepción de un principio opuesto, se desencadena el mecanismo de interpretación según el cual, las excepciones se tienen que interpretar en forma restrictiva y esto es una maniobra interpretativa que pasa a través de la reconstrucción inductiva en sentido contrario del principio, construyendo un contexto que no está en las normas, pero que sirve para justificar una interpretación restrictiva de las mismas. Claro que si los jueces utilizan instrumentos de este tipo, los principios los inventan, cuando les resultan cómodos, y claro que también están aquellos principios escritos en las constituciones o en las cartas internacionales, etc., pero los jueces hacen uso continuo de principios no escritos, que no están en ninguna parte y que se “hipotizan” como referencia para la interpretación. El caso que le diría ahora es un caso preciso, una argumentación dirigida a excluir la normativa por analogía de una norma particular, tiene una finalidad dirigida y eso sucede con mucha frecuencia.

Dra. Bonifaz:

Agradecemos de nuevo al Profr. Taruffo la brillante plática de hoy, mañana continuamos.

---

## TERCERA LECCIÓN

### “LA DECISIÓN DE HECHO”

---

20 DE MARZO, 2002

Dra. Leticia Bonifaz:

Muy buenos días, comenzamos con nuestro tercer día de actividades. Le doy la palabra al Profesor Taruffo.

Profr. Taruffo:

Según el programa que habíamos establecido, hoy vamos a hablar de algunos de los problemas de la decisión de hecho. Vamos a hablar de hechos y pruebas.

Empezaré con una serie de observaciones, con el fin de tratar de aclarar qué es la cuestión de hecho y cuál es, particularmente, la estructura lógica de la “cuestión de hecho”. Esto como premisa, para luego analizar otros problemas que se refieren a las modalidades de resolución de esta cuestión; es decir, al uso de las pruebas.

Me parece necesario seguir este orden, porque entre más me ocupo del estudio de las pruebas, y de esto hace muchos años, más me doy cuenta de que, si no se aclaran las premisas sistemáticas de las pruebas, el tema no llega a ningún lado. Esta es la razón por la cual también en este período de mi vida estoy haciendo reflexiones, sobre todo, con respecto a la naturaleza de la cuestión de hecho. Ahora expondré, en síntesis, algunas de estas reflexiones.

Les voy a decir algunas cosas que quizá ustedes no hayan encontrado en el material que utilizaron para la preparación del semi-

nario, por una sencilla razón: se me ocurrieron después. Así que no están escritas en el material que ustedes recibieron, de hecho, no están escritas en ningún lado.

Una consideración obvia que, sin embargo, resulta útil, porque es una premisa general de toda la discusión, es la siguiente: en el proceso no entran los hechos. Nosotros decimos “este hecho, el otro hecho”, pero hablar de “hecho” en el proceso, es una manera resumida de hablar. Por lo general, los hechos no entran, porque cuando inicia el proceso éstos ya se agotaron, ya ocurrieron en otro lugar, en otro tiempo. Entonces, ¿qué es lo que entra en el proceso? Pues entran los enunciados lingüísticos, las frases, las propuestas, los enunciados que describen a los hechos. Desde este punto de vista, los hechos aparecen o entran en el proceso bajo la forma de hipótesis, descripciones posibles y eventos que se verificaron fuera del proceso. Esto es obvio y todos lo sabemos, pero, aclararlo al principio es muy importante, porque desplaza todo el eje de nuestro análisis hacia un plano lingüístico.

En el proceso tenemos que ver con expresiones lingüísticas, no con circunstancias materiales. En consecuencia, todo el problema de las pruebas, de la argumentación con respecto a los hechos, etcétera, tiene que ver con enunciados lingüísticos que, de una u otra manera, tienen como objeto: hipótesis. Esto es así, porque hasta el final del proceso vamos a saber, si esas hipótesis tal como han sido descritas, realmente se verificaron o no. El proceso trabaja con hipótesis, empieza con hipótesis, prosigue con hipótesis y concluye con la verificación de alguna de las hipótesis. El contenido de la hipótesis es un enunciado que tiene que ver con los hechos o con algunos hechos.

De esta forma, tenemos que uno de los problemas que se plantea es tratar de entender cuáles son las características fundamentales de estos enunciados, de estas entidades lingüísticas que van a ser el objeto del problema. Entre los muchos problemas y entre las muchas cuestiones que se presentan al abordar estos temas, yo subrayaría aquella que consiste en que, el enunciado que se refiere a un hecho (por ejemplo, el actor que debe describir el hecho constitutivo de la demanda) indica un hecho, lo construye; no hay nada que esté dado *a priori* por lo que se refiere a la identificación de los hechos que son el objeto del juicio y no hay nada *a priori*, por lo menos, por las razones que voy a exponerles en forma muy breve.

Ustedes, al considerar cualquier circunstancia concreta, un accidente en la calle, un contrato o cualquier otra cosa ? por ejemplo? tienen que partir de la premisa de que existen formas infinitas para describir, incluso, la más sencilla de las circunstancias. Cualquier hecho, hasta el más sencillo ? un choque de automóviles? puede describirse de infinitas maneras, según infinitos puntos de vista posibles. El pintor, va a acentuar los colores que ve en un determinado hecho o circunstancia; el físico acentuará los aspectos que corresponden a los movimientos de los autos; el sociólogo, dará importancia a la clase a la que pertenecen las partes involucradas; el psicólogo, tratará de entender qué pensó fulano, mientras el otro le fue a dar encima con el coche, en fin. De la microfísica a la macrofísica hay una infinidad de maneras de describir la misma circunstancia:

Este es el dato del cual partimos, por lo que la descripción del hecho no existe desde antes, es construida por alguien y este alguien, al elegir entre las infinitas maneras que hay de describir un mismo hecho, requiere de un criterio de selección. Si estamos en el ámbito del proceso, el criterio de selección, el más adecuado, no va a ser el del pintor, no va a ser el del microfísico, va a ser el que determine la norma de ley aplicable o que se supone que es aplicable en ese caso específico; y es el supuesto abstracto el que determina la norma aplicable, lo que establece un criterio de vinculación para poder seleccionar aquellos aspectos de la circunstancia *de facto*.

Cuando les explico esto a mis estudiantes, les doy un ejemplo ? que no es mío, sino de un filósofo alemán de los años cuarenta? que se refiere al color de la corbata de un sujeto que camina por la calle y que participa en una manifestación pública. Por lo general, el color de la corbata de quien va a participar en una manifestación pública, es un elemento irrelevante, nadie se fija en eso, quizá los pintores y ya, pero este elemento puede volverse relevante si, en este caso, se va a aplicar una norma de alguna ley que prohíbe llevar símbolos o colores políticos en una manifestación pública. En ese momento, el color de la corbata se puede convertir en un hecho relevante, pero no porque sea relevante en sí mismo. Nada es relevante de por sí, sino porque se vuelve relevante a la luz del supuesto jurídico que se le va a aplicar a este caso. Entonces, aquí tenemos que entre las infinitas descripciones posibles del mismo hecho, la que habrá que privilegiar es aquella que resulta del empleo de la norma jurídica aplicable, como criterio de selección. Por lo cual, lo que indica la norma como relevante, hay que tomarlo; lo que no es relevante para la norma, puede perfectamente no tomarse en cuenta.

Si pensamos en lo que hablábamos el otro día con respecto al círculo dialéctico y a la relación dialéctica entre norma y hecho, podemos ver que esta determinación también puede ser muy compleja, puede requerir muchos pasos de la norma al hecho y del hecho a la norma, pero, lo que quiero subrayar es que los que hacen la descripción de un hecho relevante, crean, construyen este hecho y, si lo hacen bien, lo hacen empleando a la norma como criterio para poder entender, qué es lo que hay que poner en la descripción y qué es lo que no hay que incluir en la descripción, qué es importante y qué no es importante. De esta manera, se construye lo que los alemanes llaman la *konkrete tatbestand*, es decir, el hecho constitutivo del derecho ya calificado jurídicamente. Es calificado jurídicamente, porque así se determina, descartando todo lo demás. Por lo tanto, todo lo que no corresponde a un mecanismo de este tipo, no nos va a servir.

Sin embargo, las cosas son más complejas. En esta construcción se pueden implicar, por lo menos, los siguientes problemas. Primero, lo que yo denominaría “la construcción semántica del enunciado”. Semántica, en el sentido de que el enunciado se va a construir como verdadero y se va a proponer al juez como verdadero o como falso. Esto tiene que ver con la propiedad semántica fundamental del enunciado.

El actor que alega una determinada cuestión, no lo hace para contarnos qué pasó o para entretener al juez. Lo presenta diciendo “este enunciado es cierto o este enunciado es falso”, y no sólo esto, sino que también forma parte de la construcción semántica del enunciado, la elección de las palabras que se van a emplear. Por ejemplo, si se van a utilizar términos de naturaleza puramente descriptiva o términos de naturaleza valorativa; una cosa es decir “este coche era verde”, y algo muy diferente es decir “este era un coche muy bonito”. Una cosa es decir “el daño se refiere a esto y lo otro” y otra, muy diferente, decir “el daño es grave”.

Este es el gran problema, porque se van a probar realmente los enunciados descriptivos, no se pueden probar los enunciados de valoración. Estos son objeto de otro tipo de demostración, pero no la de las pruebas. La construcción lingüística, semántica del enunciado, implica problemas de este tipo. Entonces, hay que estar conscientes de ello, porque si no, pagaremos las consecuencias al final del proceso.

Después se da lo que yo llamaría, “la construcción cultural del hecho”, que deriva de la inevitable necesidad de interpretar el hecho

en el momento en que se construye el enunciado. Por ejemplo, algo tan sencillo, como una responsabilidad por daños, que se derivan de un hecho ilícito, no se puede pensar si no se usa la categoría de causa, la idea de causalidad, que no está en la naturaleza sino en la mente de quién interpreta la realidad. Es decir, existen enunciados *a priori*: el tiempo, el movimiento, son categorías culturales que se pueden tener o no tener, según la civilización, a la que se pertenece, y que sirven para construir un enunciado de un hecho que es de por sí una reconstrucción de eventos complejos.

La referencia a que “el coche era verde”, no sirve para nada, sino hasta el momento en que ustedes enuncian las hipótesis, como una hipótesis de cómo se desarrollaron los hechos y se reconstruye la dinámica de los hechos de una o de otra manera. Esto sólo se puede hacer si se utilizan categorías culturales. Esta es la construcción cultural del enunciado *de facto*.

A menudo tenemos que ver con una construcción social de los hechos y aquí voy a citar particularmente a Searle, que es un teórico del lenguaje semiótico, ¿Qué entendemos por construcción social de un hecho? Voy a dar dos ejemplos para que nos podamos entender sin demasiadas teorías.

Supongamos que el hecho sea el siguiente: ayer Alan Greenspan anunció la reducción de un 0.50 en la tasa de la *Federal Reserve*. Que sea cierto o no sea cierto, no nos interesa. Lo importante es que es un hecho que puede ser determinante en la decisión de una causa o de un proceso. Estamos en un proceso en el que la tasa de interés de la indemnización está ligado al interés de la *Federal Reserve*. Este es un hecho empírico. La reducción de la tasa en cambio, es un hecho solamente dentro del ámbito de una organización social en sentido general.

La tasa tiene poco de empírica, no la puedo tocar. No es tangible, pero si es un hecho, es algo que puede ser importante en el proceso, al establecer, si es cierto o no es cierto, que la *Federal Reserve* la redujo, porque de eso va a depender la economía mundial. Este es el típico hecho socialmente construido, la tasa de descuento es un hecho social no es un hecho empírico.

De hecho Searle, da el ejemplo de la moneda, ¿cómo hacemos para saber si este pedazo de papel es dinero o no es dinero?, pues mirándolo no lo entendemos, no lo podemos saber. La percepción

empírica de este pedazo de papel no nos dice nada con respecto a su función, sobre todo no dice si es un billete o no es un billete; cuando mucho diríamos “oye este es blanco y normalmente los billetes son de color”, pero si yo saco de mi cartera un pedazo de papel de color, ¿cómo sabemos si es dinero o no lo es?, pues solamente colocando esta percepción empírica dentro de un contexto de construcción institucional, social, política o financiera. Es eso lo que hace que ese papel se convierta en dinero. Como ustedes podrán ver, la vida diaria, está entretejida por hechos que están socialmente contruidos.

Analizando las cosas de esta manera, al preguntar ¿qué es una hipótesis sobre un hecho?, puede ser una cuestión muy compleja. Como quiera, hay que excluir que las hipótesis de los hechos recaigan como algo listo, algo *ready made*, algo caído del cielo. Se tiene que construir y la construcción puede implicar el empleo de metodologías semánticas, lógicas, lingüísticas que, en algunos casos, pueden ser muy complejas. Entonces ¿qué es la cuestión *de facto*?

Imaginemos que a través de estas complejas maniobras, una de las partes en el proceso llega a decir “este es el hecho y yo voy a enunciar esta descripción, como una hipótesis, respecto de la cual afirmo que es la verdad”. Naturalmente, el adversario va a decir “yo, respecto de esta hipótesis, afirmo que es falsa”, o bien, se podrá decir también: “esta circunstancia de hecho se llevó a cabo con modalidades distintas a las que está enunciando y describiendo una de las partes”. “Es cierto que ocurrió el accidente, pero no es cierto que fulano estaba por encima del límite de velocidad”, etcétera.

Como decía ayer, la contraposición de las posibles posturas dentro del proceso no se da sólo en términos de blanco o negro, verdadero o falso. Hay también *tertium datum*, *quartum datum*, y el *quintum datum*, que pueden ser, a su vez, hipótesis descriptivas verdaderas o falsas. Por lo tanto, siempre hay esta duplicación de los valores de verdad ante cualquier enunciado que se formula en un proceso. Esto es fundamental en la estructura de la cuestión *de facto*, ¿qué es lo que el juez tendrá que resolver en medio de toda esta serie de hipótesis?

En un caso más simple, habrá un enunciado de un hecho único o individual, que se refiere a una sola circunstancia sencilla, que es verdadera o falsa. En los casos promedio, así como en los casos complejos, las hipótesis pueden ser muchas; cada una de estas puede ser verdadera o falsa. Lo mismo sucede con las circunstancias relevantes. De manera que la cuestión *de facto*, sería imaginada, en

un caso promedio, como una especie de rompecabezas, formado por varias piezas, o más de un rompecabezas, incluso, como la combinación de infinitas maneras de combinar estas piezas para formar varios rompecabezas; y cada una de las piezas de estos rompecabezas puede ser a su vez verdadera o falsa.

El evento que se presenta estaría representado por distintos rompecabezas, cada uno de los cuales va a describir determinadas circunstancias en formas distintas. Imagínense ustedes el rompecabezas del accidente, donde en un caso hay niebla, en el otro no hay niebla; en un caso son las seis de la mañana y en el otro caso son las seis de la tarde y muchísimas otras cuestiones. Entonces, tenemos como esquema teórico, la idea de un grupo de “n” descripciones complejas, distintas una de la otra, cada una de las cuales resulta de la composición de hipótesis específicas sobre circunstancias individuales y relevantes del hecho, cada una de las cuales, a su vez, puede ser verdadera o falsa. Como se ve, la construcción conceptual del esquema de la cuestión *de facto*, puede ser muy compleja incluso en casos en los que las circunstancias de esa particular situación, a primera vista, parecen sencillas.

Ahora bien, respecto de la cuestión particular que el juez debe resolver frente a ese conjunto de alternativas, se plantea el problema de la decisión: pero, ante todo, la primera constatación que se puede hacer es que, en un contexto así, la tarea principal del juez estriba en hacer elecciones globales, elegir entre escenarios distintos en su conjunto, entre pedazos de rompecabezas distintos.

Esta es la primera selección que el juez tiene que hacer al tener en mente cuál es el escenario global que parece preferible con respecto a otros. Por ejemplo, en un escenario en el cual, el lugar del accidente está cubierto por la niebla o por la nieve o y hielo; o bien, el escenario en el cual brilla un bonito sol, las calles están secas y no hay niebla. Aquí ya se está haciendo una selección, porque dependiendo de como se razone, tomando el cuenta el escenario “A” o “B”, todo lo demás cambia y, desde luego, el razonamiento sigue caminos distintos. Entonces, hay una primera selección global después de la cual, el juez se encuentra frente a una serie más o menos compleja de enunciados *de facto*; cada uno de los cuales, según la hipótesis que se siga, será verdadero o falso. Aquí el juez deberá decidir, aclarar las dudas, resolver las incertidumbres, es decir, determinar si cada hipótesis es cierta o falsa. Esto, para todas las hipótesis *de facto*, que para él representen la cuestión de hecho.

Por tanto, razonando de esta forma, empezamos a ver que la decisión sobre los hechos puede ser determinada, como un contexto organizado de selecciones alrededor de la verdad o falsedad de todas las hipótesis *de facto*, que fueron configuradas como objeto de juicio para resolver la incertidumbre.

Como pueden ver, tengo en la mente un concepto muy analítico de la decisión de los hechos, porque tiende a configurar la estructura lógica de razonamiento.

Otra cuestión importante: ¿cómo le hace el juez para realizar estas selecciones? Aquí la respuesta en términos genéricos es obvia: sobre la base de las pruebas. En el marco del proceso, es cierto lo que se prueba y es falso lo que no se prueba, o lo que se prueba como falso, en caso de prueba negativa. Entonces, el concepto general de prueba se vuelve esto: es prueba todo elemento con base en el cual, el juez determina lo que fue probado y lo que no fue probado, lo que se demostró y lo que no se demostró, porque es a través de las pruebas que el juez realiza sus selecciones.

Otra definición posible diría que, la prueba es todo lo que permite confirmar o “falsear” ? en el sentido popperiano? una hipótesis. Puede funcionar en sentido positivo o negativo, confirmar ? no emplearía yo el término de verificación, es demasiado complejo? confirmar o “falsear” la hipótesis.

Quisiera mencionar asimismo, algunas consideraciones de carácter general acerca del problema de las pruebas. Sobre este tema, en los últimos años, la literatura de todo el mundo está bastante dividida. Yo aquí les presento lo que pienso, pero puesto que no soy el dueño de la verdad con la “V” mayúscula. Tengo que reconocer que lo que pienso es una teoría entre muchas más; pero hay que recordar algunas de las otras, por lo menos para decir por qué están, desde mi punto de vista, equivocadas.

En el marco de las concepciones de la prueba se llega a dos grandes posiciones, que son las dos caras de la misma moneda. Hay varias posiciones intermedias, pero no las considero importantes en este momento.

Una concepción, que es la que yo sigo, es aquella según la cual, la prueba es un medio de conocimiento, una forma para adquirir conocimiento con base en el cual se establece, si la hipótesis sobre

un hecho es cierta o falsa; de manera que después se pueda decir, que es cierto lo que se probó y falso lo que no.

El punto importante es pensar, que la prueba proporciona los conocimientos alrededor de algo, acerca de algo, no importa lo que sea en este momento la prueba. Según este enfoque la prueba es un instrumento cognoscitivo.

Otro enfoque, en cambio configura la prueba como un instrumento de persuasión, de convicción, como un instrumento retórico, con la finalidad de inducir convicciones en el sentido del *creed* inglés, es decir, credos, convicciones subjetivas.

Como pueden notar, se trata de dos formas muy distintas de concebir la función de la prueba, de las cuales hay consecuencias de importancia distinta.

Normalmente, yo entiendo este problema diciendo que ambas concepciones son válidas, con tal de que se refieran a sujetos distintos. El concepto de la prueba como instrumento de conocimiento debe referirse al juez, a la forma en la cual éste utiliza la prueba. El juez utiliza las pruebas para conocer.

La idea de la prueba como instrumento de persuasión retórica, por otro lado, es válida y tiene sentido para el abogado que se sirve de la prueba. El abogado se sirve de las pruebas para convencer al juez, no de la verdad, porque al abogado eso no le importa para nada, sino para convencer al juez, que él tiene razón y que merece ganar el pleito.

Yo trabajo como abogado lo suficiente para saber que el abogado es un *killer* pagado, cuya finalidad no es descubrir la verdad. El abogado lucha para vencer. No es un científico que en el proceso trate de descubrir la verdad, por amor a la verdad. Para nada, en lo absoluto. El abogado hará todo lo que pueda para ocultar, manipular, eliminar la verdad, sobre todo si sabe que la constatación de la verdad determinaría su derrota. Entonces, aquí es útil ser muy claro acerca de esta distinción de las funciones.

Los oficios del juez o del abogado son completamente distintos. Yo cuando estoy en un juicio ante un juez, no estoy ahí para descubrir la verdad. Quizá yo sepa lo que en verdad ocurrió; sin embargo yo voy a tratar de descubrir la verdad, si sé que esto me va a dar

la razón; pero si tengo dudas o si sé que estoy equivocado, yo no voy a descubrir a la verdad frente al juez, voy a defender mi parcial e individual planteamiento del caso, aun en los hechos. Si resulta que el hecho que no me daría la razón, no se comprueba, yo estoy contento, porque eso quiere decir que voy a ganar.

Yo trabajo como abogado para defender a un cliente, para ganar, no para ser científico. El papel de científico lo hago en otros lugares. Es lógico que la óptica del enfrentamiento se da para alcanzar la victoria, no la verdad. Está claro que los abogados se sirven de cualquier cosa para convencer al juez, no para que éste pueda descubrir cómo, efectivamente, se dieron las cosas, sino que para inducirlo a determinar la victoria hacia un lado en lugar de otro.

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

Hasta aquí estamos bien; pero no hay que confundir la utilización que de una prueba hace el abogado con la que de la misma prueba hace el juez. Éste no está interesado a ganar una lucha. El juez resuelve problemas de carácter cognoscitivo.

Si son verdaderas las premisas de las que partimos, es decir, que los hechos son hipótesis descriptivas de una realidad (naturalmente, también hipotética) que se considerará verdadera sobre el plan cognoscitivo, si existen los elementos suficientes para decir, que los hechos así descritos son ciertos, no cabe duda que esta es la operación que hace el juez.

En la realidad pueden existir situaciones menos claras de las que estoy describiendo con la finalidad de simplificar el problema. Esto es muy cierto, pero es útil saber que las hipótesis menos claras, son hipótesis intermedias entre dos extremos, que se niegan uno al otro. Son cosas distintas: blanco y negro es diferente, después de lo cual podríamos discutir también, si queremos, el color gris. Es más, hay un teórico lógico que en el cuadro de la teoría de los conjuntos dice que blanco y negro son los casos límites del gris, pero también esta es una metáfora.

El hecho está en que, en la óptica del juez, entre prueba y persuasión retórica no hay ninguna relación instrumental seria.

Por otra parte, también porque habría que hacer toda una larga historia de las diferencias de los filósofos para con la retórica, quienes, a pesar de varias tentativas para revalorarla, se quedan en el hecho de que entre el conocimiento realmente fundamentado de algo y la persuasión retórica de algo, hay diferencias.

Podemos decir: el hecho de que dos más dos es igual a cuatro ¿es un asunto retórico o es una cosa de lógica matemática? Ustedes piensan que dos más dos es igual a cuatro, porque yo soy muy hábil para argumentar o porque piensen que es cierto con base, no en lo que digo, sino en otra ley que refiere el éxito de una operación matemática.

Uno puede estar muy poco convencido, pero son dos niveles distintos. Este tema se cruza en el proceso, porque en el proceso hay sujetos que hacen operaciones distintas con las pruebas. El juez debería tratar de conocer y el abogado tratar de convencer. Ambos viven en la misma casa, pero no hacen el mismo oficio.

Yo, como pueden ver, sigo un planteamiento en el que quisiera ser rigurosamente racionalista y analítico de estos problemas. Hay quien me dice; pero son puros cuentos, todo es una perdedera de tiempo; en realidad, el juez intuye la decisión; ésta es materia de la íntima convicción del juez. Esta lamentable forma de la convicción, que comprometió toda la teoría de la valoración de las pruebas por muchos siglos, hace que existan quienes piensan verdaderamente así.

Fíjense que la fórmula de la “intime conviction”, es decir, de la convicción íntima, introspectiva, subjetiva y racional, etcétera, nació en el marco del derecho penal. La santificación del arbitrio judicial en el marco de las causas penales del siglo XIX se enganchó en la configuración del juez penal en el marco de un proceso rigurosamente inquisitorio, sin garantías. Todo se tiene, todo se guarda, siempre hay que tratar de ver o adivinar las relaciones, los enlaces. Yo simplemente no comparto una idea de esta índole.

Por eso siempre desconfío de las invenciones subjetivas injustificadas, es decir, del arbitrio en lugar de control racional. Por ello, me mantengo siempre radicalmente desconfiado para con las teorías que se brincan los distintos pasos sin explicarme cómo le hace uno para ir de un lugar a otro de forma racionalmente controlable. Cuando hago el análisis de estos problemas, no estoy haciendo ni arte ni poesía, estoy simplemente haciendo un análisis fríamente racional de los mecanismos que deberían recibir la decisión sobre los hechos.

Aquí me detengo.

Dra. Bonifaz:

Muchas gracias, estoy viendo la cara de todos, estamos fascinados, es una película que antes de que acabe, yo ya quiero volverla a ver ¿Quién comienza hoy?

Mónica Cacho:

Maestro Taruffo, yo quisiera saber, bueno, me quedó la inquietud acerca de que en un momento dado, cuáles serían las dificultades o los límites que podría tener el juez para encontrar la verdad, teniendo como pruebas, pues, aquellas que le presentan los abogados para tratar de convencerlo, incluso ocultándole la verdad.

Profr. Taruffo:

Este era el último punto de mis notas de hoy que me salté, porque se estaba haciendo tarde, miren aquí dice punto seis: “la verdad”. Gracias, porque me permite seguir adelante con ese tema, exactamente adonde había llegado hace un momento.

Aquí hay grandes nudos que hay que discutir, quizá podemos seguir adelante mañana, pero el primer gran nudo que trato de establecer y este es un problema de teoría general del proceso, civil o penal. Si se considera que por lo menos una, si no la única finalidad del proceso, sea aclarar la verdad de los hechos o no.

Cuando ayer hacía referencia a la teoría del proceso como forma de resolución de las controversias y decía que desde esta perspectiva la finalidad no es la de aplicar el derecho, sino la de eliminar la controversia, retomando mis razonamientos posteriores, se puede sostener que la teoría del proceso como resolución de la controversia descuida totalmente la verdad de los hechos. Es más, en las versiones más extremas de esta teoría, se dice que la búsqueda de la verdad en el marco del proceso es dañina, porque hace perder tiempo, requiere recursos, agrava la situación y hace más difícil el acuerdo de las partes o la decisión que elimina el conflicto. En todo caso, si no resulta dañina tal búsqueda, de todas formas el proceso no está enfocado para descubrir a la verdad. Se orienta a la paz social, a la eliminación de los conflictos, a cualquier otra cosa, pero no a aclarar la verdad, y esto es un problema preliminar, previo con respecto a cualquier otro tipo asunto.

Desde luego, estoy convencido de que el proceso esté orientado a aclarar la verdad por razones que después explicaré en el último día, pero según yo, el aclarar la verdad de los hechos, tiene una condición necesaria, aun cuando no suficiente para la justicia. Esta es mi opinión, pero hay muchos que no piensan de esa misma manera. Esto, en general, porque hay quienes de forma más específica, hacen unas distinciones entre lo civil y lo penal. En el proceso penal sí hay que aclarar la verdad a la gente. En este sentido, mientras en el proceso penal sale a flote la verdad, en el proceso civil no, porque es algo de las partes, nadie va a la cárcel y sólo se discute de dinero, nadie pierde su vida, es un proceso que tiene que ver principalmente con relaciones de tipo privado.

Esto es un viejo tema del que se sigue hablando, pero parte de postulados equivocados, porque para empezar, en la actualidad, en un proceso penal muy poca gente se encarcela. En el proceso civil no es cierto que se discute únicamente de cosas de segunda importancia. Hay centenas de cuestiones civiles sobre las cuales la gente se juega su vida, su patrimonio, el matrimonio y demás. En comparación con estas cuestiones es un asunto menos importante, imponer la sanción de quinientos dólares dentro de un proceso penal.

Pero sobre todo, no es cierto que el proceso civil se refiere únicamente a cosas privadas, porque desde hace más de un siglo, es decir, desde que la cultura procesalista pasó a la llamada concepción publicista del proceso, dejamos de pensar que el proceso civil sea algo privado. Entonces estas diferencias no son importantes.

El problema es más serio: estriba en el hecho que el proceso civil o penal, el que fuere, debe concluirse dentro de determinado tiempo. No puede durar para siempre, al infinito, mientras que la búsqueda de la verdad, científica o no perdura al infinito.

Además, hay también normas procesales de distinto tipo, que excluyen la utilización de ciertos medios de pruebas, según los casos, como aquellos que se adquirieron o formaron de un modo ilícito o las normas que excluyen la prueba oral de los contratos, porque por varias razones, algún legislador prefiere la prueba escrita, y así, son límites, limitaciones probatorias. Entonces, uno dice: aquí tenemos que ver con límites de esta índole, temporal o de recursos normativos y ¿cómo le vamos a hacer para que el proceso esté orientado a la búsqueda de la verdad?

Por supuesto que nadie de los que sostiene que el proceso está enfocado a la búsqueda de la verdad, está hablando de verdad absoluta. No estamos hablando de la verdad de la metafísica o de las verdades de la teología o de otras cosas. Estamos hablando de cosas mucho más triviales, estamos hablando de verdades, como aproximaciones a lo que podría ser la “verdad verdadera”; estamos hablando entonces de verdades relativas, no de verdades absolutas.

La verdad procesal es relativa. Puede ser relativa en distintas formas, aquí, a mi parecer, la idea básica es precisamente la de la aproximación. En un libro de hace algunos años, traté de representar la gráficamente, poniendo el infinito a la derecha y una flecha para indicar la tendencia. Razonando de esta forma, el concepto de verdad equivale a una aproximación asintótica, como diría un matemático. Es un concepto de grado no es un concepto absoluto, verdadero con la “V” mayúscula, falso con la “F” mayúscula. Cualquier verdad relativa es aproximada. De ahí que el concepto de verdad relativa en cuanto aproximada nos cae muy bien dentro del proceso, como anillo al dedo, porque es conceptualmente compatible, por el hecho de que la búsqueda de la verdad que se realiza en el proceso está limitada de varias formas. No la transforma en alguna otra cosa. A fin de cuentas, todas las “verdades” sobre las que fundamentamos nuestro actuar práctico de la vida cotidiana son todas verdades relativas, en las cuales, en la mayoría de los casos, no sabemos bien cuál es su nivel de aproximación correcta con respecto a una hipotética “verdad verdadera”, que desconocemos.

En consecuencia, más vale plantearse el problema en esos términos. Estamos hablando de aproximación, de un concepto de grado, no de un concepto absoluto. Entonces el problema se desplaza. Hay que tratar de ver cuáles son límites, si podemos rebasarlos o no.

Desde este punto de vista, el concepto general de búsqueda de la verdad, una vez reformulado el problema en estos términos, se convierte en algo muy trivial. El proceso no trata de descubrir si ya existe o no, únicamente trata de descubrir lo probable, que haya sido fulano en lugar de mengano y esto sí se puede hacer.

Antonio Mercader:

Con independencia de que el juzgador verifique los hechos concretos del caso, ¿cómo puede comprobar que ha interpretado correctamente la norma jurídica?

Profr. Taruffo:

Esto es uno de los problemas centrales de la decisión, porque hoy en la mañana, empezando con el problema de la calificación jurídica del hecho como criterio de selección, yo me había puesto en la posición del actor o de una de las partes del proceso. Naturalmente, este movimiento inicial en la construcción del hecho, puede ser algo equivocado, yo puedo equivocarme cuando estoy hablando de una norma o de ciertos hechos, o elijo una norma adecuada, pero la interpreto en una forma errónea. Lo mismo puede sucederle al juez, evidentemente. Tan es así que, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos, el juez no está vinculado a tener por bueno uno u otro planteamiento que propongan las dos partes. Puede escoger un tercer planteamiento del problema. *Iura novit curia* quiere decir, que sobre la cuestión de derecho, por lo menos, el juez no depende de lo que dijeron las partes.

¿Cómo sabemos si el marco jurídico o el planteamiento jurídico es el adecuado o no de un hecho? Los hechos que se llevaron a cabo respecto de la hipótesis ¿no son los verdaderos? La situación prototipo es aquella en la que el juez encuentra frente a sus ojos dos versiones contrapuestas de un mismo caso. Cada una de estas dos partes escogió normas diferentes o interpretaciones distintas de la misma norma ¿ que es lo mismo a final de cuentas? y, en función de ello, alegó lo que consideró que eran los hechos importantes del caso. De esta forma, como dicen los semiólogos, tenemos dos narraciones de lo ocurrido, de lo que es objeto del proceso, que son narraciones diversas entre sí y en donde la diversidad puede ser una directa contradicción o simplemente diferente. El juez, al final, va a tener frente a sí esta situación.

Si fulano narró lo ocurrido de una manera y zutano lo narró de otra, basado en determinadas situaciones de derecho, el juez podrá considerar que una de las dos versiones, o las dos narraciones, son adecuadas, porque los hechos se comprobaron, porque esa es la norma adecuada que hay que usar en ese caso, porque el actor interpretó en forma correcta la norma o viceversa, o bien, puede decir que los dos se equivocaron. Yo juez digo que en este caso, la interpretación correcta de la norma que regula esa situación es la interpretación número tres, no la número uno, ni la número dos. En este caso, el juez le da otra nueva lectura a los hechos de la causa, utilizando la interpretación número tres como esquema de interpretación de los problemas *de facto*.

Naturalmente, al cambiar el esquema jurídico de interpretación, no está dicho que las cosas se queden tal como estaban, puede ser que falten hechos que se habrían tenido que probar bajo el esquema adoptado por el juez, porque estos hechos no habrían sido indicados ni fueron probados por ninguna de las partes; o puede ser que éstas hubieran alegado y comprobado hechos que no sirven o que no son relevantes. En el planteamiento jurídico que está adoptando el juez, puede haber una sobreposición, por lo menos parcial. Tenemos tres esquemas: el de cada parte y el del juez, y como son tres planteamientos, está todo en partes distintas. Pero claro, la que va a prevalecer es la que da el juez. Lo que puede suceder ? y a veces sucede? es que una de las partes pierde la causa, porque no probó el hecho constitutivo del derecho, pero del derecho que el juez consideró que era el objeto de decisión; sí comprobó el hecho que consideraba constitutivo del derecho que invocó a la luz de su propio planteamiento de la controversia, pero que ya no lo es, en tanto que hay un planteamiento que adopta el juez.

Razonando con base en estos esquemas, ¿qué es lo que hace el juez? El juez tiene que determinar cuál es la narración de los hechos y el derecho que considera fundamentales, descartando las otras narraciones y sacando todas las consecuencias del caso en términos de victoria o derrota de las partes, porque ahí es a donde se va a llegar a final de cuentas, pero el juez va a llegar con base en las elecciones que él mismo ha tomado, que pueden coincidir en todo o parcialmente con los planteamientos de las partes. También puede ser que el juez, razonando en forma autónoma, de todos modos acabe diciendo “bueno, la versión correcta es la del actor” y ya no inventa entonces la tercera solución y adopta una de las dos. Pero si ninguna de las dos le parece, entonces inventa la tercera solución y de esto vamos a hablar más adelante.

Eugenio Isidro Partida Sánchez:

De acuerdo a la teoría del planteamiento de los hechos que acaba de desarrollar, partimos siempre de la base de que el hecho es verdadero en el momento en que se realiza, a partir de ese momento cambia la concepción del hecho de acuerdo o desde la perspectiva del lente de quien lo observa o de quien lo va a plantear. Entonces tenemos un universo de planteamientos ante un órgano jurisdiccional de un mismo hecho.

Existe también la posibilidad de que el planteamiento de ese hecho que fue verdadero en su momento, desde la perspectiva de las

partes en conflicto, resulte contradictorio, de tal manera que no se pueda racionalizar como verdadero. ¿Es válido entonces acudir a una solución destructiva de ambos planteamientos? Es decir, declarar los hechos como falsos, no obstante que tuvieron su origen en una situación verdadera o ¿habría que encontrar una adecuación ecléctica para arribar a una hipótesis?

Profr. Taruffo:

Claro, pero esto es exactamente lo que no sabemos. Si lo supiéramos, no tendríamos problema, nosotros podemos imaginar, “hipotizar” que el hecho ocurrió, pero razonamos con base en hipótesis. En el fondo, bien puede ser que la hipótesis formulada o las hipótesis formuladas por ambas partes sean las dos falsas, es decir, que no haya sucedido absolutamente nada. Claro, sería un caso límite, pero no imposible. Cuando estamos en el proceso, no sabemos si el hecho verdaderamente se verificó o no. Por ejemplo, piensen ustedes en los contratos simulados o situaciones en las que las partes construyen una “realidad”, que nunca existió. Bueno, entonces, su pregunta es muy útil, porque me permite insistir sobre este hecho.

En el ámbito del proceso, la verdad se conoce al final, pero se conoce aquella verdad de la que yo hablaba antes. ¿Qué es lo que realmente ocurrió fuera del proceso? Pues nadie lo sabe. Se trabaja con hipótesis, se razona sobre la base de hipótesis. Por eso, decir: el hecho ocurrió ¿pues quién le dice que sí? No lo podemos saber, entonces todo es juego de hipótesis y contrahipótesis. Es un juego de puras hipótesis hasta llegar al momento de la decisión, porque en un sentido relativo va ser solamente la sentencia la que nos va a decir lo que pasó y lo que no pasó.

Aparte de este punto interesante, es cuando usted dice: “bueno pues aquí hay ciertas contradicciones o pueden haber contradicciones”, ¡claro que sí! Pero hay que entenderlas. Que haya contradicción entre lo que dice una parte y lo que dice la otra parte, esto es obvio; porque si no, no tendríamos ni siquiera un conflicto, no tendríamos controversia. Si las partes están de acuerdo, el problema se acabó, ni siquiera surgió. Entonces la contradicción total o parcial que hay de hecho o de derecho entre las partes es la premisa, es el resorte a partir del cual surge el proceso.

El aspecto más complejo es cuando, en cambio, se observan contradicciones dentro de la misma narración, es decir, una narración

que es “autocontradictoria”, entonces sí podemos decir que este es el aspecto más interesante, porque, por ejemplo, se podría decir que una narración “autocontradictoria”, es una narración débil y tendencialmente falsa, ¿cuál es la contradicción? ¿qué es lo que consideramos como contradicción no tolerable? Supongamos o admitamos que la contradicción dentro de lo que se está narrando esté determinada por actitudes contradictorias del mismo individuo, que ahora dice o hace una cosa y dentro de una hora, dice o hace otra cosa distinta, entonces, una contradicción en la conducta del individuo no es una contradicción lógica, es una contradicción tolerable, Yo respondería con dos versos de Walt Withman, que dice: “me contradigo, claro que me contradigo, yo soy tan grande que incluyo multitudes dentro de mí” (Es la traducción de un verso).

Eso para decir que hay contradicciones que no son índice de falsedad, no son indicadores de falsedad. Un comportamiento contradictorio puede explicarse de mil maneras, pero no es un vicio lógico de razonamiento de quien hizo la narración. Sin embargo, luego habría que profundizar en el discurso, habría que analizar la contradicción. Puede haber no contradicciones, sino simples lagunas en las narraciones, que a veces son más peligrosas que las contradicciones más abiertas, más claras. A veces encontramos “saltado” un pedazo, un pasaje, y nos preguntamos ¿porqué se saltó ese pedazo? Pues porque era lo que realmente ponía en crisis el planteamiento. Hay contradicciones también lógicas, pragmáticas, científicas, teóricas y ese el aspecto más interesante de este asunto.

Otro aspecto interesante de este problema, es el que se refiere a la posibilidad de contradicciones verdaderas dentro de la narración en la que el juez está basando su sentencia, la que él va a adoptar como versión final; porqué si yo, como abogado, doy una exposición contradictoria de mi posición, yo sólo soy un mal abogado, probablemente voy a perder el caso. La posición del juez es distinta, porque la posición del juez no es la de una persona que trata de convencer, sino la de una persona que dice: las cosas fueron así. El juez enuncia la verdad y la verdad no puede tener contradicciones verdaderas en sí. Un juez no puede partir de una premisa y razonar como si lo contrario fuera lo verdadero. Estos son vicios lógicos, por lo general, por la motivación o por la justificación de la sentencia. Entonces suponiendo que se hayan definido exactamente cuáles son las contradicciones verdaderas, las que llegan al corazón del razonamiento, el papel de la contradicción es diferente, dependiendo de la narración. Repito, la narración contradictoria del abogado es una pésima defensa. La na-

rración contradictoria del juez es una sentencia que habrá que impugnar. Son efectos distintos.

Octavio Bolaños Valadez:

Ante un conflicto de intereses entre partes que se lleva ante un tribunal, la regla general es que el juez se pronuncie al respecto y haya un ganador y un perdedor. La excepción se presenta cuando ha habido un riguroso empate, el actor no probó los elementos de su acción y el demandado tampoco sus excepciones, o bien, cuando se dejan a salvo los derechos de las partes, porque el juez encontró un obstáculo para pronunciarse sobre el mérito de la cuestión.

Generalmente, también ese impedimento se presenta, o bien, las partes no allegaron las pruebas idóneas o habiéndolas allegado, no desahogaron los puntos que le esclarecieran la juez la verdad de los hechos.

Lo platicado en estas sesiones, me permite tener la impresión de que la doctrina procesal moderna se inclina a dejarle al juez una mayor libertad de intervención dentro del proceso, a fin de conocer la verdad, ¿es correcta mi apreciación?

Profr. Taruffo:

Aquí hay varios aspectos del problema. Se presentan todos juntos, pero vamos a ver cómo lo manejamos.

Un problema es ¿cómo se configura la posición del juez frente a la decisión? Son casos en los que no se tienen los suficientes para saber cuáles hechos fueron verdaderos y cuáles no. En el Derecho romano le permitía al juez decir, *non liquet*; es decir, “no lo veo claro”, “no sé suficiente, entonces no decido”. Todos los derechos modernos en cambio, o casi todos, le imponen al juez tomar una decisión de cualquier forma porque, dicen, la función del juez es la de decidir.

Naturalmente esto implica construir reglas que le permitan al juez, no sólo decidir cuando los hechos han sido probados, sino también decidir cuando los hechos no han sido probados. Estas son las reglas sobre la carga de las pruebas que, por otro lado, se formulan en forma distinta de sistema a sistema, por lo que no hay una sola manera de hacerlo. Por ejemplo, en Italia, se encuentra el artículo 2697 del Código Civil, que es la regla fundamental y general en materia de car-

ga de la prueba, dice: “el actor debe probar el hecho constitutivo del derecho que quiere hacer valer y el demandado debe probar el hecho restrictivo, es decir el fundamento de la excepción”.

Esta regla aunque se haya formulado en términos positivos, en realidad opera sólo en términos negativos, es decir, determina quién pierde, en el caso de faltar pruebas. Entonces, el actor tiene que probar el hecho constitutivo y es él quien pierde si no lo prueba. Por otra parte, si el actor probó el hecho constitutivo, el demandado es el que tiene que comprobar el hecho constitutivo de la excepción y es él el que pierde si no lo comprueba. En mi opinión, esta es la clave del asunto, porque en todas las hipótesis en las que resulta que un hecho se demostró que era falso o no se demostró que era verdadero, ambas hipótesis para fines de carga de la prueba, producen el mismo efecto: pierde la parte que con base en la regla general habría tenido que demostrarlo.

Pero, lo anterior es sólo el inicio de la cuestión, porque, por un lado, también los ordenamientos que establecen la regla general, como el italiano, la modifican con toda una serie de reglas particulares. Normalmente, la técnica es la de la presunción legal y se invierte la carga de la prueba, presumiendo como verdadero un hecho que esa parte habría tenido que probar y pasando sobre la otra el peso de demostrar lo contrario. La buena fe en la posesión de bienes inmuebles se presume y el no poseedor tiene la carga de demostrar la mala fe. Esto para decir que las reglas de comprobación son cada vez más difíciles y, normalmente, en favor de ciertos de individuos que el legislador considera débiles. Por ello, hay muchas inversiones de carga de la prueba en materia laboral, de familia, etc. Pero, por compleja que sea esa situación, siempre estamos dentro de un tipo de sistema, en el que existen normas, generales o particulares, específicas que, en cada caso, le dicen al juez quién es el que pierde en caso de que un determinado hecho no se compruebe. Entonces, el juez aplica esa regla y decide, en caso de falta de pruebas. Esto es lo que nosotros en Italia definimos como regla de la carga de la prueba, como regla de juicio. Si los hechos están comprobados, la carga de la prueba ya no entra en juego; si los hechos no están comprobados, el juez decide aplicando las reglas con respecto a la carga de las pruebas.

Después hay situaciones más complejas. Por ejemplo, en el derecho civil alemán, encontramos infinidad de reglas específicas, pero no existe una regla general. Entonces, los alemanes se afanaron tratando de construir por inducción, por derivación, la regla general que se va aplicar en caso de que no haya una norma específica, pero ? repito? son

muchas las situaciones en las que la asignación del peso de la prueba se hace que dependa de otros criterios no establecidos *a priori* por la ley, sino que se encuentran reservados a los poderes del juez.

Este es el sistema americano, en el que el juez, si quiere y si lo considera oportuno ? es decir una elección muy discrecional? puede decir si la obligación de probar, en cierto caso, la tiene el demandado o la tiene el actor. Quizá porque al juez le resulta, que es más fácil proporcionar esa prueba al demandado que al actor.

El criterio de posesión de la prueba, o de mayor facilidad para proporcionarla, es la que usa el juez americano para asignar el peso de la comprobación de la prueba. Pero siempre lo relevante es la carga de la prueba, lo que quiere decir, que si a ese individuo a quien el juez le atribuyó la carga, no la satisface, pierde. De esta forma, no es la ley la que establece el mecanismo de la obligación de la prueba. La establece también la ley, pero hay un poder discrecional por parte del juez que es el que va a asignar la carga de la prueba. Aquí el juez entra en un juego mucho más amplio, que en el sistema italiano o el sistema alemán.

El otro problema es que ese juez es quien tiene que establecer, si un determinado hecho realmente se comprobó o no, también con la finalidad de ver si aplica la regla sobre la carga de la prueba o no la aplica. Yo tengo el hecho constitutivo del derecho, ¿se probó o no se probó?; podría decir “sí hay pruebas sobre este hecho, pero no me satisfacen, no son suficientes para hacerme considerar que ese hecho sea verdadero”. En tal caso, es como si el hecho fuera falso, es decir, no habiendo superado la prueba ese determinado nivel mínimo, puede llevar a decir que el hecho no es verdadero, pues si el hecho no lo es, porque no se pudo demostrar suficientemente que era verdadero, entonces ahí es donde se aplica la regla sobre la carga de la prueba. En consecuencia, combinando estos criterios ? que repito pueden variar mucho de un ordenamiento a otro? resulta una situación en la que, de una manera, con base en las pruebas o con base en la falta de pruebas, el juez siempre va a decidir y va a decidir sobre la base de reglas bastante claras y precisas.

Julio César Cruz Ricárdez:

En la exposición de hoy, nos revela la inmensidad del fenómeno en el que está inmersa la función jurisdiccional y nos confirma la pasión con la que asumimos esta tarea que nos ha correspondido en la

vida. Lo que sucede es que es un problema complejo desde su génesis, hablamos de hechos que ocurren en una realidad fáctica, pero que deben ser trasladados al proceso. Y desde ahí inicia el problema, porque como usted explicaba, las hipótesis pueden ser infinitas, el resultado dependerá después de las pruebas, que sean pertinentes, de la manera como el juez valore esas pruebas y de la manera como subsuma el hecho al derecho. Pero mi comentario va dirigido a lo siguiente: eso confirma también una especie de resumen que hizo usted ayer a una pregunta que le formularon respecto a cuáles serían las cualidades o las mejores cualidades de un juez y usted mencionó ? por cierto me pareció algo que debemos conservar en la memoria? que de un juez debemos esperar una gran cultura jurídica, pero también una gran cultura en general y, sobre todo, una actitud crítica, porque si carece de actitud crítica va a ser muy difícil que se mueva en ese universo que usted hoy nos acaba de revelar.

Profr. Taruffo:

Esto es verdad, es muy cierto, añadiría únicamente que las mismas condiciones o requisitos deberían tener también los abogados, porque desde el punto de vista del planteamiento de la cuestión fáctica, la labor del abogado no es muy diferente de la del juez, excepto que el abogado puede ganar el pleito. Yo recomiendo estas cosas a mis estudiantes, diciendo: si alguno de ustedes se vuelvan abogados o jueces, tengan mucho cuidado, porque también, desde el punto de vista del abogado que quiere ganar la causa, muchas veces gana, pero muchas más veces pierde si trabajan mal. La reconstrucción de los hechos es muy importante. Una mala reconstrucción de los hechos lleva a la derrota, sobre todo si el adversario, en cambio, es un buen abogado o un buen analista de la situación de los hechos.

Arquímedes Loranca Luna:

Uno de los bellos ideales que se persiguen a través del proceso es la obtención de la verdad. Al hablar usted de este ideal, me ha causado gran curiosidad el hecho de saber, bueno, anteriormente el juez o los jueces teníamos una actitud contemplativa, dejábamos que se pelearan las partes y aquel que me aportara las mejores pruebas o que me convenciera más, a ese le daba la razón.

Actualmente, hay una corriente que nos está instruyendo, que nos está enseñando, que debemos dejar esa actitud contemplativa, para retomar el papel que realmente le corresponde a un juzgador, que

es el de coordinar todas las actividades e incluso, ordenar que se desahoguen pruebas que pudieran llevarme al conocimiento de la verdad. Todo eso viene a colación precisamente por la cuestión de obtener la verdad, aunque sea relativa. Mi pregunta es ¿cuál sería el límite que, desde su punto de vista, tiene el juez para seguir esa regla?

Profr. Taruffo:

Este es otro de los grandes problemas de los modelos fundamentales del proceso. Haría falta un curso especial para ahondar en este asunto, pero algo, desde luego incompleto, les puedo decir.

Por una parte, hay que tomar en cuenta el hecho de que, esta cuestión del papel pasivo o activo del juez, contemplativo o no ? me gusta mucho la expresión contemplativo? es una cuestión estrechamente relacionada con la ideología del proceso del que se está hablando. Históricamente se han demostrado muchas cosas. En el proceso liberal clásico, el comportamiento ideal del juez era ese, el contemplativo, con base en una concepción del proceso, sobre todo civil, muy precisa, que era sustancialmente esta: puesto que el proceso civil estaba concebido como algo privado, algo propio de las partes, se consideraba que el proceso era algo de lo que deberían encargarse únicamente las partes y que el juez, entonces, desarrollara su función sólo al finalizar el proceso, cuando tenía que formular su fallo.

Esta forma de plantear la estructura del proceso civil era la traducción inmediata, en el plano de la ideología del proceso, de la ideología liberal clásica en general. Actitud que, después, los politólogos modernos definirían como "Teoría del Estado Mínimo", o bien, del hecho de que el Estado tuviese que ocuparse de las menos cosas posibles, dejando todo lo demás al mercado, es decir, al libre conflicto de sujetos individuales, privados, que era la doctrina liberal clásica de la economía, de la política, etc. Esta doctrina se veía traducida en la disciplina del proceso civil, planteando la distribución de los poderes entre partes y jueces, de forma tal que se otorgaban todos los poderes a las partes y casi ninguno al juez en el transcurso del proceso, excepto la decisión general. Aquí no había una oposición teórica. Era la traducción puntual sobre el plano de la disciplina y del proceso de una precisa ideología social, política. La misma ideología liberal clásica era la que llevaba a las conclusiones exactamente opuestas en el marco del proceso penal, porque no todos toman en cuenta el hecho de que la ideología liberal clásica concierne únicamente a las cuestiones civiles. Los estados liberales eran autoritarios, represivos, inquisidores, por lo que se refería al proceso penal.

Así que mientras se encuentran en el derecho civil el juez contemplativo, porque el juego estaba en las manos de las partes, de sujetos privados; en lo penal encuentran al juez inquisidor, producto de todos los poderes, incluyendo a la instrucción probatoria, porque este juez inquisidor tenía que aclarar los delitos de oficio, porque esto era considerado como una gran afectación del orden social (deberíamos ir también a ver cuáles eran los delitos). De esta forma, encontramos en la misma época histórica, la misma ideología política, que produce resultados completamente distintos, en cuanto al papel del juez en lo civil y en lo penal.

Al dar el brinco histórico de un siglo y medio ¿qué sucede?, ¿qué ocurre en los ordenamientos modernos? En lo penal, se dice que el proceso penal está hecho para permitir al imputado que lo absuelvan, entonces el Estado ya no debe ser inquisidor, se habla de teoría acusatoria del proceso penal, problemas de la defensa, la presunción de la inocencia, las dificultades de rebasar la presunción de inocencia y lo demás. Así es que en los códigos de procedimientos penales modernos ¿yo tengo en la mente el italiano? el juez se ha convertido en algo contemplativo, porque son sobre todo los defensores, los que deben tener en la mano todos los poderes de control y del funcionamiento del proceso. Eso es una inversión completa. Son mejores las razones históricas que explican todo esto, pero cambió el sistema. En el proceso civil no hubo una inversión tan clara, pero sí algún desplazamiento del eje. Por esto, todos los ordenamientos, aun en aquellos como en el de Norteamérica, ya desde hace algunas décadas se habla de la función activa del juez. Los americanos llaman *manager* y en otros casos inquisidor, es la idea por la cual el juez civil, a diferencia del penal, debe ser activo, tanto al manejar el procedimiento y determinar entonces los ritmos y las audiencias, los términos y demás, al buscar la verdad ? pero este es un asunto más complejo? .

Aquí hay una diferencia entre las teorías y también las normas procesales de los sistemas modernos, porque casi todos estamos de acuerdo en decir, que un juez *manager* del proceso es algo hermoso, es un factor positivo, pero los abogados no están de acuerdo, porque estando acostumbrados a manejar ellos el proceso como querían, les molesta que haya un juzgador que interfiere y que diga, “No. Hay que apurarse y hay que hacer esto, lo otro y demás”. En este punto, en el del juez, como gestor del proceso, hay un consenso bastante general, salvo la oposición de los abogados. Más difícil es el otro aspecto. Formulé esta premisa, porque el juez está hecho de tantas piezas y el juez que busca a la verdad, fue previsto incluso en algunos

ordenamientos [(artículo 10 del código de procedimientos civiles francés) que dice: el juez en cualquier momento puede disponer de oficio la adquisición de todas las pruebas que considere útiles para aclarar la verdad (poder general de adquirir las pruebas)].

En otros ordenamientos, estamos a medio camino: le atribuyen al juez ciertos poderes de instrucción de oficio. Le permiten disponer sin la solicitud de parte de algunos medios de prueba y no de otros. Después, hay ordenamientos especialmente “esquizofrénicos” ? como el mío? en el que en el proceso ordinario, el juez tiene algunos poderes limitados de iniciativa, mientras que en el proceso laboral, los tiene todos. Aquí también hay explicaciones de diferente índole. Claro está que en los ordenamientos como el francés u otros, que atribuyen al juez un *poder instructorio* de oficio, son ordenamientos que, evidentemente, acogieron la idea de que el juez civil tiene que aclarar la verdad. Entonces, si las partes le proporcionan todas las pruebas necesarias para hacerlo, no necesitará ser activo porque tendrá todo el material para decidir, si las partes no le proporcionaron todo el material probatorio, él lo buscará de oficio en los límites de lo posible. Pero otros ordenamientos no van en este sentido.

Hay otros puntos que quisiera tocar para completar el discurso. El primero: no basta que la ley le atribuya al juez poderes más o menos amplios, o aun generales donde use su iniciativa, si después el juez no los usa. Si el juez no ejerce sus facultades, no pasa nada, porque el poder es la típica posición subjetiva discrecional. Únicamente en los ordenamientos de tipo socialista ? recuerdo un artículo del código soviético de 1962? este problema se planteaba en términos de deberes del juez de aclarar la verdad, con la consecuencia de que si resultaba que el juez no había adquirido de su iniciativa un medio de prueba, la sentencia era nula, porque el juez había violado una norma vinculante. Sin embargo, cuando hablamos de poder, un efecto de esta índole no puede existir, la sentencia es válida si el juez aun pudiéndolo hacer, no dispuso la adquisición de pruebas.

En la actualidad existe la experiencia bastante difundida en distintos ordenamientos, desde el americano, en donde las reglas generales sobre las pruebas prevén poderes de oficio del juez bastante amplios, como el de llamar de oficio a testigos que no se presentaron por las partes. Los jueces americanos, por ejemplo, no los utilizan y esto ocurre también en Italia. Lo mismo dicen que ocurre en Francia. Entonces hay esta separación entre lo que resulta de las normas y lo que ocurre en la práctica.

¿Por qué los jueces no utilizan estos poderes? Es otro asunto que requeriría de una explicación muy larga. Así, nos encontramos frente a problemas de este tipo. No es suficiente entonces que el legislador comparta la idea por la cual el juez civil tenga que perseguir la verdad. El juez tiene que pensar así, debe tener esta opinión más que el legislador, porque si el legislador está convencido de ello, el juez buscará en los ordenamientos, los instrumentos que la ley le permite utilizar para llegar a ese resultado, pero si el primero en no estar interesado en la búsqueda de la verdad es el juez, es inútil otorgarle todos los poderes, ya que no pasa nada.

Tenemos un juez de tipo “esquizofrénico” que podría ser activo y, en cambio, prefiere ser contemplativo. Es el juez “renunciatorio”, es el juez que no tiene ganas de trabajar, para decir las cosas claramente. Entonces dice: “¿porqué tengo que preocuparme yo?, esto le toca a los abogados de las partes, ese es asunto de ellos, ¡a mí qué me importa!; las pruebas que me traen las conservo, las valoro y sacaré las consecuencias, ¿por qué debería yo cansarme estudiando la causa desde su principio, para saber cuáles son las pruebas que yo podría buscar?

La mayor parte de los jueces conocen verdaderamente los términos de la controversia, en las que tienen que pronunciar la sentencia primero, antes no les importa nada, no les importa estudiar expedientes. Para ejercer cualquier poder, hay que conocer la causa, haber analizado los hechos, las pruebas, ver adónde hay lagunas y, después, ir a ver en la ley si podemos resolver con los instrumentos que tenemos para probar.

Javier Ortiz:

Profr. Taruffo, quisiera preguntarle, aparte de sus obras, qué autores o qué procesalistas contemporáneos podría recomendar a quien quiera ser un buen juez, ¿qué deberíamos conocer obligatoriamente, como referencia obligada?

Profr. Taruffo:

La lista podría ser larga. Yo empezaría con un libro que considero uno de los grandes libros de la segunda mitad del siglo XX, que es básico, es un libro que no se ocupa directamente de estas cosas, pero es un libro de formación básica. El autor es Mirjan R. Damaska, es un nombre croata. Damaska desde hace veinte años es profesor de derecho comparado en la universidad de Yale y es originalmente un procesalista penal. Este libro

está en inglés el título es “*The faces of justice and the state authority*”.\* Yo pedí que lo tradujeran al italiano, con una introducción mía. Es un libro que explica mucho de los presupuestos de los que yo parto cuando hago los discursos: los modelos jurídicos, las funciones del juez, los modelos de proceso civil y penal, etc. Es un libro de corte sociológico más que jurídico, pero, en mi opinión, es fundamental. Un jurista actual debería, no digo, sabérselo de memoria pero al menos conocerlo. Ya que estamos en materia de pruebas, el mismo autor publicó hace tres años un pequeño libro, de 150 páginas exactamente, titulado “*Evidences law adrift*”. Es muy importante, porque muchas de las cosas que vimos hoy en la mañana, sobre todo en las últimas preguntas (el papel del juez, etc.) se abordan, a la manera de un gran maestro. Este pequeño libro ¿ es verdaderamente una joya? . No sé si leyendo esos libros van a aprender a ser jueces, pero sí van a aprender muchas otras cosas, que les van a ser útiles de todos modos.

Un libro que habla sólo en forma lateral de estos problemas, pero que puede ser importante, es “Derecho y Razón” de Luigi Ferrajoli. En el primer capítulo habla de la verdad, en el ámbito penal. Está muy bien hecho el libro. Hay muchos otros, pero yo insistiría en los de Damaska, que son básicos. De ahí se puede sacar toda la información o las conclusiones que quieran, pero es como una premisa sistemática, conceptual, indispensable, como un punto de partida.

Magdo. Mauro Miguel Reyes Zapata:

Nos explicaba profesor, que hay dos visiones sobre la prueba, primero ofrecerla como medio de conocimiento para comprobar una hipótesis y otra visión como instrumento de persuasión. Se dijo que el juez es quien utiliza la prueba como medio de verificar una hipótesis y en cambio el litigante generalmente utiliza la prueba como medio de persuasión. La pregunta en concreto es, ¿el juez también puede utilizar estos dos medios? o ¿sólo dependería de momentos?, mientras llega a la decisión, mientras realiza un trabajo para arribar a una decisión utiliza la prueba como medio de conocimiento; pero una vez que ha llegado a la decisión y que trata de transmitir esa decisión, sobre todo en los tribunales de más alto nivel que necesitan siempre legitimar la decisión, ¿puede ser también utilizada la prueba como medio discursivo, como medio de persuasión? ¿sería parte de la motivación de la sentencia?

\* Hay traducción al español de Andrea Morales Vidal. Las caras de la justicia y el poder del estado. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2000.

Profr. Taruffo:

Sí, porque la motivación se refiere también al juicio *de factoy* y si no lo pensamos como un silogismo riguroso, como los que vimos el otro día, sigue siendo de todos modos un tipo de cuestión que, aunque tenga una estructura justificativa fuerte, es un discurso no formalizado, es una cuestión mixta, es un discurso mixto, en el que el juez va a ocupar o va emplear también instrumentos de persuasión, porque necesita justificar su propia decisión, también en el sentido, como decía usted, de hacerla creíble, de hacerla compartida, que la puedan compartir los destinatarios y, para este fin, puede servir “o más bien sirve y se usa” la argumentación retórica. No sólo el análisis riguroso; también porque se refiere al razonamiento de decisión, a la formación de la convicción del juez. Una vez que la convicción del juez se ha formado, el juez no repite en su motivación todas estas complicaciones que vimos hoy y, puede también, “no sólo” pero también, emplear argumentaciones retóricas; tiene que haber una justificación racional, pero nada le impide y puede incluso hacer uso de argumentos también de tipo retórico.

Yo iría todavía mas allá, ya que el juez puede tomar en cuenta aspectos retóricos en las pruebas, también en el transcurso del proceso y le sirven para inventar otras hipótesis de trabajo, lo que los lógicos llaman el razonamiento abductivo, que consiste en la formulación de hipótesis que luego se tienen que verificar. Esto nos sirve en el ámbito de la motivación, como un razonamiento justificativo. Pero cuando se trata de que pongamos a trabajar a la fantasía para inventar hipótesis que después habrá que verificar con pruebas, tratamos de acercarnos lo más posible a lo que se cree es la realidad. Yo diría que cualquiera de los medios es válido, incluso los magos miran la bola de cristal, hasta el efecto entonces retórico y persuasivo de un testimonio o de un testigo o de la manera en que un abogado interrogó al testigo, está bien, se puede usar todo. Lo que interesa es que, una vez comprobada la hipótesis, la verificación sea adecuada. En el transcurso del proceso estas implicaciones retóricas de las pruebas no sólo existen, sino que pueden ser utilizadas por el juez. Lo importante es que se utilicen como premisas de investigación y no como cierre del problema.

Dra. Bonifaz:

Muy bien, les agradecemos a todos de nuevo su presencia y nos vemos mañana.

---

## CUARTA LECCIÓN

### “LA PRUEBA”

---

21 DE MARZO, 2002

Dra. Bonifaz:

Continuamos con la cuarta lección mexicana, como la está llamando el profesor, continuamos sobre los mismos argumentos de ayer.

Profr. Taruffo:

Si retomamos desde donde ayer nos habíamos quedado, vamos a abordar dos tipos de problemas esta mañana: uno, que se refiere a algunos aspectos de la valoración de las pruebas y, el otro, que se relaciona con un aspecto que se está convirtiendo en algo muy importante en estos últimos tiempos, que es: la utilización de los conocimientos científicos como instrumentos de prueba de los hechos. Nos referimos a las llamadas pruebas científicas.

En el primer punto, ante todo, hay que hacer alguna reflexión sobre el principio general, que guía la valoración de las pruebas en todos los ordenamientos modernos y que es el principio de la libre convicción.

Una de las características principales del derecho moderno de las pruebas estriba, en haber eliminado ampliamente las pruebas legales. Esa es su diferencia respecto de los siglos del derecho común.

La regla de la prueba se sustituyó con el principio de la libre convicción del juez. Ciertamente que siguen habiendo hipótesis de prue-

bas legales en algunos ordenamientos; pero se trata de excepciones con respecto a la regla general, por lo que los jueces valoran las pruebas según su convicción íntima, según la libre valoración. Una vez que se eliminan las reglas de prueba legal, se atribuye al juez el poder discrecional de valorar los resultados de las pruebas y, con base en eso, aclarar la verdad de los hechos. El problema no únicamente se cierra, al contrario, se abre, porque es mucho más fácil plantear la valoración de una prueba con base en la aplicación de una norma legal.

Si vemos qué quiere decir la libre convicción o discrecional valoración de las pruebas en la mayor parte de la literatura acerca de esto, se descubre que tiene más un significado negativo que positivo.

El significado negativo es que no existen reglas para la prueba legal; sin embargo, si tratamos de entender qué es la libre convicción encontramos que se puede saber no únicamente excluyendo las pruebas legales. Aquí surgen problemas muy severos. Por ejemplo, la fórmula que procede del derecho penal francés de la íntima convicción, que siempre ha sido interpretada de forma tal, que deja espacio a la convicción puramente íntima del juez, lo que acaba por hacer muy difícil cualquier racionalización de la valoración de las pruebas.

En los diferentes idiomas, las expresiones que se utilizan para indicar este poder del juez son bastantes y variadas, por ejemplo, cuando los alemanes hablan de *Freibeheiss*, libertad en la valoración de las pruebas, utilizan una expresión que no tiene el significado o el tamiz que tiene en francés. La libertad es menos subjetiva, menos personal, hay discrecionalidad, pero no únicamente subjetiva.

Si se establece una contraposición radical de las posiciones teóricas “que pueden ser muy complejas”, se puede decir que, por una parte, hay una concepción substancialmente irracional de la valoración libre de las pruebas, mientras que por la otra, hay una orientación racional relativa. Yo personalmente me ubico al centro de esta segunda orientación.

Me doy cuenta que la vida sería mucho más simple si adoptáramos la primera orientación, porque una vez que uno dice que el juez valora las pruebas según su íntima, inescrutable y subjetiva reacción psicológica, terminaríamos ahí, porque sobre las reacciones psicológicas íntimas e inescrutables no hay nada que discutir, aunque haya mucha gente que cree que las cosas pueden ser así.

Si se analiza la literatura del siglo XX acerca de estos problemas se encontrarán muchos ejemplos de esta índole. Hace años que me impresioné por Shiorle, sociólogo alemán, que decía que la valoración de la prueba es un acto de fantasía creativa. No hay nada que decir. Si uno cree que las cosas están así, mejor que se dedique a otro trabajo. Entenderán que yo soy un racionalista analítico y, como tal, hago a un lado las posturas irracionales de los seguidores de la libre convicción, aunque sé que existen y que, entonces, debo tomarlas en cuenta; pero me desplazo hacia la otra orientación que muchos comparten, según la cual, la valoración de las pruebas es discrecional, pero debe respetar esquemas racionales.

Entonces, el problema es elaborar los esquemas racionales que el juez debería seguir en la valoración de las pruebas, y aquí debemos simplificar muchísimo, porque al respecto hay una literatura inmensa, sobre todo en la lengua inglesa, pero también teorías europeas, sobre todo en Alemania, Suecia, etc.

¿Porqué existe este problema?, porque en el momento en que nos preguntamos qué hacer para construir esquemas racionales para la valoración de las pruebas, cada quién adopta lo que considera que es el modelo de racionalidad y, de esta manera, en la literatura también de estos últimos treinta o cuarenta años, sin irnos muy lejos, surgieron varias propuestas, algunas de las cuales tuvieron mucho éxito y siguen teniéndolo, aun cuando yo, personalmente, tenga muchas dudas acerca de su validez.

Me refiero en especial a algunos estudios que tienden a reconstruir la estructura racional de la valoración de la prueba por parte del juez, utilizando los esquemas formales del cálculo de probabilidades, porque se dice: el cálculo de la probabilidad matemática es una de las maneras más avanzadas de la racionalización tendiente a cumplir o a hacer elecciones. Hay muchos libros llenos de fórmulas matemáticas, que los que siguen esta dirección aplican al cálculo de las probabilidades posteriores. Un matemático del siglo XVIII, inventó el teorema básico del cálculo de las probabilidades. Aplicando este método se reconstruyen los esquemas de valoración racional de las pruebas.

Existe un libro muy reciente en el que un teórico analizó, con base en el cálculo de las probabilidades, las pruebas en el proceso famoso de Sacco y Banzetti de los años veinte. Hay una infinidad de estudios en este sentido. Hay muchos especialistas de cálculo estadístico o de cálculo matemático, de la probabilidad, que están convencidos que esa sea la fórmula ideal de racionalización.

Según esta tesis, el juez, en el momento en que debe efectuar los razonamientos que necesita para pasar de los elementos de conocimiento que tiene (que son los resultados de las declaraciones de los testigos, los indicios, etc.) al hecho que se trata reconstruir, deberá utilizar el cálculo de las probabilidades estadísticas. Esto, sin embargo, es únicamente uno de los instrumentos que se pueden emplear. Personalmente, estoy convencido que el cálculo de la probabilidad de frecuencia, el teorema de “Bayes”, específicamente, es inaplicable en la casi totalidad de los casos concretos. Su aplicación implica una serie de condiciones que no existen en el noventa y nueve por ciento los casos concretos y, también, en ese uno por ciento de los casos se trata de cálculos tan complejos, que requieren de un matemático experto para que los realice; pero aun siendo válidos, no serían incluso prácticamente utilizables. Funcionan bastante bien sólo en algunos casos, especialmente sencillos, pero cuando se complica la situación probatoria, son decenas y decenas de páginas de cálculos que creo muy pocas personas en el mundo podrían hacer.

Aun siendo conceptualmente válido, este sería un instrumento no empleable para casos concretos y, además, no es conceptualmente válido en la mayoría de los casos. La tendencia de que la forma ideal de realización de un proceso lógico de selección sea el cálculo de la probabilidad matemática, es una actitud muy difundida tanto en la literatura americana, donde estas cosas ya se han desarrollado más y también en la literatura alemana.

A los que están convencidos de esto, yo le aconsejaría la lectura de un libro famoso de hace una década *Nisdeterros*, que es un libro que explica en cien páginas, cuántos son los errores de razonamiento que nosotros cometemos en las variadas situaciones a las que nos enfrentamos y muchos de ellos son puestos en evidencia por este autor. Tengo el libro traducido al italiano que es “la inferencia humana”. Muchos de esos errores se refieren a la actitud de pensar, que se razonaría correctamente si se usaran los esquemas de la frecuencia estadística. Hay docenas de errores en los resultados de los que piensan que están razonando según la probabilidad estadística.

Sin embargo, una vez que se dice que el cálculo de las frecuencias estadísticas no nos sirve, estamos otra vez al principio del problema: ¿qué hace el juez para sacar los razonamientos que necesita para valorar las pruebas? Voy a sintetizar.

El punto central es que el juez razona a través de inferencias, o sea, pasos lógicos de una premisa a una conclusión. Las premisas y las conclusiones son enunciaciones de hechos. Ayer hablábamos de los enunciados de los hechos constitutivos, ahora hay que añadir otro punto que es, que a menudo en el proceso existen otros hechos que se toman en consideración, no porque pertenezcan a una especie legal, sino porque sirven como premisas para formular inferencias relativas a hechos principales. El indicio, la presunción, la fuente de presunción simple, que no es el hecho que fundamenta el derecho que se hace valer, no es un hecho principal, es una circunstancia de hecho, es decir, un enunciado relativo a cierta circunstancia de hecho, que entra en juego, no porque es calificado por una norma, sino porque puede servir como premisa de la cual se puede sacar una conclusión relativa a un hecho principal.

Entonces, como el hecho principal se define en función de su relevancia jurídica determinada, por la relación de este hecho con una norma. El hecho secundario se define como relevante, en función de la relevancia lógica del hecho mismo, es decir, de la posibilidad que este hecho funcione como premisa, como considerando de un razonamiento.

Este es el esquema conceptual del indicio. El indicio es tal, contextualmente, si funda el razonamiento y, si no lo funda, ni siquiera es un indicio; entonces, no juega ningún papel en el proceso. Es un razonamiento un poco circular, pero el indicio puede ser definido, únicamente, cuando es capaz o está en grado de fundar una inferencia.

Según yo, este asunto del paso de inferencias entre un enunciado de hecho y otro enunciado *de facto* es en la mayor parte de los casos secundario. Esto en mi opinión, es el instrumento conceptual fundamental que hay que usar, para analizar el esquema racional de la valoración de las pruebas, porque este es el esquema que se repite, quizá muchas veces, como mecanismo básico del razonamiento del juez acerca de las pruebas.

Simplificando mucho las cosas se puede decir, que todo razonamiento del juez en la valoración de las pruebas utiliza este esquema como un par de lentes para leer e interpretar lo que ocurre. Entonces, lo fundamental es comprender cómo funciona este mecanismo y cómo está hecho. La función de la inferencia consiste, en atribuir un grado de confirmación lógica a la hipótesis que se trata de confirmar o establecer su falsedad. Esta es la finalidad.

La inferencia sirve para sacar conclusiones, y las conclusiones conciernen al hecho que queremos probar.

La función de la inferencia consiste en proporcionar elementos con base en los cuales el juez finalmente va a decidir, si esa hipótesis es cierta o falsa.

Sin embargo, el problema más importante es el que se refiere a las estructuras y al fundamento de las inferencias. Nuevamente la inferencia es el paso lógico entre dos enunciados *de facto*, ¿cómo se hace? ¿Cómo se le hace para decir que este paso está fundamentado, que es válido y hay que tomarlo en cuenta? Aquí surgen los verdaderos problemas.

Tradicionalmente y, sobre todo, a partir de 1893, fecha de la publicación de un famoso libro de Friederich Stein, el conocimiento privado del juez se ha vuelto popular, no en todas partes, pero hay muchos ordenamientos, en Italia, por ejemplo, en Alemania, etc., donde la noción “máxima de experiencia”, equivale *grosso modo* a lo que los españoles definen como reglas de la sana crítica. Stein conceptualiza esto diciendo, que la “máxima de experiencia” es una afirmación de índole general, relativa a conexiones entre hechos, regla general derivada de la experiencia, es decir, inductivamente construida con base en la experiencia de cada caso concreto.

Esto es una conceptualización interesante aun cuando, en mi opinión, equivocada, porque en todo el universo de los conocimientos no jurídicos, que también utiliza el juez como cualquier otra persona, muy pocas veces se encuentran conocimientos fácticos de carácter general y sucede únicamente en casos muy poco frecuentes, en los cuales el sentido común acogió leyes de índole científica.

Es un hecho que las máximas de experiencia generales, en la estructura lógica, son muy pocas y, entonces, si se comprendiera de manera rigurosa la definición de Stein, esto significaría que no serviría casi para nada, porque dejaría fuera la mayoría de las cosas, que el juez verdaderamente utiliza para valorar.

Por otra parte, la reconstrucción de Stein, insisto porque es la mas divulgada, no es neutral con su “máxima de experiencia”. Stein fue coautor de las concepciones silogísticas de las que hablamos ayer y quiere demostrar que también la decisión sobre los hechos

tiene estructura silogística; pero para hacerlo, necesita la premisa general del silogismo, sin la cual no funcionaría el juicio de derecho. En todas las sentencias, la premisa general está dada por la norma de derecho que es, por definición, general. En el ámbito del juicio de hecho, la premisa general no la encontramos lista y, entonces, Stein la inventa y dice: “es la máxima de la experiencia” y es el concepto que necesita para demostrar, que también la decisión fáctica debería tener estructuras silogísticas.

No sé si en la cultura media alemana de fines del siglo XIX, los alemanes razonaban construyendo reglas generales con base en su experiencia; pero yo creo que no; pienso que no, porque ninguno razona así, excepto en casos muy raros.

Se vuelve totalmente peligroso, porque de acuerdo con el sentido común, básicamente (podemos llamarlo de varias maneras, “cultura media” o “experiencia difundida”) es ese conjunto absolutamente indeterminado e inconsciente de nociones que nosotros utilizamos. El juez no es diferente de cualquier otro hombre común en cierto lugar y en cierto momento, pero aquí estamos en un maremágnum, porque el sentido común está absolutamente indeterminado.

Nadie podría hacer un listado de lo que es actualmente el sentido común en la Ciudad de México, mucho menos de lo que comprende el sentido común del mundo entero. Pero sin intentar operaciones imposibles de esta índole, la experiencia común nos dice, que en el sentido común también existen muchas tonterías. Los dichos, los refranes de la abuela, forman parte del sentido común. Creo que hay mucha gente todavía con la idea de que es el sol el que le da vuelta a la tierra, porque por siglos esto formó parte del sentido común. Quién sabe de cuantas otras cosas estamos convencidos, que en un futuro se revelarán como tonterías, que algún científico se encargará de aclarar. Son errores, no únicamente prejuicios.

Alguna vez leí en algunas sentencias, que las mujeres son testigos especialmente no creíbles, porque el sentido común dice que las mujeres son seres absolutamente irracionales y, por tanto, no hay que tomarlas en serio cuando rinden un testimonio. Además, esa es una regla de experiencia que se remonta a hace muchos siglos, cuando en muchos lugares hacían falta cuatro testimonios de mujeres para equilibrar un testimonio de un hombre (es un ejemplo que utilizo siempre cuando veo que en el público hay muchas mujeres).

En el sentido común hay de todo, nos da nociones que se derivan de la ciencia, pero también hay gente que cree que el destino de las personas depende del horóscopo o del desplazamiento de los astros. En el sentido común también encontramos esto. Podemos abrir un periódico y vamos a ver esto de la astrología. Hay gente que está convencida que entre astronomía y astrología no hay ninguna diferencia. Es más, que la astronomía es la que sirve para hacer los horóscopos, para hacer las predicciones del futuro. Todo está en el sentido común de hoy.

Pues bien, ¿qué sentido tiene todo esto? ¿qué sentido tiene decir que cosas de este tipo son reglas generales que se derivan de la experiencia? Nunca nadie ha verificado en qué experiencia se basaron estas reglas. Entonces, la idea de cristalizar el razonamiento del juez en un esquema deductivo fundamentado en premisas mayores como éstas, es una manipulación colosal del problema, porque por este camino no se llega a ningún lado.

¿Qué es lo que podemos hacer frente a una situación de ese tipo? Para empezar, hay que emplear lo que tenemos a la mano y veremos que es una especie de gran almacén, donde hay de todo: reglas generales verdaderas, reglas generales equivocadas, prejuicios y criterios de comportamiento, etc. Además, el sentido común o la experiencia, si ustedes lo prefieren, es más incoherente aún en las cosas inciertas y variables. En el sentido común van a encontrar todo lo que les puede servir; sobre todo, van a encontrar: algo y su opuesto.

Entonces, lo que se debe hacer es analizar lo que hay, es decir, analizar esta especie de reserva de pseudoconocimientos (no diría yo conocimientos, porque si no, ya habría sido probado todo, por eso digamos mejor, de aparentes conocimientos) para seleccionar dentro de este gran maremágnum donde encontramos todo lo que tiene un mínimo de fundamento, descartando lo que es puro y simple prejuicio, lo que es error, lo que es convicción superada por la historia, etc., lo cual quiere decir que, de por sí, el concepto de “máxima de experiencia” no es un concepto vano, pero esa definición no funciona en la gran mayoría de los casos.

Aunque casi un siglo después de Stein se haya tratado de dar un contenido a la definición de máxima de experiencia, al hacer un balance podemos ver que ese concepto fracasó. La maniobra de Stein fracasó. Sin embargo, el juez no puede evitar el uso en la

valoración de las pruebas de los conocimientos de los cuales dispone como hombre promedio, corriendo los riesgos que esto implica. Esto quiere decir que el juez tiene que hacer un análisis crítico, particularmente profundo, de aquellas nociones que a él le parecen particularmente obvias, porque es lo que se considera obvio y que se da por hecho, lo que produce errores. Estos errores no se perciben, precisamente, porque uno piensa que es obvio que sea así. Es obvio (se decía antiguamente) que las mujeres son seres irracionales y que, por tanto, son pésimos testigos.

Entonces el primer paso que tiene que hacer el juez, es ponerse a sí mismo en discusión ¿qué es lo que yo sé de la vida? ¿qué es lo que yo sé del mundo? ¿de la experiencia? ¿de las cosas? Lo que pienso que sé ¿es un conocimiento creíble, justificable en cierto modo o es una tontería que mi abuela me metió en la cabeza cuando estaba chiquito y de la que todavía no me he liberado? Estoy bromeando, pero aquí, mucho cuidado, porque es el momento determinante en la valoración de las pruebas: escoger el estándar adecuado o el estándar equivocado es el origen del error. El estándar equivocado, vamos a ver cómo se emplea, pero aquí estamos hablando de algo más sencillo y es la elección del criterio de valoración, porque esto no lo proporciona la ley, no lo proporciona nadie, sólo la cultura personal del juez y entonces, bajo este aspecto, por un lado, el instrumento número uno es la autocritica del juez con respecto a sus propios conocimientos no jurídicos y, por el otro lado, aquí aparece una de las funciones fundamentales de la dialéctica procesal, que debería consistir en ponerse en contra de los criterios de valoración que el juez va a usar, es decir, negar el fundamento de la máxima de experiencia que está usando el juez, decirle: “no, estás equivocado, porque piensas que esa regla es verdadera y es confirmada por no sé quién; pero, en realidad, está equivocada”.

Cuestionar la cultura del juez es algo que puede no ser fácil, porque para hacerlo se requiere que el abogado tenga una cultura mayor que la del juez, de otra manera, nunca estaría en condiciones de cuestionar si el mecanismo funciona.

Hay un libro hermoso hecho por algunos psicólogos holandeses, un buen libro sobre este tema que dice que se puede establecer un mecanismo de oposición entre el abogado y el juez, pero como no hay nadie que al final pueda decir en realidad, qué es lo verdadero y qué es lo falso en el ámbito del sentido común, entonces, el abogado cuestiona las reglas que el juez pretende usar o usó y el juez tiene el

deber de profundizar el examen, de buscar la regla adecuada, la más específica, más precisa, más fundamentada y es lo que los psicólogos llaman anclaje, es decir, anclar la valoración en un terreno sólido; pero el terreno sólido lo podemos encontrar no por intuición o por milagro, sino en el ámbito de la discusión.

La solidez del terreno a la que llega el juez es una solidez relativa, porque también ese nivel puede ponerse en discusión; pero, sustancialmente, este trabajo de excavación para meter el ancla más abajo, lo más abajo posible, hasta que realmente quede fijada, es un trabajo que hay que hacer. Si el ancla se queda fija, podemos utilizarla cuando el juez en cuestión llega a identificar un estándar de valoración sobre el cual haya un consenso general. Nadie baja del cielo a decirnos “esta es la regla adecuada”. La regla adecuada es aquella que es generalmente aceptada y que se considera aceptable en el contexto cultural de ese momento. No tenemos ninguna otra certeza en contextos relativizados de este tipo. No estamos discutiendo la existencia de Dios. Estamos discutiendo la manera en la que la regla se puede identificar, en el ámbito de un sentido común que tiene las características que ya describí, algo relativamente más obvio, donde la solidez está en la aceptación intersubjetiva de esa regla de juicio. No hay ninguna otra solidez en el ámbito de los fenómenos culturales que no sea ésta.

Les voy a robar unos minutos más, para hablar del otro punto que es una consecuencia de esto. Vamos a hablar de fenómenos que se están verificando y se han verificado en las últimas décadas. Todo este discurso que les acabo de hacer, el análisis crítico del concepto “máxima de experiencia”, de todas las características negativas del sentido común y esta sugerencia difícil de buscar en profundidad hasta encontrar una regla de juicio lo suficientemente consolidada, pues no es satisfactorio, nos deja insatisfechos, son cosas difíciles, críticas, peligrosas. Se queda uno con una amargura en la boca después que se analizan todos estos pasajes, entonces uno dice ¿a dónde vamos a ir a parar con todo esto?

Lo que queda aquí insatisfecho por este análisis crítico es la necesidad de certidumbre. La duda, la incertidumbre, la variabilidad, el riesgo de la decisión, son cosas difíciles de tolerar, requieren un carácter fuerte. Por lo general, la gente necesita certeza, en el plano político, en el plano filosófico, en el plano metafísico, en fin. Esta necesidad de certeza en el ámbito de los problemas de los que estamos hablando, es decir, de la valoración de las pruebas en vista de la

decisión en un proceso, se ha ido manifestando cada vez más y cada vez en forma más intensa en la siguiente dirección, es decir, como tentativa de recuperar lo más posible la ciencia dentro del razonamiento judicial. Frente a un razonamiento judicial que en la gran mayoría de los casos presenta todas las características de peligro, de incertidumbre, de debilidad lógica y epistémica que ya señalé, la respuesta que muchos dan es que, donde tenemos la certeza, aparte de la teología y la metafísica, es en la ciencia.

Acaba de terminar el siglo de los grandes descubrimientos científicos y entonces surge en la cultura común, una cierta idea de la ciencia como un refugio, como lugar de certezas. Las certezas que no se encuentran en otra parte nos la proporciona la ciencia. Por otro lado, esta orientación general encuentra muchas confirmaciones en la experiencia concreta. La ciencia proporciona siempre respuestas cada vez más numerosas a problemas de verificación de los hechos, que anteriormente se resolvían sobre la base del sentido común, porque no había otra cosa a donde recurrir. Es más, se podría decir que el progreso de la ciencia le roba terreno al sentido común, porque se extiende a las áreas en las que la ciencia da respuesta y, entonces, aumentan los casos en los que no es necesario remontarse al sentido común, porque existen instrumentos de conocimiento que nos dan una mayor garantía de certidumbre. Antes, la paternidad de un niño se establecía mirando al padre y al hijo, a la mamá, a la abuela y al tío, porque no había otras maneras para establecer quién era hijo de quien.

Recuerdo una sentencia romana en Egipto, en el siglo segundo después de Cristo, en el que el juez dijo, ¡pues claro! éste es hijo de aquél, se parecen, son idénticos, y este era el sentido común. Después se pasó al análisis de la sangre, y ahí las cosas ya mejoraron, porque por lo menos se sabía cuándo el resultado del análisis hematológico era seguro y cuándo no. Servía para excluir, no para confirmar, de manera que el resultado negativo se daba como verdadero y el positivo no. Ahora ya nadie emplea métodos de este tipo, porque la ciencia siguió avanzando y ahora se hacen las pruebas genéticas, la prueba del ADN, que normalmente se formula con un número, que es un número de probabilidad y frecuencia, pero que es muy alto, por lo general, superior al 95%, lo cual permite decir que la prueba del ADN proporciona una certeza no absoluta, pero práctica de la identificación de ese individuo y ustedes saben que se utiliza en lo civil para la paternidad y en lo penal para identificar al asesino o decir quien estuvo en determinado lugar, etc. Este es un ejemplo que para mí es

muy claro. Todas las cuestiones de los hechos que dependen de la identificación, de la identidad de una persona, ahora se resuelven si se tienen los materiales a disposición con una respuesta sustancialmente cierta y lo mismo puede suceder en muchos otros casos donde la respuesta proviene de análisis médicos, químicos, espectrográficos, de sonido, y todo este tipo de pruebas. Son decenas de avances científicos y técnicos que se utilizan para las pruebas. Tan es así que los americanos inventaron un tipo particular de ciencia, que llaman: la ciencia forense, que reúne las más diversas técnicas científicas que sirven para las pruebas, pero aquí también surgen problemas que les voy a señalar rápidamente.

Normalmente, cuando nosotros pensamos en la ciencia y en la certeza científica, tenemos en mente una imagen un poco simplista de la ciencia, las ciencias duras: química, física, biología, es decir, las ciencias experimentales que se denominan duras o ciencias deshumanas, como las llaman otros, para distinguirlas de las ciencias humanas; pero la ciencia de hoy incluye otras disciplinas como la economía, como la sociología, como el estudio epidemiológico de las enfermedades, la psicología, y quizá aún no, el psicoanálisis.

Para empezar, hay que definir entonces de qué ciencia hablamos. Aquí habría que discutir mucho, por ejemplo de la psicología que se está convirtiendo en ciencia frecuente: averiguaciones psicológicas en menores o en otros individuos, los peritajes psicológicos, etc., pues no todas estas ciencias parecen ser capaces de proporcionar el mismo grado de certidumbre que proporcionan las ciencias duras: la ingeniería, la química. Estamos acostumbrados a decir que la economía es una ciencia, por ejemplo. Entonces aquí tenemos un problema de cultura general, cuando decimos, la ciencia sirve para proporcionar certeza al juez, bueno ¿cuál de las ciencias? ¿Qué tipo de certeza proporciona una ciencia de este tipo? porque, para mencionarles un caso famoso que de todos modos me va a servir más adelante, los análisis epidemiológicos se construyen como datos científicamente verificados.

Los análisis epidemiológicos que se utilizan en algunos grandes casos en Estados Unidos cuando se trata de establecer los efectos dañinos de determinadas sustancias médicas, por ejemplo, en la salud de los recién nacidos, etc., se trata de cosas muy importantes, porque en este tipo de procesos están en juego millones de dólares, y también porque son sustancias que van a afectar fetos de miles de personas, porque son casos de muy difícil resolución. De este tipo fue un caso

que llevó a la Corte Suprema de Estados Unidos a dictar una sentencia muy importante, donde se trató de definir cuáles son las características que debe tener un conocimiento científico para considerarse válido.

En este caso, todas eran pruebas epidemiológicas, porque no se había establecido la causa directa entre el uso directo de un fármaco y sus efectos negativos, de manera que las pruebas eran paquetes de análisis epidemiológicos, que eran muy claros a los ojos de los que las presentan, pero muy inciertas a los ojos de un juez. Yo las leí personalmente.

No se sabía si esos conocimientos, empíricamente verificados pero no directamente referidos al caso, eran suficientes o no para fundamentar un caso de frecuencia estadística según las reglas de la probabilidad. En ese caso muy importante la ciencia no ayudó y en la sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos trató de establecer los criterios para distinguir entre lo que los americanos llaman ciencia barata, ciencia basura, de la “que hay muchísima en el mundo”, y la ciencia de verdad. No todo lo que se presenta como científico es verdaderamente científico. Hay charlatanes, hay malos científicos. El problema no se resuelve diciendo, vamos a usar la ciencia y punto.

Los ejemplos nos muestran que usamos a la ciencia, pero eso vuelve a ser el inicio del problema y no su conclusión, porque el problema va a ser separar la mala ciencia de la buena ciencia. Entonces, esa sentencia que les estoy mencionando, que fue muy discutida y que estableció precedentes y que fue cuestionada ¿Qué es lo que dice? Habla de cuatro condiciones para la validez de la ciencia. La condición número 1) que haya un consenso general por parte de la comunidad científica, interesada con respecto a ese conocimiento. Si hay dudas, pues no se va a usar; 2) que ese conocimiento de alguna manera sea empíricamente verificable; 3) que se conozca el margen de error, que caracteriza al conocimiento individual. Todos los conocimientos científicos verdaderos tienen márgenes de error ya identificados; pues tiene que conocerse ese margen de error; 4) que los conocimientos científicos en cuestión se hayan sujetado a la revisión por parte de un comité o consejo, o que se hayan publicado en revistas que utilizan el sistema del control preventivo por parte de otros científicos especializados en esa rama, que certifiquen que está bien.

Estas son las cuatro condiciones a las que se va agregar una quinta y es que se necesita que el conocimiento científico que se está discutiendo tenga lo que ellos determinan, “si”, es decir una relación

directa con el caso que estamos por decidir, cosa que no existía, por ejemplo, en el caso de las investigaciones epidemiológicas que les mencioné antes.

¿Tiene sentido este desplazamiento de certeza del sentido común hacia la ciencia?, pues, sí lo tiene, pero hay que estar conscientes del hecho de que como dije, esto es el principio de un nuevo problema, no es la conclusión del problema que teníamos antes. Simplemente estamos desplazando el problema a un contexto distinto, enfrentando todas los problemas que surgen dentro de ese nuevo contexto y aquí también no es posible evitar preguntar ¿qué es lo que va hacer el juez frente a todo esto?, pues el juez no se puede echar para atrás, porque según la tradición el *peritus peritorum* es él. Es quien dice la última palabra sobre lo que los expertos le proporcionaron a través del instrumento técnico obvio de peritaje o de la consultoría técnica. Él es el que tiene que juzgar, aun siendo inexperto en cualquier ramo de la ciencia, porque es un jurista, incluso entonces tiene cultura escasa en cuanto a la cultura general. Él es el que tiene que juzgar la credibilidad de los conocimientos científicos que los expertos le están proporcionando. Este es el verdadero problema.

Por otro lado, soy muy desconfiado por lo que se refiere a los jueces que hacen de aprendiz de brujo y dicen “la ciencia la tengo yo”. No me sirve el perito, porque yo sé de psicología, yo sé de psiquiatría, yo sé de economía, yo sé de computadoras, etc., todo lo sé yo, de manera que el experto no me sirve”. Es un grave error, porque entre más se requieran conocimientos científicos por la naturaleza de los hechos, pues más el juez va a ser inadecuado, porque no es un científico, entonces corre el riesgo de actuar como un aprendiz de brujo que causa muchos problemas.

Por otro lado, el mismo juez, ignorante en cuanto a la ciencia, es aquel que tiene que establecer, si ese determinado conocimiento científico es válido o no y cuáles son las consecuencias que se pueden dar. La respuesta a este problema es sencilla, pero difícil de realizar. El juez no puede ser una suma de veinte o treinta científicos, cada uno especializado en una rama específica, pero debe tener los conocimientos culturales de fondo o básicos que se necesitan para discutir, con su método, los conocimientos que los científicos o los expertos le han proporcionado.

El juez tiene que ser capaz, no de decir si es cierto que en ese caso la prueba de ADN da un 96.25% de certeza o no da eso sino el

97.5%. No, eso no lo va a decir el juez sino el experto; pero el juez sí tiene que establecer, si ese determinado procedimiento científico se llevó cabo según un método científicamente correcto o no. La función del juez no va a ser la de volver a hacer los experimentos, sino va a ser la de establecer, si los experimentos son confiables o no, según el método con el cual hayan sido llevados a cabo. Entonces, no se requiere un juez biólogo o un juez químico o un juez ingeniero en informática, pero sí que el juez sepa por lo menos algo de cuáles son las bases de confiabilidad de la ciencia moderna, si no va ser alguien, que nada más avienta los dados a la suerte.

Dra. Bonifaz:

Muy bien, estoy segura que van a haber muchas preguntas con el tema de la prueba.

Octavio Bolaños Valadez:

Al juez se le plantea el conocimiento de hechos, hechos que como ya lo vimos en la sesión de ayer, dependen de la habilidad del abogado para poder convencerlo en principio, con posterioridad de una serie de elementos convictivos que buscan la comprobación de esas hipótesis. Me llama mucho la atención el énfasis que hizo en la prueba pericial. Con tristeza debo reconocer que, al menos en Latinoamérica, la prueba pericial parece que está en decadencia, porque desafortunadamente el que tiene más dinero es el que paga al mejor perito y es el que va a aportar un mejor dictamen. En donde la prueba es colegiada, cuando el perito emite su dictamen, no muchas veces se conduce con la lealtad con la que protestó el cargo. Entonces, el juez tiene aquí una verdad, probablemente procesal. Pero a veces su experiencia, su cultura, lo llevan a advertir ciertas cuestiones que son la verdad real y no la que dicen los peritos. Finalmente, ellos no son más que auxiliares de esa labor que va a desempeñar el juez y que va a tener que emitir un fallo justo. Cuando esas verdades se contraponen, la procesal, que supuestamente está asentada en un peritaje, el juez, con esa experiencia, con ese sentido común, sabe que esa no es la verdad, pienso que puede discrepar de esos peritajes, ¿cuál es su opinión al respecto?

Profr. Taruffo:

Problemas que conciernen al peritaje son, efectivamente, muchos, y es parte de cómo se elige a los peritos, o cómo los jueces los

identifican, o cómo se formula el problema que el perito tiene que resolver, etc. Aquí, genéricamente, es una cuestión de calidad de los expertos que se seleccionan.

Es cierto también que quien puede pagar el mejor experto, también puede jugar una baraja defensiva mas fuerte, pero si consideramos la figura del perito como auxiliar del juez nombrado de oficio, el juez puede hacer una buena selección. Un factor de esta índole, no digo que no cuenta, pero puede pesar un poco menos. Cierto es que la parte rica puede pagar un experto especialmente hábil, pero éste no puede proporcionar la verdad. El experto de parte esta allí para sostener las razones de las partes y así debe de considerarse su peritaje.

El otro problema que es también interesante admite plantearse así: ¿qué ocurre cuando el juez, utilizando sus conocimientos, considera que el peritaje fue mal hecho? ¿O no sea creíble? ¿O no sea confiable? Entonces, no valida. También en ese caso, el juez tendrá que usar su juicio personal; sin embargo, los remedios existen. El juez puede revocar el cargo del perito y nombrar a otro perito cuando no está satisfecho de lo que el primer perito realizó, o bien, hay otros instrumentos para disponer de un suplemento de peritaje, escuchar al perito en discusión. Es decir, hay varias técnicas que el juez puede utilizar. El juez puede decir: “yo recibí un peritaje que dice esto: no estoy convencido que el perito haya producido el mejor resultado y, entonces, yo no voy a tomar en cuenta ese peritaje y decido en forma diferente sobre la base de mi convicción personal. Naturalmente, cuando esto ocurre, es un caso límite, ¿pero qué esperar? El juez tiene el fuerte peso de motivar, porque para llegar a decir, “aquí tengo un peritaje del doctor fulano pero, según yo, no es confiable y, por tanto, no puedo tomarlo en cuenta, entonces decido por mi cuenta sobre la base de otros criterios”, debe explicar él, por qué decide así, es decir, sus razones.

Es obvio que la cosa importante es que pueda decidir de esta manera. De otra forma, ya no sería el *perito peritorum*, sería un sujeto vinculado por lo que el perito le dice. Para hacer una crítica del experto o del peritaje para decidir en consecuencia, el juez debe estar a la altura y hacer un análisis crítico para decir: “en este punto el perito se ha equivocado y, por lo tanto, el resultado del peritaje no es confiable”. Pero en líneas generales, me parece, que el verdadero problema estriba en la elección del perito. Así quiero decirles, que hay que considerar que las técnicas de empleo de los expertos son variadas. Una vez más la tradición de *civil law* es configurar al perito como un auxiliar del

juez, neutral con respecto a las partes, etc., excepto los peritos de las partes, que no son los verdaderos expertos para el juez, sino que apoyan a las partes.

Es interesante el sistema americano en donde, aun cuando las normas atribuyen al juez la posibilidad de nombrar a un experto de oficio, esto casi nunca ocurre y los peritos son los peritos de las partes, entonces sí, quien tiene más dinero se paga el mejor perito y esto se convierte en un gran problema.

Observen que el perito de parte es interrogado con las mismas técnicas empleadas para interrogar a los testigos. De hecho, se habla de testigo experto y, entonces, todo el sistema de los controles, de las técnicas, cambia, porque nos encontramos en el ámbito del sistema de la propia “*examination*”. El perito es un testigo, por lo cual es interrogado como testigo por los abogados de las partes, primero, por el abogado que llamó al perito y, después, por la contraparte. Entonces aquí el problema del control sobre el perito se enfrenta con una técnica distinta a la que estamos acostumbrados nosotros, porque cada quién nombra a su perito y después le corresponde al adversario contraatacar y demostrar que ese perito no es un buen experto; pero el método de control es el mismo que se utiliza para controlar la confiabilidad de los testigos.

Esto en el plano teórico y, después, también los americanos están perfectamente conscientes de la infinidad de distorsiones y problemas. Aquí también hay una literatura muy amplia en el sentido crítico pero, para ellos, el instrumento de control sobre la confiabilidad de quien quiera que tenga que decir algo del proceso, es el interrogatorio cruzado y, entonces, no hacen más que utilizarlo también para los peritos.

Es difícil decir cual de los dos sistemas es el mejor. Si seleccionar al perito por parte del juez o el interrogatorio cruzado entre los peritos de las partes. Hay que valorar esas diferencias que son precisamente acerca del punto que usted indicaba. Del perito no podemos prescindir, el verdadero problema es cómo podemos obtener peritajes confiables.

Antonio Mercader:

Al atribuirle el juzgador a las pruebas indiciarias un cierto grado de confirmación lógica, ¿qué método podría ser el más adecuado

para arribar a una adecuada valoración que nos conduzca a la verdad de los hechos?

Profr. Taruffo:

Decía antes, que puede haber muchos y que cada quién escoge lo que prefiere. Lo que yo considero más eficaz es el método de la probabilidad lógica inductiva. Es un problema de lógica de las proposiciones, de los enunciados lingüísticos, sobre lo cual hay estudios. Cuando estaba joven empecé con un libro de Rudolf Carnap, lógico matemático muy famoso, que había sido el primero en sacar este esquema de la confirmación inductiva de las hipótesis.

Hay una rama de la lógica que se encarga de estas cosas. Puede formalizarse de varias maneras. Es una lógica de tipo no cuantitativo. Es la lógica de los enunciados lingüísticos fácticos, que hay que poner en relación, y utilizando como trámite de los enunciados lingüísticos que se sacan del sentido común, "máximas de experiencia", como decíamos antes, y después de lo cual hay que realizar un trabajo en parte lógico, en parte semántico, para llegar a la conclusión que se apoya en premisas de cierto nivel, no de probabilidad numérica, sino de prevalencia, por lo cual la decisión del juez debería ser tomada con base en los criterios de la probabilidad lógica prevaleciente de la hipótesis: a) con respecto a la hipótesis, b) bajo el perfil lógico.

Hay también problemas bastante complejos. El instrumento lógico que parece ser más útil es la teoría de los conjuntos vagos. Es algo que se inventó por los ingenieros en informática, para poder calcular determinadas cosas, que después se convirtió en un método lógico, no necesariamente formalizado.

El conjunto vago es un conjunto, cuyos límites no están determinados y, entonces, la lógica de los conjuntos vagos permite construir razonamientos que no son como razonamientos matemáticos, pero tienen un nivel de confiabilidad lógica. No son razonamientos formalizados, son formalizables únicamente en parte, pero tienen una estructura lógica. Es difícil explicar cómo funciona una cosa así.

Únicamente digo que en el ámbito de las lógicas modernas, lógica más valores, estamos muy lejos de los silogismos. Existen los instrumentos lógicos para construir razonamientos de esta índole. Hay investigaciones en el ámbito de la aplicación de la inteligencia artificial, del razonamiento jurídico, que empieza a plantear alguna

formalización de alguna pieza de estos razonamientos y la hipótesis. Si llegáramos a formalizar completamente esquemas de razonamientos de este tipo, entonces serían computabilizables. Lo que falta, hasta ahora, es una lógica que dé cuenta de todas las posibilidades, pero alguien imagina que ya existe y si pudiéramos llegar, sería una lógica muy compleja, pero tendría la ventaja de que los cálculos serían hechos por la computadora, entonces tendríamos grandes problemas, porque cada vez que se aplica un esquema lógico a un problema real, corremos el riesgo de deformar el problema para que funcione el esquema lógico.

Entonces, hay grandes cuestionamientos. En todo caso, el instrumento fundamental es el de la probabilidad lógica o de la confirmación lógica de las hipótesis con base en los elementos de prueba disponibles que, además, es el esquema fundamental del razonamiento probatorio.

Yo tengo una hipótesis que debo verificar o establecer su falsedad en cierta manera y tengo que buscar los elementos de convicción de que dispongo. ¿Cuáles llevan hacia un camino?, ¿cuáles a otro? etc. Este asunto permite racionalizar sin recurrir a cálculos numéricos.

Como decía antes, no operan en este sentido criterios finales de decisión. Cité antes el criterio de sistema lógico prevaleciente entre dos hipótesis alternas, cada una de las dos hipótesis habrá adquirido ciertas confirmaciones al final del experimento probatorio. Probablemente una de estas hipótesis resulte mayormente confirmada que otra y, entonces, ese es el criterio decisonal.

La hipótesis a favor de la cual hay un grado más elevado de probabilidades lógicas es la correcta, es la que el juez tomará como correcta, porque no tiene sentido tomar como buena, la hipótesis que tuvo menos confirmaciones de las pruebas. Eso es trivial, por ejemplo, en los procesos penales, en los cuales se utiliza un estándar de decisión más elevado. Aquí no cabe ya el criterio de la probabilidad lógica prevaleciente que, en los casos límite, puede inclusive determinar diferencias muy pequeñas. Se requiere que el grado de probabilidad lógica de la hipótesis que el juez debe de tomar como verdadera sea más elevado, aun cuando sea un poco más o un poco menos, pero tiene que rebasar ciertos estándares. Los que utilizan la probabilidad cuantitativa dicen, que se rebasa la duda razonable, cuando la probabilidad de frecuencia va más allá del 75 – 80%. El problema es

cómo calcular, si en este caso estamos en un 78% de probabilidad estadística, que las cosas fueron de cierta de manera, pero este es el asunto.

Los estándares de valoración derivan del análisis del grado de confirmación lógica, que las proposiciones que expresan los resultados de las pruebas le atribuyen a la hipótesis sobre el hecho.

Dra. Bonifaz:

De la Unidad Regional Xalapa nos llegó esta pregunta, ¿Qué prueba considera usted como la más eficaz en la actualidad para crear convicción en el juzgador?

Profr. Taruffo:

Es difícil decirlo, porque los hechos pueden ser muy distintos. Si el hecho trata sobre la prueba de la celebración de un contrato de cierto contenido, vale la regla tradicional por la cual, la reina de las pruebas es el documento. Naturalmente, suponiendo que el documento sea real, que no haya sido falsificado, etc. El documento verdadero es la prueba mejor de un contrato.

Con respecto al caso del accidente de tránsito, está claro que los documentos ahí no existen. Las actas de policía o estas cosas, no tienen la misma fuerza que el documento contractual y, de hecho, nosotros las consideramos como pruebas atípicas, que pueden ser utilizadas; pero no tienen tanto peso, y entonces aquí estamos en el ámbito del testimonio, pero no porque el testimonio sea la prueba mejor, sino porque es la única prueba que tenemos.

Desde luego aquí habría que hablar de los nuevos medios de prueba. Para volver al caso de la reducción de la tasa de interés. Aquí ¿donde está la prueba de este hecho?, ¿en un noticiero?, ¿en una transmisión de la CNN?, ¿en la entrevista a Greenspan?, más que nada no tenemos otras cosas, entonces ¿cuál es la prueba mejor? Aquí no tenemos la documental. La televisión es la prueba. Y piensen ¿cuál sería la prueba mejor para contratos acordados por internet? ¿Cuál es la prueba mejor? Quién sabe, Quién sabe cual sea. Claro, ahí también se dice, bueno, si el contrato se celebró con ciertas modalidades técnicas, con la firma digital ¡pues claro!, pero la mayoría de contratos por internet no se celebran con los códigos combinados, se hacen dando el número de la tarjeta de crédito y

¿cuál es la prueba mejor entonces? Aquí hay que volver a pensarlo todo. ¿Son pruebas escritas? ¿de qué índole? ¿Qué es el documento informático? Es algo que se parece a la escritura privada o la escritura pública de la tradición secular o es un documento de otra índole, cuya confiabilidad debe definirse, no por analogía con el documento escrito.

Es un problema abierto, no existe la prueba mejor en absoluto.

Julio César Cruz Ricárdez:

Asombrado todavía por la exposición de hoy, maestro, quisiera hacer dos comentarios que me parecen relevantes.

El primero, en el que quiero destacar, que al oír su exposición se nota, que en su estudio usted sigue el camino difícil, que siempre es el más gratificante, porque es el camino que siguen los que están verdaderamente comprometidos con la ciencia del derecho. Creo que ese ya es un ejemplo para nosotros, más allá del tema que se trató hoy. Pero entrando al tema, encuentro en su teoría un equilibrio, porque si bien permite la valoración discrecional por parte del juez, la sujeta a un esquema racional, que nos decía que es lo más difícil de establecer. En esta teoría, usted coloca al juez en una situación crucial, porque tiene que someter su conocimiento de hombre medio, su sentido común, su cultura personal, su *background*, a la racionalidad, es decir, todo su bagaje cultural y su idiosincrasia tendrá que confrontarlo en el espejo de la racionalidad. Eso para mí tiene un gran valor en el concepto que hasta hoy tenía yo del problema de la valoración de la prueba y me parece pertinente destacar.

Profr. Taruffo:

A mí las cosas fáciles no me gustan porque me aburro fácilmente y no me interesan y, además, como vieron aquí, se trata de problemas extraordinariamente complejos y, para ellos, no hay ninguna respuesta fácil, simple. Sería bello si así fuera, pero no es así. Esta es mi actitud, mi sentir, que atañe al hecho de que el juez debe convertirse o debe ser siempre juez de su propia cultura, antes que ser juez de otras controversias. Esto es inevitable; además, el lema del juez debe ser: "duda siempre de lo que pienses", sin la duda no vamos a ninguna parte. "Duda siempre" significa, que nada de lo que tienes en tu cabeza es cierto por definición, debe ser continuamente averiguado, verificado. Difícil, pero una vez más, a mí, lo sencillo no me gusta.

Juan Carlos Silva Adaya:

Desde su punto de vista, ¿a qué reglas se deben sujetar las facultades directivas que tiene el órgano jurisdiccional a efecto de guardar un equilibrio procesal y no subvertir las cargas procesales de cada una de las partes? Y, por otra parte, ¿cómo? o ¿cuáles son los criterios que permitirían establecer un sistema limitativo o taxativo, o bien, en el otro extremo, abierto o enunciativo en materia probatoria? Y si es el caso de que fuera taxativo o limitativo, ¿esto puede llegar a constituir una vulneración del principio del efectivo acceso a la administración de justicia o a la tutela judicial efectiva? Igualmente, ¿cuándo se establece un sistema tasado, como es común en ciertas materias para la valoración de la prueba, o la conveniencia de que fuera mixto, para no vulnerar este principio?

Profr. Taruffo:

La respuesta a la primera pregunta que se refiere a cómo el juez debe comportarse con respecto a las pruebas en el transcurso del proceso, es decir, cómo debe de ejercer los poderes que posee, esto es bastante sencillo: aplicación íntegra de la regla de la contradicción. Esta es la única regla fundamental. El juez debe ser capaz de usar sus poderes de instrucción, es decir actuar de oficio, según se lo permita la ley. Debe usar estos poderes y la única regla que tiene que cumplir es la de la defensa de las partes, es decir, tanto de poner a las partes en posibilidad de cuestionar sus decisiones, como de participar efectivamente en la asunción de las pruebas, o de discutir el resultado de las pruebas, si eventualmente contradice posteriores pruebas con respecto a las que el juez dispuso de oficio. Esta es la aplicación trivial de la regla de lo contradictorio.

El otro discurso, es decir los límites en la admisibilidad de determinados tipos de prueba es algo mucho más complicado, porque en muchos ordenamientos hay varias reglas de exclusión de ciertos medios de prueba y, sobre este punto, mi orientación es la que a continuación voy a señalar.

En principio, las limitaciones para el empleo de medios de prueba violan el derecho de acción y de defensa de las partes. El derecho de acción contiene una serie de derechos, uno de los cuales es el que nosotros llamamos derecho a la prueba. Decir que yo puedo iniciar un juicio, quiere decir que yo puedo utilizar todos los medios de prueba de los que dispongo.

De hecho, esto tiene también que ver con el problema de la relevancia o de la admisibilidad de las pruebas. En mi opinión, la mejor formulación de este problema está en la regla 401 de las normas federales americanas en materia de pruebas, donde se dice que cualquier prueba relevante es también admisible, excepto si existen razones específicas para excluirla. Aparte de las excepciones, la regla fundamental es que, cualquier cosa puede ser una prueba y sirve para proporcionar conocimientos, directos o indirectos sobre los hechos del caso y si sirve para proporcionar conocimientos esta prueba es por definición una prueba admisible, no puede ser excluida.

Entonces, cuando se discute de reglas específicas que excluyen los medios de prueba, nos encontramos frente a un problema de constitucionalidad, porque el derecho de acción y de defensa está constitucionalmente garantizado o considerado como un derecho fundamental. Si no, se reduce a un mero enunciado formal. Entonces, se requiere que su manifestación que consiste en el derecho a la prueba sea igualmente garantizado. Razonando así, podemos llegar a la conclusión que al menos en tendencia, las reglas de exclusión de los medios de prueba son anticonstitucionales, excepto que (y esta es la única excepción) se trate de reglas que a su vez son manifestación de una garantía constitucional, porque entonces nos encontramos frente a un caso de conflicto entre valores que tienen un mismo nivel. Pero si detrás de una regla de exclusión de una prueba no hay un valor constitucional, esta regla es inconstitucional, porque viola el derecho de acción y de defensa.

Esta manera de razonar aplica solamente a un tipo de excepción. Permite solamente un tipo de regla de exclusión, que es la regla que excluye las pruebas obtenidas en violación de los derechos de la persona; porque aquí tenemos el otro valor fundamental, que es la privacidad, la integridad personal, etc. Este es el famoso caso de la interferencia no autorizada, secuestro de pruebas no autorizadas, las pruebas ilícitas, como se llaman.

La prueba se define como ilícita, cuando las modalidades con las que se adquirió violaron una garantía constitucional. Con las debidas modalidades, esta prueba puede ser eliminada con una norma de exclusión, pero si no logramos ver detrás de la regla de exclusión un valor constitucional, tenemos la cuestión de la constitucionalidad. Debe prevalecer el derecho a la prueba, como derecho fundamental.

Naturalmente este es un asunto que es difícil de aplicar en la práctica, pero la tendencia es que el derecho a la prueba sí es un derecho fundamental. No tendría sentido decir, “tú estás autorizado para que valgan tus derechos, pero no estás autorizado para demostrar los hechos que te dan razón”. Entonces, me están negando el derecho.

Carlos Soriano:

Profesor, cuando usted dijo que el anclaje consiste en identificar un estándar como una idea aceptada, este estándar de valoración ¿lo tenemos que tomar al estilo ciceroniano?

Prof. Taruffo:

Bueno, yo lo pondría en forma un poco más moderna. No se excluye que se pueda tratar de un *topos* de los tradicionales. Con todo y que, en los textos de la tópica renacentista tengo en mente uno, “*Topo y Argumentorum*” de Everardo.

En general, no es en el ámbito del razonamiento tópico de los repertorios donde se encuentra lo que uno busca. Si uno encuentra una regla de experiencia formulada, por ejemplo, por grandes estudiosos de las pruebas del siglo XVII, ellos racionalizaban la experiencia del mundo del momento en el que estaban viviendo. No es casual que el ejemplo clásico del análisis de los indicios y de las pruebas que está en “Menochio”, que era un procesalista penal, sea la de la identificación del asesino en un caso donde uno había sido asesinado con la espada y se ve al otro con la espada ensangrentada que está huyendo. Ahora sucede poco frecuentemente que se use una espada para matar al otro. Entonces, un análisis así, no nos proporcionaría la “regla de experiencia” adecuada. El asunto es que la profundización en las maneras de pensar, además de los contenidos del pensamiento, es lo que hay que hacer a distintos niveles.

Por ejemplo, si uno lee el libro de Michel Foucault “Las palabras y las cosas”\*, uno descubre que es un análisis profundo de las categorías fundamentales del pensamiento en las principales épocas de la cultura occidental. No digo que el juez tenga que llegar a esa profundidad, pero, si lo necesita ¿porqué no? Foucault muestra cómo

\* Existe versión castellana de Siglo XXI editores, que se ha venido reeditando desde 1968.

las categorías fundamentales del pensamiento cambiaron y son diferentes hoy de lo que eran en el siglo XVII, por ejemplo, y ahí estamos verdaderamente en los orígenes de la cultura. En la mayor parte de los casos basta escharbar dos o tres capas para poder encontrar algo relativamente sólido a lo que nos podemos anclar para la valoración, pero si queremos ir a las verdades fundamentales de la cultura occidental, ¿pues porqué no? Es muy difícil, pero se puede hacer.

Andrés Vázquez Murillo:

Ayer nos comentaba maestro que, lo que llega al juez no son los hechos, sino los discursos de las partes que están en conflicto y que los medios de prueba son la forma que tiene el juez para acreditar cuál de los dos discursos o qué parte de los discursos es cierta. En ese contexto, tanto los hechos como los medios de prueba considero que están influenciados por lo que se denomina el *background*. Entonces, a mí me da la impresión que por esa influencia que tienen tanto los hechos como los medios de prueba, es una razón por la cual las pruebas se deben de valorar conforme a un estándar de evaluación generalmente aceptada, ¿se podría considerar así?

Profr. Taruffo:

No es absolutamente necesario que el juez razone según un estándar generalmente aceptado. Sería bueno que esto sucediera pero, lo generalmente aceptado abre una vez más nuevos problemas, que son, de nuevo, problemas. No de técnicas jurídicas sino de análisis cultural. Quizá hubo una época, como en la que escribía Stein, cuando la sociedad alemana era tan homogénea desde el punto de vista cultural, que habían cosas, criterios o valores, que eran aceptados por todos. También se trataría de ver con cuántas ganas los aceptan, pero esa es otra cosa, es una cosa política.

Esta condición del estándar generalmente aceptado es una condición que en las sociedades maduras está en crisis y en algunas sociedades siempre ha estado en crisis. Basta pensar en las sociedades multiculturales o multiétnicas o ambas cosas juntas. A mí me resulta difícil pensar, que en la Italia de hoy exista algo que todos en forma generalizada acepten, y este es un problema para el juez. La sociedad italiana de hoy es una sociedad fragmentada desde muchos puntos de vista, éticos, religiosos, morales, políticos y todo lo que ustedes quieran. Entonces, la situación ideal donde más o menos, con mucho trabajo, el juez llega a un estándar verdaderamente acep-

tado sobre el plano general, tiende a no ocurrir nunca, con la consecuencia de que la búsqueda del estándar sólido no es la del estándar general, entonces la elección del estándar tiene a su vez que explicarse y argumentarse.

El juez no puede decir: “como todos están convencidos de esto, entonces yo lo voy a tomar como bueno”. “Como todos están convencidos de que el sol va a salir por el este, eso sí lo podremos aceptar”. Pero si vamos a estándares de valoración, sobre todo estándares que se refieren a la gravedad de un comportamiento, a la confiabilidad de un testigo, o sea, que se refieren a valoraciones sobre comportamientos de personas, pues, suponiendo que haya habido un época en la que estas cosas eran gobernadas por reglas aceptadas por todos, pues si esto alguna vez sucedió, ahora cada vez ocurre menos. Entonces, el juez lo que tiene que hacer es una elección con base en el estándar que va a aplicar para decidir. El discurso aquí se vuelve aún más difícil, porque hay un riesgo de parcialidad, un riesgo de que el juez tome como regla general lo que no es regla general y lo que simplemente a él le gustó y quizá esa regla sólo a él le gusta. Entonces aquí es una cuestión de determinación cultural: ¿Cuáles son los componentes de la cultura en un determinado momento que son mejores que otros?

Por otro lado, a mí no me gustan las posiciones conformistas, todas las veces que alguien me dice que hay que hacer esto, porque todos creen que es bueno, yo enseguida me alarmino y más allá de la pluralidad tenemos el riesgo del conformismo. No está dicho que si muchos piensan una cosa, esa cosa es verdadera o buena por definición. Sólo quiere decir que muchos piensan que es buena, pero esto no nos lleva a ningún lado, en cuanto a decidir si ese es el criterio adecuado para dar la decisión.

En muchos casos son las hipótesis de las minorías las que hacen que se mueva el mundo y son las que podrían ser tomadas como buenas usando una terminología que se empleaba hace años: no está dicho, que los criterios compartidos por las mayorías silenciosas sean los mejores criterios de juicio. Son solamente los más conformistas, pero no ésta dicho que el juez esté obligado a ser un conformista, es más, es mejor si no es conformista.

Participante no identificado:

Mi pregunta está referida, a qué pasa en aquellos casos en los que el juez está convencido, me refiero más en el ámbito penal, de la

responsabilidad de una determinada persona; sin embargo, las pruebas que constan en el caso concreto, no demuestran ésta responsabilidad, pero derivado de su máxima de experiencia, de la sana crítica, está convencido y esto lo digo por un caso muy sonado en México hace algunos años que fue el de un peligroso secuestrador conocido como “EL CHUCKY”. Hubo problemas además de las cuestiones de las pruebas en el procedimiento donde no podían demostrar su responsabilidad penal pero, sin embargo, era conocido por antecedentes y por otra serie de cuestiones, incluso recuerdo entrevistas a la juzgadora. En ese momento estaba convencida de la responsabilidad pero no tenía los elementos para ello. En este caso la teoría general de las pruebas ¿qué podría aportar o que se podría hacer en estos casos tan comunes y tan complejos?

Profr. Taruffo:

Si la prueba no existe o no basta, el juez absuelve, porque el hecho no está demostrado.

La impresión subjetiva que el juez puede haber obtenido, si no está apoyada en pruebas suficientes no es más que una impresión subjetiva, por eso esta mañana partí de la distinción entre la impresión subjetiva de la convicción íntima con respecto a la demostración analítica y, dentro de los límites de lo posible, racional de la verdad o no verdad de un hecho. Les voy a dar un ejemplo muy concreto, porque yo también lo viví como espectador. Hace algunos años, me tocó el proceso de O. J. Simpson, por el homicidio de la esposa. Yo seguí en la televisión el proceso, porque se transmitió todo. Al final yo estaba como espectador, pero podría haber sido parte del jurado o un juez, yo estaba subjetivamente convencido de que Simpson era culpable. Sin embargo, no habría podido condenarlo si yo hubiera sido el juez, porque no existían pruebas suficientes para demostrar que había sido él y, efectivamente, el jurado lo absolvió. Todos los americanos estaban convencidos de que él era culpable, sobre el plano de la convicción subjetiva; sin embargo, además de mí, muchos otros colegas juristas decían, ¡claro que fue él!, ¡lo sabemos que fue él!, pero no lo podemos condenar porque no hay pruebas suficientes para la condena. Cuando la convicción subjetiva del juez diverge con respecto a las pruebas, la convicción subjetiva no cuenta. Puede contar la subjetividad del juez, pero en la forma que hemos discutido hasta aquí, cuando la subjetividad de su formación cultural es lo que cuenta o cuando está decidiendo o haciendo elecciones que no están determinadas o sujetadas a una regla. No es que el juez no sea el sujeto que hace las

elecciones, simplemente su convicción subjetiva no cuenta, no es suficiente base de juicio.

Dra. Bonifaz:

Yo creo se quedan muchas cosas para seguir pensando esta tarde. El día de mañana cerramos con el último de los temas que va a ser el de la decisión justa, que ya pudimos tener en intranet, gracias a la traducción de Carlos Soriano.

Ojalá le demos una nueva leída para que cerremos mañana, como se dice comúnmente, con broche de oro.

Gracias.

---

## QUINTA LECCIÓN

### “LA JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO”

---

22 DE MARZO, 2002

Dra. Bonifaz:

El profesor Taruffo va a hablar hoy de la justicia en el procedimiento. Además, va a retomar lo último sobre psicología jurídica que nos comentó ayer.

Profr. Taruffo:

Con respecto al de la sentencia justa, sé que ya revisaron mis textos sobre la teoría de la decisión justa, entonces es inútil que repita lo que ustedes ya conocen. Por otro lado, con relación a las tres condiciones de las decisiones justas que comento en ese artículo, dos ya las examinamos, cuando se habló sobre la decisión en derecho y la decisión fáctica, entonces no hay necesidad de repetir estos aspectos del problema. Por lo tanto, diría yo que podríamos concentrar nuestra atención en la tercera condición, que es la de la justicia o corrección del procedimiento, que luego nos va a llevar a la decisión justa. Voy a tratar de explicarlo, para ocuparnos de este aspecto que nosotros llamamos de justicia procesal o *procedural justice*, en inglés, porque el concepto nace sobre todo en Estados Unidos. Partiendo de la idea de que también ésta es una condición necesaria, pero que no es suficiente para la justicia de la decisión, quien leyó el artículo podrá recordar que yo dije que las condiciones de la justicia de las decisiones son tres. Todas son necesarias juntas, en el sentido de que es suficiente que falte una, para determinar la injusticia de la decisión, pero ninguna de estas condiciones, tomada por sí sola, es

suficiente para asegurar la justicia de la decisión. Tampoco la justicia del proceso es suficiente para garantizar la justicia de la decisión, porque se requieren las otras dos condiciones. Este es el punto de mayor diferencia entre mi posición teórica y la de aquellos que se han ocupado de la justicia procesal. Por ello valdría la pena aclarar un poco este punto, ya que en estos últimos años hubo y está habiendo una convergencia de actitudes teóricas que llegan de varias direcciones con respecto a la justicia del proceso o la justicia como justicia del proceso. Creo que sería útil aclarar estos aspectos de donde proceden estos distintos puntos de partida, estos distintos elementos teóricos. En forma muy sintética voy a indicar cuatro de estos puntos:

Uno, que casi todo mundo ya ha olvidado, pero que es muy importante, está en un pequeño libro de Luhmman, publicado, si no me equivoco, en 1968 que se titula "*Legitimación a través del procedimiento*", donde Luhmman explica que el procedimiento es el que da la legitimación a la decisión que lo concluye. No sé bien porqué, este fue el único libro de Luhmman que no fue traducido del alemán. Tenemos este punto de partida que dice que el procedimiento o el proceso sirve para legitimar, para hacer aceptable la decisión que lo concluye.

Un segundo punto fue expresado por Rawls. En 1971, si no me traiciona la memoria, Rawls escribió, "*A Theory of Justice*". En este trabajo Rawls no habla específicamente del proceso, mas que cuando discute el concepto de justicia procesal imperfecta, pero de Rawls en adelante mucha gente se puso hablar de lo que era la justicia procesal, la justicia del procedimiento.

El tercer punto es ? estamos hablando de principios de los años setenta? uno que en la doctrina constitucionalista, en la doctrina procesal, en la interpretación de las garantías constitucionales del proceso, se ha ido afirmando y que es la idea del procedimiento justo, del proceso justo. Tan es así que en el dos mil, en Italia, hubo una reforma de una norma constitucional, para introducir en esta norma constitucional, el principio del procedimiento justo, el proceso justo. Lo que esto quiere decir es otra cosa, pero la idea por lo menos, según la cual el proceso tiene que ser justo, tuvo espacio también en el ámbito de esta reforma constitucional y también en el artículo 6° de la Carta Europea de los Derechos del Hombre y en la decimocuarta enmienda de la constitución de Estados Unidos que habla de *due process of law*, es decir, debido proceso legal. Son ideas que circulan en varios ámbitos, desde el filosófico hasta el constitucional.

El cuarto punto, en cierto sentido también remite a Rawls. Varios politólogos, que al ocuparse de la democracia o de las formas políticas, usan la idea de la justicia del proceso y dicen que también los procedimientos de formación de la voluntad política o de las decisiones políticas nacionales o internacionales son aceptables o válidos, si son procedimientos justos.

A partir de la mitad de los años setenta, sobre todo en Estados Unidos, hubo y sigue habiendo una orientación, una vertiente de investigación muy importante por parte de varios grupos de psicólogos experimentales que hicieron investigaciones no teóricas, sino experimentales precisamente sobre las reacciones de los que hacen la justicia y, de los que recurren a ella. Entre estos se encuentran los jurados, pero también las partes, los abogados, frente al proceso.

¿Qué es lo que se considera proceso justo? ¿Cuáles son las condiciones que la gente está más dispuesta a aceptar como resultado del proceso? No en función del contenido de la decisión final, sino en función de cómo se desarrolló el proceso que llegó a dicha decisión. Entonces, al converger estas diferentes premisas teóricas o de investigación, surge esta idea general de justicia, según la cual es justo lo que se deriva de un procedimiento justo. Yo tengo aquí un libro reciente de Chiara Berti. Se llama *“Psicología social de la justicia”*. Acaba de salir en Italia, gran parte del libro, la mitad del libro, por lo menos, está dedicada a examinar estos problemas y resulta muy útil, porque contiene una reseña muy actualizada y muy completa de estos estudios de psicología experimental, concentrados en la justicia del procedimiento y en las reacciones que varios aspectos del procedimiento suscitan en el plano psicológico en los individuos que, por una u otra razón, tienen que ver con el proceso, particularmente las partes; es decir, quienes después van a sufrir o van a aprovechar los efectos de la decisión que, por lo tanto, tienen que entender si la decisión fue justa o no y en función de qué.

Sin embargo, yo tengo profundas perplejidades con respecto a este asunto, he tratado de leer en los últimos veinte años la mayoría, por lo menos de todas estas investigaciones de psicología, que se refieren al proceso justo. Justamente hace veinte años, pedí que se tradujera la introducción a lo que entonces era el texto fundamental de dos de estos psicólogos, Thibaut y Walker, que en la versión italiana se titula *“Il processo giusto”*; pero aun habiendo leído casi todo sí tengo fuertes perplejidades con respecto a todos los aspectos de este asunto. Diría que la mayor perplejidad es que, cuando se dice: “es

justo lo que resulta de un procedimiento justo”, se acaba haciendo a un lado cualquier idea de justicia substancial. La justicia procesal es la justicia del procedimiento. La justicia substancial es la justicia de los resultados de un procedimiento.

Si yo estuviera dispuesto a aceptar esta actitud, habría tenido que corregir o no escribir ese artículo sobre la teoría de la decisión justa, porque, desde este punto de vista, las otras dos condiciones no son necesarias. Entonces, la correcta aplicación de las normas de derecho substancial con todas las cuestiones que hemos visto en las dos primeras lecciones de esta semana, el correcto y verdadero juicio sobre los hechos y la certificación de las pruebas de la causa no tendrían ya ningún sentido, porque si uno dice, la decisión es justa si y solo si se deriva de un procedimiento justo, pues esto quiere decir que la justicia de la verificación de los hechos y de la aplicación de la norma, no tiene sentido o bien que son cosas substancialmente superfluas.

Esta es la cuestión: hay que ver si estamos dispuestos a considerar que la justicia de una decisión judicial no tiene nada que ver, ni con la verificación de los hechos, ni con las pruebas, ni con la aplicación de las normas de derecho substancial, lo cual es algo bastante fuerte, para quien está acostumbrado a decir que la decisión tiene que resultar adecuada al hecho, o para quien esté acostumbrado a pensar, que una decisión tiene que fundamentarse en la verificación correcta de los hechos. Este un primer punto de dificultad, no sólo por estas razones, que a nosotros los procesalistas nos parecen familiares, sino también, por razones de carácter filosófico más general. Se trata de ver si estamos dispuestos a renunciar a las ideas de justicia substancial en general.

Ahora, es cierto: hay muchas ideas de la justicia substancial, a partir de la “República” de Platón y pasando por la “Ética” de Aristóteles hasta llegar a Kant y a Marx. Hay muchísimas ideas de justicia substancial y probablemente todas ellas estén bien, porque se refieren a distintos contextos, a contextos específicos en los que sí tienen sentido, por ejemplo, la justicia de la distribución, la justicia conmutativa, etc.

Son dos mil quinientos años de discusión con respecto a las ideas de la justicia substancial, pero aparte de esto, tanto en forma general como lo hacen los politólogos, como en el ámbito del proceso, según los que sostienen la teoría, que dice que la justicia substancial no tiene sentido y que, como nadie sabe qué es, “mejor ni la mencionamos ni hablamos de eso”. Esta es una actitud que no me convence y esa es la primera objeción: duda a una actitud de este tipo.

Yo tengo la sospecha de que todos estos discursos de los filósofos y politólogos sobre la justicia procesal a partir de Rawls, se derivan de una especie de incapacidad teórica de abordar realmente los problemas de la justicia substancial. Así pues, como no son capaces de establecer qué es lo substancialmente justo, entonces nos tenemos que conformar, simplemente, con la justicia de los procedimientos y no con la justicia de los resultados.

Habiendo dicho esto, queda el otro problema: el de establecer cuándo un procedimiento es justo. Estos teóricos no nos dicen cuándo un procedimiento es justo. Rawls no lo dice. Habla páginas y páginas enteras de la justicia del procedimiento pero, no dice cuáles son las condiciones que hay que tener para que un procedimiento se considere justo y esto es bastante grave para uno de los teóricos famosos del derecho. Uno dice, tú estás diciendo que la verdadera justicia es la del procedimiento, pues imaginémonos que tienes razón, supongamos que así es, entonces, ¿cómo la defines?, ¿qué se necesita para que un procedimiento sea adecuado?, ¿para que sea justo? Rawls no lo menciona. Tampoco lo dicen los politólogos que aplican sus esquemas en los procedimientos de decisión política. De vez en cuando alguien avanza un poquito más allá y dice: es justo el procedimiento en el que los interesados pueden decir su parte y esto no es ningún descubrimiento. Entonces, los problemas se tornan a más graves, porque si el único concepto de justicia que tenemos es el del procedimiento, y si no sabemos cuándo un procedimiento es justo y cuándo no lo es, pues estamos ante un vacío y si no tenemos instrumentos a partir de estas teorías para ocuparnos de ese tipo de procedimiento de decisión que nos interesa, pues se producen efectos graves.

Los que piensan esto hacen a un lado el hecho de que, un procedimiento puede ser de por sí justo, en sí justo, pero eso no nos dice que va a producir resultados necesariamente correctos. Cuántas veces sucede que, vemos un proceso seguido de acuerdo con todas las reglas que consideramos justas y, sin embargo, vemos en el resultado que esto no es aceptable. No hay ninguna implicación lógica entre decir: “este procedimiento se llevó a cabo en una forma justa y, por lo tanto, lo que deriva de este procedimiento es justo”, excepto, si hacemos un terrorífico círculo vicioso y decimos, “lo que se deriva es justo”, no porque es justo en sí, sino porque es justo el procedimiento que lo emitió”. Esta es una especie de serpiente que se muerde la cola, es un juego de palabras en el que falta el contenido.

El hecho de no poder decir, si lo que un procedimiento produce es justo o no, porque, de todos modos nació de un procedimiento que se supone justo, aun no sabiendo, cuándo es justo y cuándo no lo es, no me parece un gran resultado teórico.

Sospecho que estos discursos, estos asuntos no sirven absolutamente para nada, es decir, lo que hacen es desplazar el problema a una dirección en la que no obtenemos gran cosa.

El hecho de que existan estos problemas se refleja también en los últimos estudios psicológicos sobre la justicia del proceso, porque después de unos veinte años y no sé cuantos miles de dólares gastados, tratando de entender cuándo es visto un proceso como favorable por uno de los interesados, alguien pensó que quizá faltaba algo y, de hecho, los últimos estudios tratan de combinar las dos dimensiones: es decir, la justicia del procedimiento y la justicia de los resultados, tratando de ver en qué medida las reacciones de aquellos que están involucrados en los procedimientos, están determinadas en sentido favorable o no favorable, en mayor o menor medida, con los procedimientos y por los resultados que produjeron los procedimientos, después de lo cual se acaba con el banal descubrimiento del agua tibia.

Después de treinta años de investigación, se encuentra que a la gente lo que le interesan son los resultados. Les interesa, claro, que el procedimiento haya sido justo; pero lo que más les interesa son los resultados. Ahora, estos psicólogos lo descubrieron, mientras, que cualquier persona con sentido común podría habérselos dicho hace treinta años.

Es muy útil que las partes de un procedimiento se traten en forma correcta y den la sensación de haber sido planteadas adecuadamente y haciendo valer la razón, claro que es muy útil. Sin embargo, estos interesados no harán caso de cómo va a resultar el proceso ¿quién gana? ¿quién pierde? ¿quién es condenado? y ¿quién es absuelto?, como si el hecho de haber estado en un ambiente procesal correcto fuera a resolver de por sí todos los problemas.

Yo que soy el indiciado en un procedimiento penal, voy a estar más satisfecho si tuve manera de defenderme, pero si me condenan en una forma que yo considero injusta, pues no voy a estar muy contento que digamos, aunque el proceso haya sido llevado bien. Esto no me resuelve el problema o me resuelve una sola parte del problema. De hecho, resulta en estas últimas investigaciones, que la sensación

de corrección del procedimiento es sólo uno de los elementos de la cuestión; pero, obviamente, relacionado con el resultado: el que gana el procedimiento, el que gana la causa, está más convencido de la naturaleza positiva del procedimiento si se le trató bien durante el procedimiento, pero, en forma paradójica, si un procedimiento que yo considero justo lleva a mi derrota, esto me molesta aún más, que no una derrota derivada de un proceso en el que yo pienso que fui tratado en forma incorrecta, porque digo, fui tratado en forma incorrecta, pues claro que después me hicieron perder, pero si digo, me trataron perfecto, me trataron muy bien y de todos modos perdí ¿cómo se explica?

Desde el punto de vista de la reacción psicológica, el segundo caso es peor que el primero, pero, de cualquier forma, sin meternos demasiado en los resquicios de esta cuestión, finalmente los psicólogos descubrieron que cuentan también los resultados de los procedimientos y, entonces, ¿qué se concluye de estos estudios?, pues no es que haya que tirarlos a la basura por completo porque, desde el punto de vista del análisis de las reacciones de aquellos que están involucrados en la administración de la justicia, estos factores que se refieren a la satisfacción o la insatisfacción de los que acceden a la justicia o de los usuarios de la justicia, pueden tener efectivamente un peso.

Un sistema de administración de justicia que quisiera tomar en cuenta el impacto de las decisiones judiciales sobre los destinatarios o sobre el ambiente social en general, tendría que tomar en cuenta estos factores y, por lo tanto, desde el punto de vista de la democracia del sistema, por lo menos, algunas de las cosas de los análisis psicológicos pudieran demostrar en forma empírica, tendrían que ser revaloradas. De esto resulta entonces, que emplear procedimientos que se pueden considerar justos, se vuelve un factor importante para la aceptación de las decisiones judiciales en el ambiente social en que van a producir sus efectos.

Por lo tanto, el hecho de que un procedimiento se desarrolle en forma correcta, se convierte en un factor importante por la aceptación de la decisión; se encuentra el hecho de que los juristas saben perfectamente, que la corrección del procedimiento es algo importante, no sólo para que se acepte la decisión, sino también por otras razones, como la aplicación de las garantías del proceso, las garantías constitucionales del proceso. Por ello la corrección del procedimiento, se transforma en un valor en sí; además de ser útil su aceptación en el plano psicológico. Para los psicólogos, los más interesados en el asunto, el concepto de que lo que cuenta es la impresión de que el

procedimiento se haya desarrollado en forma adecuada: eso es lo importante.

La justicia del procedimiento es útil para dar la impresión de que en ese proceso se hizo justicia; después de lo cual es problema establecer, si interesa o no que exista esta impresión. Es decir, que el sistema se comporte en forma justa.

Aquí, desde hace mucho tiempo se dice qué hacer. Creer que la justicia se hizo, es casi más importante que la realidad de la administración de la justicia; pero entiendan ustedes que así estamos en el punto límite, en el borde de lo que pensamos que es una oportuna reacción del contexto social, en cuanto a la administración de la justicia. Tenemos que estar muy conscientes del hecho que se está jugando, sobre todo con las apariencias, más que sobre la realidad.

Mientras la cuestión deje afuera el resultado de las decisiones, es un discurso de pura apariencia. Alguien puso en evidencia este aspecto. Es decir, el riesgo de instrumentalizar políticamente estas técnicas, porque son técnicas para inducir sustancialmente un consenso. Nosotros podemos hablar del consenso o de la aceptación de las decisiones judiciales; pero si razonamos como lo hacen muchos, en clave más general, aquí estamos hablando de un consenso político y de los instrumentos para inducir ese consenso.

De hecho, algunas de estas investigaciones psicológicas fueron criticadas y atacadas, precisamente desde este punto de vista, diciendo: ustedes, los psicólogos, no se están ocupando de cómo se hace justicia, sino de cuáles son las mejores técnicas para hacer creer que se hace justicia, y esta segunda versión no es muy agradable desde el punto de vista político y democrático, porque nos estamos moviendo de la justicia verdadera hacia la televisión, con una actitud según la cual, los procedimientos del estado democrático son ficticias, los procedimientos son ficticios y tienen sentido, porque logran inducir un consenso general a favor del que manipula o del que maniobra los procedimientos, independientemente del hecho, de que los contenidos de estos procedimientos sean o no aceptables.

Este es un riesgo mayor en el plano político general. Decir, para nosotros, la justicia es la justicia del procedimiento. Podemos estar convencidos del hecho de que esto es una ficción; que son mecanismos empleados a propósito para inducir un consenso sobre cualquier cosa, pues esto no es algo fácil de aceptar, me parece a mí, así como

tampoco es fácil de aceptar el discurso que dice que, la justicia substancial de una decisión judicial no cuenta, porque al fin, lo que importa es que las partes del proceso hayan tenido la impresión de haber sido tratadas en forma correcta.

De esta manera hemos tocado dos o tres problemas de carácter muy general, que se refieren a la justicia en general y a la justicia de la decisión judicial en forma particular. Repito, me parece que el aspecto más grave de estos problemas, surge en el momento en el que se dice, más o menos en forma clara, que la única manera seria de abordar el tema de la justicia del proceso o de la decisión judicial es no hablar de la justicia substancial de la decisión, lo cual no es intuitivo con respecto a las formas normales en las que la gente piensa en la justicia. Va contra la intuición, porque la gente, en lo que piensa, es en los resultados, pero esto también es políticamente peligroso.

Si se leen los ensayos acerca de la función del juez, exclusivamente desde el punto de vista de la teoría de la justicia, resulta que lo único que el juez tiene que hacer es dar a las partes la impresión de que las está tratando de forma correcta y eso es todo; porque la justicia de procedimientos es esto: tratar a los sujetos de forma correcta.

Ustedes son jueces, lean estas teorías desde el punto de vista de la función del juez y pueden descubrir que los resultados podrían ser desastrosos, porque su oficio se convierte en el de árbitro.

Retomamos así un problema del que habíamos empezado a hablar la primera clase, cuando les dije, hagamos una distinción entre, por un lado, administración de la justicia, como aplicación del derecho en cada caso concreto y, por otro lado, el proceso como técnica de resolución de controversias, en donde, por cierto, la técnica es indiferente; es decir, es indiferente el criterio con el cual la controversia se resuelve.

Pueden ver que hay una relación entre el proceso, como técnica para resolver controversias y la teoría procesal o de procedimientos de la justicia, porque en ambos casos, el ambiente general cultural no es el mismo. En ambos casos, la atención va hacia el procedimiento de lo que llamamos justicia substancial. Es como si se razonara en un sistema, en el que la justicia substancial no existe o nos resignamos a pensar que no sabemos lo que sea y, en todo caso, y en cualquier caso no estamos en posibilidad de asegurarlo. Entonces, existe esta correspondencia entre teoría del proceso como solución

de las controversias y teoría de la justicia, vista únicamente como instrumento para resolver las controversias. Entonces, la función del juez se convierte en una función absolutamente pasiva. El juez es el árbitro de la competencia entre las partes públicas o privadas, lo que la ley debe asegurar únicamente es que, el juego se desarrolle de forma relativamente correcta; su función es la de árbitro, es una función que, por lo menos, teóricamente sería inútil, porque, como sucede en un juego de fútbol o en cualquier otra competencia, si los que participan en el juego se comportan de forma correcta, no se necesita la intervención del árbitro. Imagínense un juego de fútbol en el que nadie comete faltas, el árbitro ¿qué hace? Espera que la competencia termine y punto.

Esta es la función del árbitro. Si nadie comete faltas, no hay ningún problema y así también para el juego de ajedrez, etc., El árbitro es tendencialmente inútil, porque si el juego se desarrolla en el respeto de las reglas, se puede muy bien prescindir del árbitro; pero cuidado, estamos en situaciones de competencia en las cuales, por definición, las reglas del juego deciden al ganador o al perdedor.

En el fútbol se sabe quien gana y quien pierde, cuando termina el tiempo. Ahora, en todos los juegos, las reglas del procedimiento son las que determinan la derrota o la victoria de uno o de otro. En el proceso no y, tan es así que, ustedes saben muy bien lo que desde Calamandrei en adelante siempre se dijo: que el proceso es un juego. No nos percatamos que en el juego o en el deporte no existen criterios sustanciales que determinen al ganador o al perdedor. Las reglas de la victoria o de la derrota están implícitas o explícitas en las reglas del procedimiento, por lo que no ocurre que al final de un juego de ajedrez, por ejemplo, el juez diga entonces: "las cosas fueron así, el juego se terminó y ahora yo digo que el ganador es éste". En un juego de fútbol tampoco hay un árbitro que diga: "las cosas fueron así e independientemente de quien haya hecho los goles, el ganador es éste" (decisión emitida sobre la base de un criterio diferente a esas reglas, que son las reglas del juego de fútbol). Esto no se podría hacer.

En los juegos no existe la justicia sustancial. En los juegos el resultado se determina por los procedimientos. En el proceso no, y es por esto que las metáforas del proceso como juego son falsas o derivan de mal entendidos o producen mal entendidos. Por esto, no porque el proceso sea más difícil, más grave, más costoso, menos divertido que un juego de fútbol, sino porque es estructuralmente una función diferente, y es aquí de donde surge otro problema.

El proceso se define de formas muy diversas, como “una representación teatral”, como “un conjunto de relatos literarios”. Cada quién puede dar la definición que quiera, y quizás muchas de esas cosas, algunas veces se relacionan con algún aspecto del proceso, porque hay unos procedimientos, hay incluso aspectos rituales, llevar la toga, para la decoración de los salones de justicia, de los tribunales, de los juzgados.

La sustancia del asunto está en la estructura de estas situaciones. Yo sigo convencido de que en la estructura del proceso, en la estructura de la administración de la justicia están contenidas, como elementos irrenunciables (sino a costa de ver fantasmas) la aplicación de los criterios sustanciales que determinan el resultado final del proceso y, en consecuencia, que determinan también de la justicia de la resolución.

Sin ellos, no tiene mucho sentido hablar de justicia. Como digo a mis estudiantes: si debo ser sentenciado a muerte, prefiero ser culpable de verdad, pero esta es la justicia substancial, es la justicia fáctica; se requiere que la Corte haya aceptado el hecho de forma verdadera, de otra manera, no hay justicia. No bastaría siquiera una cuidadosa interpretación de las normas de derecho, realizada en el ámbito de un proceso muy correcto, en el cual, sin embargo, no se aceptan los hechos, esto es si no hay una verificación correcta de los hechos. Según lo que estábamos diciendo ayer, cualquier decisión es injusta.

Aquí llegamos al punto: quisiera hacer una apasionada defensa de la justicia substancial aun a través de procedimientos justos. Está bien, pero si no tenemos justicia substancial, corremos el riesgo de nada más tener charlas y proponer teorías peligrosas y entonces, el teórico frente a estas cosas debe dar un paso atrás, hacer un esfuerzo de pensar ¿qué consideramos justo?: consideramos justo lo que responde a ciertas condiciones, fuera de las cuales falta algo.

Carlos Vargas Baca:

Los principios y valores que se encuentran dentro de una norma jurídica ¿pesan en la decisión del juez cuando está resolviendo un asunto, para obtener una decisión justa?

Profr. Taruffo:

Claro que sí pesan. Desde luego estamos hablando de la interpretación y aplicación de la ley. El juez no es la máquina de silogismos,

de la que tanto se habló; tampoco es el aplicador pasivo y neutral de las normas a las que se refería Montesquieu. Claro que pesan las orientaciones, enfoques, juicios de valor, preferencias del juez, como individuo que desarrolla una función. El problema no es este, el problema es ver, ¿cómo?, ¿de qué forma pesan y dentro de qué espacios de la discrecionalidad del juez? y también ¿cómo se justifican estas selecciones? y aquí, repito, es un problema de autoconciencia del juez. La primera cosa que el juez debe evitar hacer es autoengañarse sobre el sentido de las operaciones mentales o conceptuales o lógicas que realice, en el momento en que está construyendo su decisión. Si un juez está convencido que los jueces no deben hacer juicios de valor, esto quiere decir que nunca se percatará que los está haciendo. Los hace, pero no se percata. No se da cuenta y, por tanto, lo más probable es que no los explique, no los justifique. Esto querrá decir que las razones reales de la decisión, que están también en las selecciones de valor del juez, quedarán en el misterio y, quedando así, nunca se justificarán. Entonces el problema no es decir el juez hace selecciones también en función de sus propias preferencias y orientaciones. ¡Claro que es así! Hay que ver cómo lo hace.

Por otra parte, si ningún juez hiciera selecciones de valor, en la aplicación de las normas, no existiría ni siquiera la jurisprudencia, porque se daría por descontado: que quién sea, frente a una norma y a un hecho llegaría al mismo resultado, y esto es una abstracción que, como decía la primera vez, constituido por algunos signos una ideología de la función del juez. Por otro lado esta ideología siempre funcionó muy bien en los regímenes autoritarios. Ahí les queda bien un juez que no elija, que sea un autómatas, que sea una especie de robot, que no pone nada suyo en sus decisiones, porque así, la regla efectiva de decisión no será la que el juez establezca, sino la que viene determinada desde arriba. Y los jueces independientes son a menudo considerados elementos peligrosos que hay que eliminar, aun cuando justifiquen sus decisiones de forma correcta y precisa, según las reglas.

Aquí el problema sigue siendo el del modelo general del juez, ¿qué se quiere o qué no se quiere? Entonces habría que identificar también a los sujetos de esta voluntad. Desde luego, que el otro aspecto importante es que, siguiendo sus preferencias, sus orientaciones, el juez reconozca los vínculos de los que hablábamos. Una vez más se requiere que el juez encuentre el punto de equilibrio entre los juicios de valor que realiza inevitablemente y las reglas del juego, principios de legalidad, la legalidad de interpretación, etcétera.

Julio César Cruz Ricárdez:

Creo que es importante destacar que en esta plática nos ha mostrado una veta más del conocimiento de la teoría de la decisión y del procedimiento o al menos, es lo que yo advierto y me parece muy interesante destacar lo siguiente: el aspecto psicológico y social del procedimiento y el aspecto psicológico y social de la decisión, me llevan a esta reflexión:

La credibilidad de las instituciones depende en gran medida de la confianza de la gente en su buen funcionamiento. Las instituciones judiciales deben entonces recuperar esa credibilidad a través del procedimiento justo y a través de las decisiones justas en el contexto de lo que se ha manejado a lo largo de todo este taller y toda esta semana. Finalmente considero que el resultado de todo esto será, que vamos a tener un orden jurídico basado no solamente en la fuerza material del estado, sino en la fuerza moral de sus instituciones, que es donde finalmente debe apoyarse esa fuerza material.

Prof. Taruffo:

Esto es correcto. Se trata de ver, como dije antes, cómo se define la aceptación social de las instituciones. Ese es el verdadero problema, pero también el riesgo. Es de la manipulación de la opinión pública, a través de instrumentos que no tienen nada que ver con la justicia de los procedimientos; sin embargo, es correcto que usted haya dicho que la aceptación social debe atañer, ya sea a los procedimientos, ya sea al contenido de las resoluciones. Yo, acerca de esto, estoy perfectamente de acuerdo. La línea de mi crítica apunta hacia el hecho de que no se tome en cuenta la justicia substancial de la decisión; se dirige también, hacia afuera del proceso. Lo mismo que se dice respecto del proceso cabe aplicarlo a cualquier mecanismo de formación de la lucha política o de funcionamiento de las instituciones públicas administrativas. En este caso, la crítica se enfocaría a quienes aceptan la idea de que ninguno tenga que fijarse en lo que son los resultados y consecuencias de las decisiones tomadas, porque, el punto importante es el cómo éstas se toman. A mí, me parece una idea políticamente suicida. Por otra parte, habrá también algún contexto en el cual, quizás, el aspecto del procedimiento tenga una relevancia, pero como idea de carácter general. También está el hecho de que la administración pública tome cualquier decisión, cuyo contenido no habría que discutir, a condición de que los mecanismos constitucionales de esa administración hayan funciona-

do bien. Esto a mí me parece una locura, porque uno decide, por ejemplo, excavar un hoyo profundo de cien metros en el zócalo y esto debe aceptarse como correcto, si se hizo cumpliendo con las reglas de los procedimientos. ¡Esto no puede ser!

José Manuel Quistián Espericueta:

En el estudio sobre una decisión justa, usted habló, primero, de la correcta elección, después, de la interpretación de la norma. ¿Este es el orden que hay que priorizar para determinar si una sentencia es justa o no?

Prof. Taruffo:

No es un orden riguroso, puede ser también modificado y puesto en orden cronológico, en el cual el procedimiento es anterior a la decisión final. Se pueden cruzar los asuntos, diciendo que, un procedimiento correcto es el que maximiza la posibilidad de llegar a una decisión justa sobre el hecho y el derecho y que no lo es si, por ejemplo, se está frente a un libre procedimiento en el cual es poco probable que se llegue a comprobar la verdad de los hechos. En el último caso nos colocaríamos en una situación procesal incorrecta, no justa, porque no nos permitiría alcanzar ciertos resultados.

Ayer, hablábamos de las reglas de exclusión de pruebas y decíamos, que en un proceso en donde las reglas de exclusión de pruebas son demasiadas es muy difícil para las partes poderse defender en derecho y, para el juez, es difícil comprobar la verdad de los hechos. Aquí estamos frente a un proceso, probablemente y de alguna manera, injusto, no porque sea injusto en sí, sino porque su mal instrumento para conseguir ciertos resultados está más allá de los esquemas que se simplifican a fuerza.

Habría que analizar también las interconexiones entre las tres condiciones de justicia, que no son cosas independientes entre sí. Yo las analicé independiente, pero están conectadas, quizás porque, de forma inconsciente, tenía la tendencia a atribuir una mayor importancia a la correcta aplicación del derecho y a la comprobación de los hechos, y no a la justicia del procedimiento. Si fuera así, quizá sería equivocado, pero diría que el punto principal en el análisis de las interconexiones es el hecho de poner entre las condiciones de la sentencia justa a las substanciales. Puede servir para entender algo de la justicia de procedimientos. Por ejemplo, en el momento en que yo

digo que es indispensable que se elija la norma correcta y que ésta se interprete en la forma mejor, se podría decir ¿cuál es la situación procesal que puede maximizar la probabilidad de un resultado de esta índole? La respuesta es: la situación en la que la contradicción de las partes esté garantizada al máximo, porque el juez no tiene la verdad con “V” mayúscula en su cabeza y, entonces, se puede decir que es la guía entre las partes. Es decir, el principio de la contradicción es el que constituye al instrumento procesal más favorable para que el juez resuelva bien en derecho. De esta manera se puede razonar diciendo: hay proceso más justo, en aquel donde la defensa de la partes encuentra un mayor espacio, y es menos justo, cuando la defensa de las partes se sacrifica; pero esto no es justicia en absoluto, en sentido weberiano. Es más justo el proceso que me permite más fácilmente formular una buena decisión sobre los aspectos substanciales.

Como pueden observar, ahondando en el análisis, se recaban muchas argumentaciones, pero el análisis de las interconexiones supone reconocer que las tres conexiones son necesarias.

Uno de los inconvenientes de la teoría puramente procesal es que ninguno sabe cuál es el proceso justo y cuál es el equivocado. Hay quien dice, que si el proceso atiende a la forma es más correcto que si no tenemos puntos de referencia. Entonces, yo menciono otro elemento (que necesitaría un análisis propio) que es, “la forma en la que se consigue el proceso”.

Frecuentemente nos olvidamos de algo que en mi opinión es muy importante: “el proceso es un instrumento”, el proceso no sirve para hacer procesos, sirve para tomar decisiones. Hay un libro hermoso de un amigo brasileño, Cândido Rangel Dinamarco, que se titula “La instrumentalidad del proceso”. El proceso es un instrumento, no una finalidad en sí, entonces, si es un instrumento, lo bueno y lo correcto en el marco del proceso debe analizarse, no en sí, sino en la lógica del medio con respecto a la finalidad. Se obtendrá un buen proceso, si el juicio sobre el instrumento procesal hace que los resultados de ese instrumento se puedan producir. Sin embargo, nada se puede hacer si el instrumento se desengancha de las finalidades por las cuales debe funcionar.

Si se examina el proceso por sí sólo, puedo identificar valores procesales que están perfectos: la defensa de las partes, la tutela de la dignidad de la persona, etc., Pero si razono únicamente de esta manera, transformo el proceso en alguna otra cosa, lo transformo en

una finalidad y, entonces, volvemos a caer en el círculo vicioso, por el que existe sólo lo que existe en el proceso.

Yo no me considero con los elementos para poder decir: el proceso de derecho común era mejor o estaba peor que el proceso italiano actual, o bien, lo que es mejor o peor del proceso norteamericano. No puedo afirmar esto, si pierdo de vista el hecho de que el proceso es un instrumento. Sería como juzgar un automóvil sobre un plano o por sus dotes de estética, sin preguntarnos si funciona o no. Esto sería un razonamiento de tontos, pero muchos lo hacen así con referencia al proceso, olvidando que el proceso es un instrumento, es un mecanismo, es una máquina. Todo lo que usted quiera, que no se autojustifica, está y se cae con los resultados que produce. Un pésimo proceso es el que produce pésimos resultados. No se pueden desenganchar estas cosas, sino a costa (se puede decir, pobre de este mundo) de deformar totalmente la substancia del problema.

Eugenio Partida:

Ante todo, maestro, agradecer toda esta semana de interesantísimos conceptos que hemos asimilado. La verdad nos dejan como cuando vamos a una fiesta y nada más nos dan botana. Con ganas de profundizar un poquito más y con hambre de conocer un poquito más a profundidad este pensamiento.

Recapitulando lo que he escuchado durante el transcurso de esta semana y algo muy positivo que nos han dejado ? pienso desde mi perspectiva? todas estas pláticas, es que ahora se está analizando el proceso desde el punto de vista que desde siempre debió haber sido, no desde un punto de vista meramente científico, donde se analizaban conceptos de acción, competencia, legitimación, las partes. No. Ahora se redimensiona y el proceso se analiza desde el punto de vista del objeto y fin que es el ser humano, que es la aplicación de la justicia, que es un producto netamente humano y desde esta perspectiva tendría más razón de ser el derecho procesal.

Profr. Taruffo:

Usted tiene razón, sólo que los procesalistas en general, o por lo menos los italianos, tienen graves responsabilidades, porque construyeron conceptos abstractos que en la mayor parte de los casos son completamente inútiles, y el procesalista se da cuenta de esto cuando, como me sucede a mi algunas veces, uno se va a otro orde-

namiento y descubre que esas personas no tienen esos conceptos y van felices de todos modos o, por lo menos, no viven más infelices que nosotros, que sí los tenemos. Entonces, no sé, después de haber estudiado de joven las 36 o 45, ya no se cuántas concepciones de la acción civil, después voy a Estados Unidos y descubro, que ellos no las tienen, no tienen ni una. No tienen ningún concepto de la acción civil, ni uno. Entonces uno empieza a reflexionar y dice, bueno, Estados Unidos son la potencia más grande del mundo y no tienen ni siquiera uno de nuestros 36 conceptos de la acción, pues ¿cómo le hacen para sobrevivir con esto? Entonces, platicando con algunos amigos, se sorprendían mucho más, de cómo le hacíamos nosotros para tener las cosas funcionando con los 45 conceptos. Bueno, yo se muy bien que por un siglo casi, la doctrina italiana, pero también la latinoamericana y la de ustedes, gastó unos esfuerzos increíbles para tratar de descubrir, cuál es el concepto puro de acción, sin darse cuenta que están tratando de buscar nada, de descubrir la nada, o sea, un ejemplo que ya apliqué, como si se tratara de definir el concepto puro del unicornio, sin preguntarse si existe o no el unicornio.

Los lógicos medievales discutieron muchísimo todas las características estructurales del unicornio. Después de algunos siglos alguien le dijo: oigan, pero fíjense que no existe, es tiempo perdido pensar en ello. Este fue el surgimiento de la ciencia. Si una cosa no existe, entonces para que gastamos tiempo, ¿cómo tratas de definir las características de algo que de todos modos no existe? Los procesalistas, y no sólo ellos, han hecho muchísimas de estas operaciones.

Por ejemplo, yo creo que ustedes no la tienen; pero en Italia, en cierto momento surgió la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo, para distinguir entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción especial administrativa. Enteras bibliotecas para tratar de identificar esta distinción, sin que a nadie se le ocurriera que si hay un problema que nadie puede resolver, probablemente el problema es el que está equivocado.

Según lo que yo sé, Italia es el único país donde en la cultura jurídica existe esta distinción, porque en los otros países europeos no existe. No está en Alemania, no está en Francia. Aunque todos estos países tienen una distinción entre jurisdicción civil ordinaria y jurisdicción especial administrativa, la distinción se hace de otra manera, de una manera mucho más sencilla. Ahora, si ustedes van con un jurista italiano y le dicen (yo lo hago algunas veces, porque me encanta escandalizarlos) “oigan, miren que esto es una tontería, y me dicen: cómo, él escribió un libro, escribió otros. Pero, contesto, ¿te das

cuenta que esto sólo sucede en Italia?, mientras que la administración pública existe en todo el mundo y en la mayor parte de los ordenamientos hay jueces especiales administrativos, ¿cómo vive el resto del mundo?, ¿cómo le hacen ellos?, ellos se desgastan menos para resolver el problema”.

Esto para decir que todos venimos un poco de una cultura procesalista en la que, lo que era el instrumento se volvió la finalidad.

Antonio Mercader:

Maestro, en el caso de una legislación de tradición romano-germánica, si un procedimiento es injusto, con independencia de que éste tenga la apariencia de justo, el juez debe, desde mi punto de vista y cuando esto sea posible, interpretar la norma de la manera más generosa para el justiciable, con el propósito de llegar a una decisión justa. Por tanto, podría decirse que el procedimiento judicial justo está o debe estar en buena medida en la voluntad del juzgador.

Profr. Taruffo:

Aquí hay que ser un poco más preciso, o sea, hay que aclarar más de lo que yo he aclarado hasta ahora sobre el punto de ¿qué es un proceso justo?, porque podríamos distinguir entre, por una parte, un proceso injusto en sus normas, en las normas que lo regulan, por ejemplo, un proceso que le impida a una de las partes que se defiende (hubieron de esos, los procesos de la santa inquisición eran así) y por otra parte, un proceso que está reglamentado por normas aceptables, pero que se administra en forma injusta.

Habría que distinguir, que el proceso regulado por normas injustas tiene el problema fundamental de la incompatibilidad de un proceso de ese tipo con las constituciones o con los principios fundamentales del derecho. Si tuviéramos un proceso con una norma que dijera, que el demandado en una causa civil no puede usar pruebas de testigos, tendríamos una norma discriminatoria entre las partes, que sería algo inconstitucional, porque violaría el principio de igualdad, que se refiere a las garantías de la defensa y, aquí, tenemos una primera manifestación de injusticia del proceso.

Cuando el legislador constitucional italiano no encuentra nada mejor que hacer, que introducir en el artículo 111 de la constitución, el proceso justo, lo hace para decir que, por algún lado, en la normativa

ordinaria que regula el proceso hay normas injustas, porque no corresponden a la idea del proceso justo. Por ejemplo, se discute si forma parte de la idea del procedimiento justo, la publicidad de la audiencia. Yo, por ejemplo, me sorprendí cuando descubrí que había grandes diferencias entre los distintos ordenamientos sobre el punto de que la audiencia sea o no pública. Entonces no puedo decir: yo parto de la idea de que la publicidad de la audiencia forma parte de la justicia del procedimiento y encuentro un ordenamiento, como el procesal civil italiano, en donde las audiencias no son públicas.

Quizás este es un elemento de injusticia en ese sentido, o en el sentido de ese proceso, o si parto de la idea de que la continuación de la sentencia es un requisito indispensable para la justicia de la decisión. Como hemos dicho, en cierto modo, me encuentro después otro ordenamiento que, incluso, excluye la obligación de la motivación. Puedo decir que esa norma es un elemento de injusticia en ese contexto; pero repito, estamos en el plano de la comparación entre normas ordinarias que regulan a los procedimientos, principios, garantías y valores de orden superior. En este caso, lo que es injusto es la norma, tal como está escrita, es un problema de normas y de control de constitucionalidad de las normas; pero este no es el único sentido. Nosotros podemos tener un proceso disciplinado por reglas, ninguna de las cuales es injusta, en este sentido, pero, que es manejado por las partes o por el juez en una forma injusta.

Hay normas que pueden ser interpretadas por el juez en forma tal, que violan las garantías de las partes; por ejemplo, las normas que permiten la decisión de la tercera vía, que de por sí viola el derecho de defensa de las partes. Pero si, además, el juez interpreta una norma en forma tal, que viola una de las garantías procesales de las partes, lo que es injusto no es la norma, sino la interpretación, el uso que el juez le da a la norma.

La otra hipótesis es la del abuso de los remedios procesales, que es un tema muy poco tratado pero muy importante. De las reglas del proceso podemos abusar; lo pueden hacer los jueces, pero con mayor frecuencia lo hacen los abogados. Hace cuatro años hubo en New Orleans un congreso internacional, donde yo tuve la suerte de ser uno de los ponentes, precisamente sobre los abusos de los derechos procesales, abuso que no es la violación de la norma o la nulidad de los actos, etc. Éstos ya se han calificado como violación de la ley.

El abuso es cuando es el juez o la parte, quien dispone de un poder discrecional en el ámbito de la disciplina del proceso, utiliza ese poder de manera formalmente válida, sin violar la norma, pero para conseguir resultados que no son permitidos. Por ejemplo, el abuso de las tácticas dilatorias por parte de los abogados. En fin, hay una serie de fenómenos. Si imaginamos que tenemos una idea del abuso de los derechos procesales, nos encontramos en una situación en que la norma se queda ahí y no es de por sí injusta, pero se aplica en forma, tal que consigue resultados injustos.

Pero aquí estamos ya en el plano de la interpretación y de la aplicación de las normas procesales. Yo creo que estos puntos son suficientes para ver cómo, incluso cuando nos encontramos frente a una normativa procesal que no es inconstitucional o que no es claramente injusta; sin embargo, bajo estas normas pueden haber fenómenos de injusticia procesal, que se derivan de la mala aplicación de buenas normas. Pero sí pueden existir, es más, son bastante frecuentes: procesos injustos que se celebran en la aplicación de normas que no son en sí injustas, y aquí entonces se trata de ir a la práctica, no a los modelos abstractos, sino a la práctica procesal, para dilucidar dónde la norma procesal se distorsiona, para conseguir resultados que no son los típicos de cierta norma.

Entonces hay distorsiones en la práctica del proceso que, como tal, va a ser injusto, porque si yo cometo un abuso de un derecho procesal mío, cometo una injusticia que va en daño de alguien más, de una de las partes, el juez, el administrador de la justicia general, etc. Hay un factor de injusticia, por ejemplo, en el abuso de los derechos procesales por parte de quien tiene el derecho, pero usa ese derecho para finalidades distorsionadas, como iniciar un proceso con la finalidad de luego chantajear a la contraparte y no para obtener una sentencia que va a resolver, sino que va a hacer presión sobre la contraparte para obtener algo injusto. Esto sucede todos los días.

Magistrado Leonel Castillo González:

Primero, quiero dejar constancia de lo sorprendente, lo valiosísimo del curso. Todo mundo sabe aquí que es difícil que yo enmudezca durante cinco días seguidos, de manera ? creo? que esto es constancia suficiente, porque habiendo tanta claridad, tanta sustancia, tanta coherencia en todo lo que se ha venido diciendo, creí que lo más prudente era escuchar, escuchar y seguir escuchando. De modo pues, que no son aclaraciones que le pido al maestro, pero si le quiero

hacer un comentario: En este país, que es el que yo conozco, muchas veces se confunde el valor del procedimiento. Coincido con que es instrumental, indudablemente; también que es un elemento fundamental ? de los tres que se han mencionado? para considerar justa la sentencia; pero me parece que especialmente éste, que es el más instrumental, no puede exigirse como químicamente puro, es decir, con un cumplimiento de llevarlo al extremo: milimétricamente cumplido, formalidad por formalidad y a nivel de lo que en Europa se maneja en casación y también en América. Menos en este país que ya quedó suprimida hace años; pero que está sustituida su función por el juicio de amparo directo y en parte, entre nosotros, por el juicio de revisión constitucional electoral.

A nivel del amparo, no en este tribunal, hay una corriente considerable que llega a casar (para ponerme en el ámbito de la casación) que llega a reponer procedimientos por violaciones menores o que durante el procedimiento pudieron ser mayores, pero que ya en el conjunto, con todo el acervo que se tiene del material recopilado, se tornan menores al final. Yo pienso que en estos casos, no se debe reponer el procedimiento. Así lo he sostenido permanentemente. Quisiera conocer su opinión a este respecto.

Prof. Taruffo:

Este es otro de los temas importantes, donde surge la responsabilidad de la doctrina que condiciona la práctica. Antes los juristas ingleses decían, que ningún proceso debía ser cancelado o borrado sólo con base en una nulidad formal del procedimiento. Los procesos debían concluirse con decisiones con respecto a la controversia; no eran para destacar las más minuciosas y detalladas nulidades, sobre todo, cuando se sabe perfectamente, como se decía, que al final del proceso, 99 nulidades de 100 se superaron. La idea de ir a recuperarlas es una locura; pero aquí también es una de las distorsiones de nuestra cultura. El hecho de pensar que las reglas que disciplinan los actos y los comportamientos de nulidad sean hechos a propósito para fabricar nulidades, es decir, el concepto de *actum nullo*, se ve como solito, ni siquiera dentro del contexto de la secuencia procesal, sino solo, con la consecuencia que usted mencionaba, es decir, que cuando el juez, formalista en un extremo, pesca que algún acto tiene un vicio, se derrumba todo el proceso.

Pero, una vez más, aquí también el problema tiene varios aspectos: uno, es el aspecto cultural, es decir en el ámbito de una cul-

tura decididamente formalista se pierden de vista las finalidades y se busca hasta el menor detalle: cómo está hecho el instrumento; pero no preguntando uno, si este detalle sirve para funcionar o no, simplemente por el hecho de hacerlo. Entonces, este es un defecto cultural y, a menudo, un defecto de las normas, porque si tenemos normas procesales exageradamente detalladas, por lo que se refiere a los requisitos de forma y contenido, por lo tanto, tenemos múltiples causas para la nulidad de los actos procesales, por defecto en la interpretación de estas normas, tanto por parte de los abogados como por parte de los jueces.

No olvidemos que los peores formalistas son los abogados, que en el momento en que yo tengo que buscar o tratar de bloquear la situación de mi adversario, todo funciona, y si por casualidad encuentro una nulidad que se dio accidentalmente hace diez años, me va a servir y la meto.

Este es un abuso de derechos de defensa, pero sí se hace. Después están los jueces que siguen a los abogados en esta misma línea y lo que resulta es una actitud que sería intolerable, si no hubiera por debajo algunos intereses, intereses poco probables, pero que sí existen.

El formalismo es una arma del abogado de serie, del abogado de segunda categoría. El abogado de primera categoría es el que combate, sabiendo que tiene la razón, y dentro de los límites en los que él sabe que tiene razón. El de segunda categoría es que lucha de todos modos, sobre todo cuando sabe que no tiene la razón y, entonces, lo que combate o contra lo que lucha, son los detalles del procedimiento; de ahí las nulidades y todo este tipo de cuestiones. Este es el caso en el que el juicio de mérito se va en una dirección y el instrumento procesal se va en otra. Pero ¿dónde está el aspecto ulterior del problema?: pues aquí, en donde las normas procesales, por lo general, son más específicas y detalladas, cuando se quiere dar menos poder al juez. Aquí es donde está “la balanza”.

Cuando las normas procesales son mínimas, son poco precisas y poco detalladas implica, inevitablemente, que la dirección efectiva del proceso la va a dar el juez. Con normas generales el juez va a disponer de un amplio poder discrecional para manejar el proceso. Cuando el legislador, en cambio, no quiere que sea el juez el que lo haga, la única técnica que tiene a la mano es introducir más normas, cada vez más detalladas, más precisas y más autosuficientes, por así decirlo.

Aquí llegamos a la nulidad, porque la nulidad es aquella sanción que actúa por sí sola y que no requiere un pronunciamiento por parte del juez, más que en forma, esto es, puramente formal. Es decir, el acto de nulidad ya es nulo de por sí. Llega un juez de casación y dice eso es nulo, pero lo que puso la bomba fue la norma y no el juez, y aquí no es un problema de técnica legislativa, es un problema de elección de política de derecho, es un problema que se refiere, por ejemplo, a la adopción, de tipos de procedimiento más o menos formales o más o menos sumarios. Eso es lo que cambia la función del juez.

Una posibilidad es que cada mínimo pasaje, cada mínima eventualidad del proceso, en un Código de Procedimientos de 1200 artículos, esté regulado por la ley. La otra es que haya una regulación del procedimiento con base en principios o normas, o de etapas fundamentales. Lo que no cubre el legislador lo tiene que cubrir el juez. Aquí el juez cumple una función activa mucho más amplia y mucho más intensa.

No es casual que, los códigos del siglo XIX, “que eran aquellos que querían que el juez no tuviera mucho poder”, eran códigos larguísimos, muy extensos. ¡Claro! Si yo quiero excluir el poder del juez en esta parte y en esta otra y también aquí, lo que tengo que hacer es poner diez normas que sean muy largas. Si por el contrario, quiero que el juez maneje el procedimiento, entonces pongo una sola norma que sea de “principio” y que el juez ahí vea como lo maneja de la manera más rápida y eficiente.

Existen todos estos problemas. Un poco de tradición histórica pero también de elección en torno, no sólo a la disciplina del proceso, sino más a quien tiene que determinar el funcionamiento práctico del proceso. La existencia de excesivas formalidades, no es casual, sino que deriva de una cierta concepción de qué es lo que tiene que hacer el juez y qué es lo que tienen que hacer las partes en el proceso, después de lo cual, si la concepción es la del formalismo exagerado y detallado, siempre encontramos algún abogado que lo utilice en su provecho y también a un juez que haga lo mismo.

El formalismo es el refugio del juez, porque el juez formalista es el que tiene miedo de decidir. Yo veo, por ejemplo, que los jueces más formalistas son los más jóvenes. Uno esperaría que si alguien tiene treinta años, no razone como si tuviera noventa y nueve años. El juez de treinta años no quiere tomarse la responsabilidad de una elección

discrecional, entonces, donde encuentra una solución formalista, una nulidad, etc., pues, está satisfecho. Si ese juez encuentra tal solución se siente tranquilo. Debajo de ese formalismo exasperado e inútil hay una convergencia de malas costumbres y de malos intereses, unidos de juez y abogado.

Después, al final, el resultado va a ser que la casación o el pronunciamiento de cientos o miles de sentencias, acaba en que tal acto era nulo, por lo que no se podía llevar el proceso, y la sanción al final tiende a una situación desastrosa, que tiene su origen en cómo el legislador configura la normatividad del proceso con base en el papel que se quiere dar o no se quiere dar al juez y, después, en el hecho de cómo intereses inconfesables, tanto de los jueces como de los abogados, convergen y obligan o fuerzan estas situaciones más allá de lo razonable. Como ustedes pueden ver, hay explicaciones socioculturales de estos fenómenos. El formalismo exasperado es sólo la punta del iceberg.

Dra. Bonifaz:

Nos llega de Toluca una pregunta de Antonio Valadez, a quien le agradecemos que haya participado prácticamente todos los días, que dice: ¿podría presentarse el caso de que la decisión no fuera justa en cuanto a su resultado, pero sí en cuanto al proceso y el juez a través de una argumentación adecuada convenza a las partes de que la decisión fue justa también en cuanto a los resultados?

Profr. Taruffo:

Bueno, a lo mejor lo dije, pero no muy ampliamente. Puede suceder perfectamente que un proceso que funciona como procedimiento correcto, después llegue a una decisión no justa bajo un perfil substancial. Todo funciona perfecto, todo va bien, las partes se defienden, hacen valer sus argumentos y, después, el juez se equivoca cuando interpreta la norma substancial y la sentencia se vuelve injusta. Todo funcionaba bien, pero, por ejemplo, el juez se equivoca considerando que uno de los testigos dijo la verdad (pues también puede suceder).

Esto lleva a decir que la justicia del procedimiento puede ser importante sí, pero no garantiza la justicia de los resultados. Podemos tener un procedimiento que en sí es justo, pero que produce decisiones equivocadas. Naturalmente decisiones equivocadas, si el juez no es un ingenuo, pues le da una motivación, una buena justificación. El juez tendrá que explicar por qué interpretó la norma de esa

manera, aunque él es el único en todo el universo que piense que el significado sea tal, o quizá va a explicar por qué creyó en un determinado testigo, aunque ese testigo no fuera creíble. Estas son cosas que suceden todos los días.

El otro aspecto: que el juez logre persuadir a las partes de que la sentencia es justa, aunque no lo sea, pues eso también es algo que vemos todos los días porque, retomando cosas que ya dijimos en días pasados, ¿cuál es el límite entre lo que parece justo y lo que verdaderamente lo es?, o lo que es injusto, pero que se cocina o se prepara como si fuera justo. Si el punto va a ser la persuasión de las partes, bueno, pues la persuasión es un hecho, *de facto*, no es un hecho de carácter normativo; depende de la inteligencia de las partes y de sus abogados, si uno se va a considerar persuadido por una sentencia que es evidentemente errónea o no. La persuasión no depende de la justicia, depende de otros factores. No depende de la justicia de la decisión, depende de la habilidad de aquel que está persuadiendo y de la limitación de quien se está dejando persuadir; pero estas son variables prácticas, que se pueden presentar de las mas distintas formas, según cada caso.

Juan Manuel Sánchez Macías:

Qué papel puede asumir como pensador, como investigador, estudioso del derecho en el siguiente caso: si bien es cierto, que jurídica y estructuralmente, decisión justa solamente hay una. Pero hablando valorativamente, cuando por diversidad cultural o dentro de una misma cultura, ciertas etnias tienen su propio proceso y llegan a una decisión justa, que incluso dentro de una misma cultura, nos aterrorizaría y digamos eso no es justo, no fue un proceso justo, aclaro que es desde el punto de vista sociológico-psicológico, como nos ha explicado usted. Desde el punto de vista jurídico, pues, sí fue la más justa, porque fue la que el juez con todos los elementos que su sistema jurídico, sus usos y costumbres lo aplicó. Cuando pensamos, por ejemplo, que en determinado momento pueden imponer azotes, palos o algo semejante por la comisión de un delito, cuando ellos en determinado momento, la mujer según nuestra concepción no ha tenido o no tiene la situación real que en un mundo occidental se le da, cuando para ellos, según nosotros sigue siendo una cosa y a veces menos que eso, la mujer, hablábamos por ejemplo de la Santa Inquisición. Pero pongamos en el caso, hablo por ejemplo de lo que menos desconozco, el caso de México: durante tres siglos, verdaderos jueces que crecieron con eso y que para ellos fue una decisión

verdaderamente justa y pensante, incluso respeto algún poder superior, un poder divino y crearon ese tipo de situaciones y a nosotros hoy nos aterroriza, pero fueron jueces muy sapientes, excelentísimos, etc. Que ellos cumplieron con su misión, que casi subieron al cielo, según ellos, con la aureola y son santos, ante ese tipo de situaciones un gran pensador como usted, un gran maestro, ¿qué piensa? o que posición asumir, ¿lo dejamos así nada más?, ¿es cuestión de cada cultura y nada más para la reflexión? ¿qué piensa alguien como usted?, cuándo la justicia con “j” minúscula parafraseando un poco su propio vocabulario, se enfrenta a veces con la justicia con “J” con mayúscula y es “J” del mundo occidental, me gustaría mucho escuchar su punto de vista al respecto.

Profr. Taruffo:

Esto es un grupo de problemas muy importantes, porque, por una parte, cada cultura, aun al interior de la misma unidad política, tiene su concepción substancial de lo que es justo y lo que no lo es y quizás varias concepciones de lo que es la justicia procesal y, considerando esta dimensión, estamos tentados a ser absolutamente relativistas. Existen muchas culturas y, por tanto, muchos conceptos de justicia. Cada quien tiene el suyo. Sin embargo, esto es únicamente un aspecto complicado, pero sigue siendo un aspecto del problema porque, si volvemos al punto de la decisión judicial que aplica el derecho, aquí es donde se complica, porque podemos inclusive tener, y tenemos *de facto*, ordenamientos jurídicos que, consideran como prohibidos comportamientos que en cambio, de acuerdo con orientaciones culturales o religiosas o son permitidos o son obligatorios. Inclusive, por ejemplo, en Europa, en algunos países surge el problema de aquellas operaciones sobre las mujeres que se hacen por razones de índole religioso y cosas así, que según el derecho del Estado en Italia como en Francia son crímenes y deben ser castigados según la ley penal, porque si yo hago un acto así, debo ser castigado de acuerdo con el código penal y qué diferencia hay desde el punto de vista de derecho del Estado, si quienes cometen un acto así son musulmanes o vienen de una etnia o cultura en el ámbito de la cual, esa conducta no sólo es lícita sino que es un deber, es obligada. Aquí yo me convierto en positivista y formalista frente a problemas de esta índole. Yo soy ciudadano, vivo en un ordenamiento en el cual un determinado comportamiento es un crimen y permanece tal, no importa cual sea la cultura del sujeto que lo realiza, de otra manera volvemos a la situación que existía en Europa, en la época de los reinos bárbaros, para los cuales cada quien tenía su derecho. Si yo era romano,

tenía un derecho, si era un godo tenía otro derecho, si era longobardo, otro, etc. Esto ha sido ya rebasado desde hace siglos. Entonces sería, inclusive, anti-histórico decir que como tú eres musulmán aun viviendo en México, tú te llevas lo que es tu religión, porque vives en un sistema que te lo permite y que no es integralista.

Como ustedes saben muy bien, en estos países integralistas uno ni siquiera puede llevar en su religión; entonces, lo máximo que un país democrático puede decir: tú puedes tener tu religión y puesto que yo te garantizo la libertad de religión, puedes practicarla, pero te debes atener a la ley penal de este estado. De ahí que deba, distinguirse lo que es religión y lo que es derecho. El derecho tiene su autonomía con respecto a la moral, a la religión y todas estas cosas más. Esto es un límite. En mi opinión, el límite jurídico fundamental al multiculturalismo es precisamente éste; ¡pero cuidado!, porque surgen fenómenos que tienden a volver inciertas estas cosas.

Voy a ponerles dos ejemplos: en muchos estados europeos, Inglaterra por ejemplo, pero también Turquía y otros, hay problemas relativos a la aplicación o no del derecho islámico, sobre todo en materia de familia, pero no son tanto ahí, porque hay fuertes comunidades islámicas y en el derecho islámico no opera la distinción entre derecho del estado y el derecho de origen religioso. El derecho islámico es derecho y religión al mismo tiempo. Entonces, lo que acabo de decir es, por ejemplo, en cuanto a la validez de la poligamia, que se rige por el Corán, pero que está prohibida por la ley del estado. Los musulmanes dicen, aquí no es religión aquí es una ley, es una ley distinta a la de ustedes, pero es ley, entonces mi segundo, tercero, cuarto matrimonio debe ser reconocido como fenómeno jurídico no como actos de fe religiosa.

De esta forma, en el marco de un ordenamiento nacional que sigue ciertas reglas, sale la pretensión de que se vuelva sistema del derecho personal, es decir, yo soy musulmán, entonces puedo casarme cuatro veces, tú no eres musulmán, entonces haz lo que se te antoje, según la ley del estado.

Ahora fenómenos de esta índole, están creando muchos problemas, inclusive también en un país substancialmente musulmán como es Turquía, puesto que Turquía es un régimen político laico, aun cuando cierto porcentaje de la población sea musulmana, Hay musulmanes que quieren que se reconozca el derecho musulmán por parte del estado y que es en cambio laico. Entonces, cuidado. Estos son

graves problemas que están surgiendo en Europa y sus alrededores, donde lo que hasta ayer nos parecía obvio, que una cosa es el derecho y otra cosa es la religión, ya no es tan obvia.

Por otra parte, hubo casos de cortes penales en los Estados Unidos, donde las cortes aceptaron lo que se define como *culture of defense*, la defensa de la cultura. Les platico en dos minutos, un fulano rapta y viola a una muchacha. El procedimiento penal se instruye por rapto y violación. Yo procedo de una isla del archipiélago de las filipinas, donde una conducta así, es la modalidad para poderme comprometer, existe también en la isla de Sicilia, es la modalidad que según mi cultura no es un delito. Tú no me puedes condenar, no me puedes sentenciar. Hubo casos recientes de cortes americanas que aceptaron como razonable causa de impunidad el hecho de que, según la cultura del acusado, esa conducta fuese lícita o inclusive obligatoria en vez de prohibida.

Les pongo estos ejemplos concretos acerca de lo justo o injusto, pero estos son problemas que surgen realmente y el juez que decide frente a casos así para volver a lo que decíamos antes, dependiendo si se trata de una cosa más o menos sensible, según el juez ante hechos culturales de cierta forma, podrá inclinarse o decidir de una forma o de otra.

La corte americana que absolvió a ese violador, porque en su tierra se acostumbra así, es evidentemente una corte proclive a reconocer un gran valor al multiculturalismo. Una corte menos proclive a dar importancia a estos hechos socioculturales habría encarcelado al violador condenándolo, como si fuera un norteamericano, de acuerdo con las reglas, no sólo del derecho, sino también de costumbres y de la justicia americana.

Aquí pueden observar, no tanto como opciones políticas, sino que la mayor o menor sensibilidad hacia temas referentes a cómo las diferencias étnicas pueden influir en la decisión. En un caso así, quien es un positivista como yo, dice, estos están locos y habría que mandarlos a la cárcel, y un sociólogo que quizá estudie desde hace treinta años el multiculturalismo en Indonesia, quizás sea más proclive al decir, él tenía buenas razones para hacer lo que hizo, que después le suceda vivir de casualidad en un sistema en el que sus valores no son reconocidos por el derecho, bueno es otro asunto. Estos creo son ejemplos bastantes claros para poder reflexionar acerca de ellos.

Mauricio:

Yo quisiera hacer referencia al aspecto que veo dentro de todo lo que usted nos ha dicho durante esta semana. Me parece que, en lo que tiene que ver con el juzgador, todo radica en la actitud, también en las partes, pero en la actitud que tenga frente a los conflictos que se le plantean y esa actitud la veo cuando se habla de miedos del juez, del valor del juez, cuando se habla de la conciencia del juez. El objetivo que cumpla con escucharlo y con haber estado escuchando también a mis compañeros, es que debe imperar en el juzgador una actitud positiva, una conciencia limpia ante lo que va a juzgar. No pretendo decir nada nuevo, creo que ya se ha dicho que mucho depende de los valores que tenga el juzgador y ahí es donde me detengo porque, siento que a partir de todo esto, llegamos a eso, a la actitud, al instrumento que representa el proceso, instrumento que puede ser de las partes o es instrumento de las partes, pero también es un instrumento del juzgador. Hay diferentes herramientas dentro de ese arsenal, del que representa el proceso como instrumento, pero cuando esas herramientas son utilizadas con fines o con propósitos que no van de acuerdo con la función de esa herramienta, la herramienta se rompe, la herramienta deja de funcionar para lo que estaba hecha, entonces el que nosotros sepamos identificar eso, me parece muy importante. Me parece muy importante que nos llevemos eso ¿en qué radican nuestros motivos más profundos como juzgadores, como proyectistas?

El ser honesto a la hora de estar proyectando, el ser honesto a la hora de estar tratando de entender un asunto y no estar pensando, quizá, en que tenemos que comprar la leche, que tenemos que ir a dejar la ropa a la tintorería, porque esas cosas nos sorprenden y hacen que le pongamos menos interés a lo que estamos haciendo. Entonces eso es lo que yo llevo como objetivo. Le agradezco mucho el que haya abierto mi mente, que me haya permitido ver estas cuestiones, pero si siento que eso es lo que debemos llevarnos y también la idea de estarnos alimentando constantemente de esto para no perderlo, porque si no nos alimentamos de estas cosas, vamos a perder esa actitud y nos vamos a dejar llevar por la inercia de todo mundo.

---

## PALABRAS FINALES

---

Dra. Bonifaz:

Gracias Mauricio, ahora que ya empezaste con este esquema de evaluación, les van a pasar unas hojas para evaluar el seminario, pero además, cuando venía para acá se me ocurrió que podemos hacer un ejercicio. Las reglas son: todos nosotros, empezando por el magistrado Mauro Miguel Reyes Zapata y terminando con el Profr. Taruffo, vamos a decir, esa es la regla, una sola palabra, una sola, que tenga que ver con lo que nosotros pensamos, puede ser respecto al profesor Taruffo en relación a su personalidad, en relación con lo que ha dicho o en relación con lo que nos ha dejado, cualquiera de las tres cosas, pero la regla es una sola palabra, nos vamos pasando el micrófono.

Profr. Taruffo:

Con una sola condición. Yo tengo que salir, porque mi presencia puede condicionar.

Dra. Bonifaz:

No, no hay problema con lo que escuche.

Dra. Bonifaz:

Una sola palabra, no frase, una sola palabra para que la dificultad aumente. La palabra se puede repetir, ¿qué nos ha dejado el seminario? ¿con qué palabra resumiríamos todo?

Magdo. Mauro Miguel Reyes Zapata:  
“Híjole”

Flavio Galván:  
Reflexión

Arquímedes Loranca Luna:  
Sacrificio

Octavio Bolaños:  
Asombrado

Armando Hernández:  
Admiración

Julio César Cruz Ricardez:  
Extasiado

Aurora Rojas:  
Plenitud

Dinoraí:  
Reconocimiento

Karime Valenzuela:  
Inteligencia

Ana Celia Cervantes:  
Claridad

Andrés Vázquez Murillo:  
Ilustrativo

Mónica Cacho:  
Valores

José Manuel Quistián:  
Conciencia

Herminio Solís:  
Excepcional

Jaime del Río:  
Gratitud

Carlos Zerpa:

Virtud

Juan Manuel Sánchez Macías:  
Satisfacción

Mauricio Barajas Villa:  
Conciencia

Mario Torres:  
Claridad

Lorena Taboada:  
Entusiasmo

Javier Ortiz:  
Análisis

Armando Maitret:  
Razonabilidad

Juan Carlos Silva Adaya:  
Maestro

Félix Cerezo:  
Conocimiento

Hugo Domínguez Balboa:  
Enseñanza

Carlos Vargas Baca:  
Reflexión

Gabriel Mendoza Elvira:  
Estudio

Norma Inés Aguilar:  
Valores

Antonio Mercader:  
Profundidad

Esther Hernández Román:  
Sabiduría

Jabín Reyna Maldonado:  
Conocimiento

Claudia Zavala:  
Motivación

Fanny Escalona:  
Gratitud

Héctor Galindo:  
Magnífico

Ricardo Celis  
Compromiso

René Casoluengo:  
Reflexiones

Magdo. Carlos Ortiz:  
Objetividad

Magdo. Leonel Castillo:  
Sabiduría

Profr. Taruffo:  
Conocimiento

Dra. Bonifaz:  
Fascinación

Creo que ha estado todo muy bien, vamos a repetirlo cuando veamos el video, para hacer una síntesis.

Déjenme decirles que por la posibilidad que he tenido de estar cerca del Profr. Taruffo, incluso antes de venir para acá, llegué a la conclusión, que es un hombre muy completo en muchos sentidos, que no sólo se ha dedicado, por fortuna, al derecho. Algún otro día vendrá a hacer, no sé, algún trabajo sobre crítica de arte. Como hemos escuchado ha hecho algunas reflexiones muy frecuentes sobre Dworkin. En algún momento dijo qué no le gustaba de Dworkin. Yo puedo decir que él, más que tomar los derechos en serio como Dworkin, toma los deberes en serio y eso es parte también de la enseñanza.

El trabajo que hace previo a venir a darnos una plática, la concentración que tiene durante la exposición es admirable. Si se dan cuenta, el discurso no sólo es ordenado sino que además lleva toda una integración a partir de una hoja que le sirve de auxilio. Me contaba que alguna vez alguien le dijo: ¿cuánto te tardaste, por ejemplo, en preparar esta conferencia? y el contestó, “dos horas y treinta años”, porque muchas veces, lo que uno llega a decir, no es algo que se le ocurrió hoy en la mañana, es un trabajo de muchísimos años, aunque volverlo a preparar, lleva cierto tiempo.

Yo creo que nosotros sabemos que muchas veces alguien dice, ¡a ver que se me ocurre a la hora de mi exposición! esto es realmente irresponsabilidad.

Cuando por el correo electrónico le dije que estábamos preparándonos para su taller, que estábamos haciendo el Pre-Taruffo, las lecturas, las traducciones, el me dijo, “bueno, entonces yo también debo prepararme, para no estar en desventaja con relación a ustedes”. Esto mueve un poco a risa, ¿cómo es posible que un hombre que ha escrito él sus cosas, tenga que prepararse sobre lo que sabe?

También creo que hay que agradecer la claridad en su exposición. Cuando alguien dice: “si no entendí nada de las conferencias, significa que sabe mucho el señor”, pues no es el caso, el señor al que no le entendemos nada no sabe expresarse, aquel que no entendemos qué quiso decir, no sabe comunicarse, por eso qué bueno que apareció en este ejercicio la palabra comunicación.

Me contaba además, que cuando estuvo en Estados Unidos, hizo ejercicios de lógica y también acudía a las clases de los ingenieros, para aprender a razonar y para hacer ejercicios de razonamiento de manera distinta; pero además, como deporte, practicó el tiro de arco, aunque ustedes no lo crean, dice que este deporte no sólo lleva el ejercicio de los músculos, sino que lo más importante es lograr tener, como nosotros llamamos, “la mente en blanco” y una concentración total y absoluta. Si se logra esto, no distraerse para nada se siguen los argumentos completamente ordenados, así que incluso esto del tiro con arco puede ser para alguno de ustedes un ejercicio recomendable.

Ha sido un privilegio, estar cerca del profesor conociendo un poquito más de su vida, de muchos de sus avatares, ya nos platicó su relación con Wróblewski, su trabajo en él círculo del Bielefed etc. Es tan apasio-

nante, que creo que podemos rescatar todavía muchísimas cosas, una vez que de nuevo, después de la publicación, lo volvamos a pensar.

Magistrado Reyes Zapata:

En realidad me costó trabajo, en una sola palabra poder expresar toda la satisfacción, todo el gusto que deja este seminario. No encontré la palabra adecuada para expresar, cómo hay situaciones que a uno le llenan. Me pareció que Aurora fue la que dijo que era “plenitud”. Es la palabra que no pude encontrar, una cuestión de satisfacción en cuanto a inquietudes intelectuales, satisfacción en cuanto a claridad de los fines, satisfacción en cuanto a las reflexiones.

Mencionaban también palabras como: conciencia. Tener valiosas referencias para estar conscientes de lo que uno está haciendo, del papel que se desempeña. Se habló también de finalidades, el estar plenamente conscientes y ver que hay metas que alcanzar, ver que hay que trabajar en varios aspectos para tratar de desempeñar la función de la mejor manera; pero, quizá la conclusión es que cada una de las palabras que pronunciaron cada uno de los compañeros como, maestro, valores, cuestiones de virtud, de reflexión, creo que eso es todo lo que debe dejar un seminario, no sólo un aspecto informativo, en donde la información fue valiosa, sino que además, movió las cuestiones de reflexión y nos señaló metas que deben ser alcanzadas.

Todo lo de hoy, todo lo de la semana me pareció interesante. La reflexión sobre que el proceso en sí, no es un fin en sí mismo, es un instrumento, es un medio. La finalidad es resolver una controversia, pero él, Taruffo, no sólo se quedó con la resolución de la controversia de una manera formal, sino con la emisión de una sentencia justa. Todas esas cuestiones nos dejan un buen sabor de boca y por eso insistiría que fue algo que nos llenó. Agradezco al Profr. Michele Taruffo que haya visitado el país, que nos haya visitado, que nos haya motivado, que fue otra de las palabras que fueron utilizadas por los compañeros, y también otra de las palabras que mencionaron aquí fue agradecimiento. Le agradecemos toda su gentileza, todo el empeño que puso en sus palabras. Presenciamos un derroche de cultura, de conocimientos. Muchas gracias y esperamos un pronto retorno.

Dra. Bonifaz:

Yo pediría también al Profesor Taruffo que ha estado por todo el mundo, que nos haga favor de decirnos qué le dejó a él el seminario.

Profr. Taruffo:

A mí me interesa ver las reacciones y tratar de comprender los motivos de sus preguntas, las razones de sus preguntas y desde mi punto de vista, cuando dije antes: “conocimiento”, lo dije en sentido distinto al de ustedes, porque ustedes, quizá, tengan la sensación de haber aprendido algo de mí y yo aprendí mucho de ustedes y esto, lo que más allá del empuje del estímulo que llegue de mis ideas al tratar de comunicárselas a ustedes, fue para mí un resultado muy importante. Así como a menudo aprendí mucho de mis estudiantes, aprendí a oír mucho de ustedes en estos días de discusión; pero no sólo eso, fue una de las ocasiones no muy frecuentes al contestarles en que tuve la sensación que lo que estudié sirva para algo. Con frecuencia uno piensa, o tiene la sensación, de estar estudiando por sí mismo, para nadie. Algunas veces, sucede que uno siente que lo que ha estudiado puede comunicarse y pueda servir para alguien y para algo. Esta fue una de las oportunidades más bellas para mí, en las que tuve esta sensación exacta, no estudié esos dichosos treinta años para nada o para mí mismo y nada más.

Además encontré grandes amigos, como decía hoy en la mañana, me encontré en un ambiente de personas prácticamente único. Cierto es que viajo por el mundo, pero no con frecuencia me encuentro un ambiente como este, entonces soy yo el que a fin de cuentas tiene que agradecerles a ustedes lo que me dieron a mí, agradecer a los organizadores por la invitación, pero ahora les agradezco a todos por lo que yo pude recabar de este seminario.

Dra. Bonifaz:

De nuevo, nuestro agradecimiento no sólo por sus conocimientos, sino sobre el gusto por nuestra cultura. Para finalizar, también agradezco a todas las áreas del tribunal que apoyaron para que esto fuera, sin que tenga que ser probado, por su evidencia, un éxito.

# ANEXOS

---

## IDEAS PARA UNA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUSTA\*

---

MICHELE TARUFFO

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El problema de la decisión justa.- 3. Criterios de justicia de la decisión.- 4. Naturaleza de los criterios de justicia de la decisión.- 5. Aplicación de los criterios de justicia.

1.- Son innumerables las situaciones en las cuales se habla de justicia en los modos más diversos, y muchas son las ocasiones en las cuales la justicia se vincula con las decisiones judiciales y es entendida como un requisito indispensable de tales decisiones. De hecho, por regla general, quien piensa en las decisiones de los órganos judiciales no piensa en cualesquiera decisiones, casuales o arbitrarias, ni mucho menos injustas, sino que piensa, o por lo menos desea, que los jueces decidan “de acuerdo con la justicia” las controversias que les son sometidas. La obviedad de esta consideración esconde, sin embargo, una serie de problemas complicados. Por un lado, es co-

\* Este escrito representa el texto de una lección sostenida el 10 de diciembre de 1996 en la Universidad Luiss, en el curso de Análisis y metodología de la jurisprudencia, por invitación del profesor Mario Bessone. La finalidad de la exposición debería justificar bien sea el esquema del tratamiento de varios problemas, o bien la falta de notas de referencia bibliográfica. (*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*; año LI, n° 2; junio, 1997; pp. 315-328). Traducción de Carlos Soriano Cienfuegos, Secretario en la Ponencia del Magdo. José Luis de la Peza de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

nocido que existen numerosos criterios generales de justicia sustancial. Ya Aristóteles distinguía, por ejemplo, entre justicia distributiva y justicia correctiva, y la historia posterior de la cultura jurídica y política occidental es muy rica en definiciones de los criterios de justicia más diversos: a cada uno del mismo modo, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según sus méritos, a cada uno de acuerdo con el censo, y otras más. Sin embargo, más allá de su pluralidad y relatividad irreductible, y de los problemas inherentes a la elección de uno u otro criterio, estos principios de justicia no parecen fácilmente aplicables (y entonces no son absolutamente aplicables) a la decisión judicial; dichos principios son frecuentemente demasiado vagos o generales, o más sencillamente, no están adaptados para fungir como criterios de referencia para las decisiones de casos particulares. No es fácil entender, por ejemplo, qué debería hacer un juez a quien se prescribiera decidir, atribuyendo riqueza (o alguna otra cosa) a cada quien según sus méritos o según sus necesidades. Por otra parte, necesitaría distinguirse entre criterios morales y políticos o sociales y criterios jurídicos de justicia, así como entre criterios destinados a orientar la obra del legislador y criterios destinados a guiar las decisiones de los jueces.

Existe una respuesta obvia y previsible a este modo de delimitar el problema: la decisión judicial no ha de ser justa según criterios generales sustanciales de justicia, sino de acuerdo con la ley, pues la justicia de la decisión no podría más que coincidir con su legalidad o su legitimidad, o sea, con su conformidad a la regla de derecho positivo aplicable al caso concreto. A pesar de todo, esta respuesta está muy distante de ser satisfactoria. Por un lado, ella implica la reducción de la justicia a la ley, y del derecho al derecho positivo, vigente en un cierto lugar y en un momento determinado. Pero este presupuesto puede no aceptarse, y de hecho no es aceptado por muchos que no comparten las tesis del positivismo jurídico riguroso. La respuesta en cuestión estaría entonces tachada de formalismo de poca monta, o de positivismo estatista, al menos por no pocos que, siguiendo por ejemplo las tesis deconstructivistas de Derrida, introducen una distinción irreductible entre derecho (o ley) y justicia. Por otro lado, la reducción de la justicia de la decisión a su conformidad con normas se presenta como demasiado simplista y reductiva. Como tratará de explicarse más adelante, de hecho, hay buenas razones para considerar que la legalidad sea un requisito indispensable de la decisión judicial, pero no que sea la condición suficiente de su justicia.

La dificultad extrema de reconducir la justicia de la decisión a cualquier criterio de justicia sustancial ha terminado por inducir a no

pocos teóricos del derecho y del proceso a renunciar a tal empresa. Sin embargo, ya que no parece conveniente dejar completamente de hablar de justicia a propósito de las decisiones de los jueces se ha terminado por localizar *en el proceso*, la condición necesaria y suficiente para la justicia de la decisión. Supuesto por tanto que no se pueda hablar de justicia *sustancial* de la decisión, algunos proponen la noción de *justicia procesal* como único criterio de valoración. Así, resultaría justa la decisión que deriva de un “proceso justo”. En el ámbito de las definiciones estipulativas también se puede optar por definir de este modo la justicia de la decisión judicial. Sin embargo, es dudoso que con esto se resuelva algo. Por un lado, de hecho, esta definición no define nada y pospone el problema, cambiando simplemente los términos: para saber si una decisión es “procesalmente” justa se necesitaría en realidad definir cuáles son las condiciones generales que se precisan para que se pueda tener un proceso justo, lo que resulta todo menos que sencillo. Después se necesitaría verificar, si es justo el proceso particular que ha producido aquella decisión específica, lo que es aún más difícil. Por otro lado, la definición en cuestión implica una concepción fuertemente reductiva de la justicia de la decisión, completamente “allanada” bajo la idea de que la decisión es el resultado de un procedimiento. En otras palabras, implica la renuncia a valorar si una decisión es o no justa por su contenido o por los efectos que produce, y centra al observador, en la sola consideración de las modalidades con las que se ha desenvuelto el proceso que ha llevado a aquella decisión. Como se verá más adelante, en cambio, hay buenas razones para dudar que se pueda hablar de justicia de la decisión solamente en esta limitada, pero importante dimensión.

Las definiciones de la justicia de la decisión que circulan más frecuentemente en el mercado de las ideas relativas a la administración de la justicia son, por tanto, en gran medida insatisfactorias, reductivas, unilaterales y dotadas de escasa eficacia explicativa. De esta forma, podría inducirse a asumir actitudes radicalmente escépticas, nada nuevas en la cultura jurídica occidental, reteniendo simplemente que la “justicia de la decisión” no sea otra cosa que un *flatus vocis* o un *slogan* de propaganda destinado a disimular una realidad en la que no existen decisiones justas. Sin embargo, más allá del círculo vicioso en el que siempre cae el escepticismo radical, debe ser considerado que él no constituye el único comportamiento sensato o razonable. En cambio, parece posible adoptar una diversa hipótesis de trabajo, que tenga en cuenta las dificultades en las cuales incurren muchas de las definiciones corrientes de la justicia de la

decisión, pero que no obstante admita la eventualidad de que se elabore una teoría confiable de la justicia de la decisión judicial. Esto no permite sino evitar el enojoso comportamiento del escéptico, que transforma en teoría el propio pesimismo solipsístico.

2.- A fin de proseguir en la dirección apenas indicada, parece oportuno comenzar a partir de lo que se entiende por decisión judicial. Dentro de las varias definiciones posibles, hay una que resulta particularmente conveniente al análisis que aquí se está preparando. Se refiere a la decisión como elección, que el juez cumple a fin de resolver una controversia, entre diversas alternativas posibles, cada una de las cuales corresponde a una hipótesis de decisión. El “caso” judicial, de hecho, se presta típicamente a resolverse de varios modos, ya que nace de una controversia y ésta deriva justamente de la existencia de varias soluciones posibles para un conflicto. Desde el momento que la controversia está ante al juez, esto equivale a decir que hay diversas hipótesis posibles de decisión.

La existencia de estas diversas hipótesis se hace evidente si se reflexiona, incluso en términos muy generales y aproximativos, en el razonamiento que el juez debe realizar para alcanzar la decisión final. Antes que todo, en cuanto a los hechos relevantes del caso, existe como principio la posibilidad de varias hipótesis: puede ser que sea probada la verdad de estos hechos, o su falsedad, o bien que se tenga prueba de algunos hechos y no de otros, y también existe la eventualidad que del mismo hecho se tengan versiones diversas. Esto equivale a decir, que existe siempre la posibilidad de cuando menos dos hipótesis sobre cada hecho, pero tales hipótesis pueden ser más numerosas, y todavía más numerosas son las posibilidades de decisión cuando son complejos los hechos del caso.

Un argumento análogo es válido para la decisión en derecho, que a su vez puede derivar de elecciones y de argumentaciones de naturaleza diversa. La determinación de la norma aplicable, la individualización de su interpretación más propia, y su aplicación a los hechos del caso concreto, representan en verdad el éxito final de las valoraciones del juez, que implican la configuración de diversas hipótesis de solución de la *quaestio juris*. Además, si se considera que toda hipótesis de hecho y toda hipótesis de derecho pueden ser combinadas entre sí de varios modos, puede intuirse que el conjunto de las hipótesis posibles de decisión puede ser verdaderamente vasto y heterogéneo. Naturalmente, y por suerte, no todas las decisiones alcanzan el mismo nivel de complejidad, y no existe, por tanto, para

todas un número particularmente elevado de posibilidades, de hipótesis de decisión. No es por casualidad que se distingue unas veces entre *easy cases* y *hard cases*, incluso en función del grado de dificultad del problema consistente, en la elección de la hipótesis que está destinada a representar el contenido de la decisión final del caso. Un caso es *easy*, si los hechos son sencillos y no es difícil establecer cuál norma tiene aplicación, y es *hard*, si los hechos son complejos o resulta problemática e incierta la delimitación del criterio para la decisión en derecho. Sin embargo, la decisión judicial siempre implica la elección entre varias hipótesis alternativas de decisión; y la posible variación se refiere al ámbito, al contenido y a la complejidad, además del número de las alternativas posibles.

Si el problema de la decisión consiste en la elección entre varias hipótesis de decisión, puede decirse que el problema de la decisión justa corresponde al problema de la elección de la *mejor* decisión.

Naturalmente, se trata de una calificación relativa y no absoluta: el juez puede elegir la mejor hipótesis de decisión entre aquellas posibles dentro del contexto particular en el que la decisión debe formularse, estando por un lado determinado el contexto por la situación de hecho a partir de la cual surge la controversia, y por otro lado, por las reglas jurídicas, sustantivas y procesales, que pueden o deben ser aplicadas a tal situación. Más concretamente, el contexto de decisión está determinado por las hipótesis de solución de la controversia que las partes ofrecen al juez, por medio de sus demandas y excepciones, además de aquellas hipótesis ulteriores, que el juez puede determinar autónomamente por medio de sus facultades de oficio (como ocurre, por ejemplo, con motivo de la aplicación del principio *jura novit curia*).

Así, por otra parte, resulta evidente que el problema no se resuelve, sino que se transforma en un ulterior problema. Es decir, se trata de localizar ? dentro del ámbito de las decisiones posibles de una controversia? los criterios que deben regir la determinación de cuál de ellas puede considerarse relativamente “mejor” que las otras, y por tanto, *justa*.

3.- La teoría de la decisión justa que aquí se propone, se funda sobre el presupuesto de que no existe un único criterio idóneo, que pueda constituir el punto de referencia para las valoraciones atinentes a la justicia de la decisión judicial. Más bien, parece necesario referirse a un conjunto de tres criterios: solamente a partir de su combinación podrá resultar un esquema de valoración que permite determinar, si la decisión es justa, y también cuándo lo es. Como se verá a conti-

nuación, la justicia de la decisión asume la forma de un algoritmo que comprende y conecta tres órdenes de valores.

Los tres criterios a los que se alude son los siguientes: a) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.

Antes de dar cualquier otro paso en el análisis de estos criterios, resulta oportuno analizar como ellos puedan representar el fundamento de una decisión justa. Antes que todo, debe subrayarse que los tres requisitos son necesarios (todos) para que se tenga una decisión justa, mientras que ninguno de ellos es por sí mismo suficiente para este objetivo. Por otra parte, los tres requisitos son conjuntamente suficientes para determinar la justicia de la decisión. Quizás valga la pena aclarar más estas afirmaciones.

La elección y la interpretación correcta de la regla jurídica aplicable al caso, resulta obviamente necesaria: ninguna decisión puede definirse como justa, en ningún sentido de la palabra, si se fundamenta sobre una elección errónea de la norma aplicable, o sobre una interpretación errada, inválida o incorrecta de tal norma. Al contrario, el requisito examinado no es por sí mismo suficiente para determinar la justicia de la decisión: una decisión de la *quaestio juris* puede ser errónea, y por tanto injusta, debido a otras razones, por ejemplo, porque resulte errado y no fiable la comprobación de los hechos en los que se basa la controversia.

Una comprobación verídica de los hechos de la causa es a su vez necesaria en cuanto que, ninguna decisión puede considerarse justa, si se funda sobre hechos equivocados, o sea sobre una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias en las que se basa la controversia. Si los hechos no son comprobados de modo racional y verídico, cualquier aplicación de cualquier norma en aquel caso particular devendría carente de fundamento, y por tanto, arbitraria. Consecuentemente, la decisión así obtenida, no podría más que ser injusta. Por otra parte, una reconstrucción fiable de los hechos no es por sí misma suficiente para hacer justa la decisión: de hecho, ésta puede ser injusta por otras razones, por ejemplo, porque el juez haya malinterpretado la norma aplicable a aquellos hechos.

Finalmente, también resulta necesario el empleo válido de un procedimiento justo, ya que es a través del procedimiento que se forma la decisión final, y un "buen" procedimiento es cuanto se necesita

para preparar del mejor modo tal decisión. Un procedimiento que no sea válido y correcto, no corresponde a esta función: por ejemplo, si la contraparte no tiene garantías, resulta imposible la completa formulación de las hipótesis de decisión, porque las partes no pueden hacer valer las razones propias con apoyo en las respectivas hipótesis y requerimientos de decisión; si las pruebas necesarias no son obtenidas, resulta erróneo y poco confiable el juicio sobre los hechos; si el juez no es neutral, no resulta asegurada la correcta interpretación y aplicación de las normas, y así sucesivamente. Por otra parte, la corrección del procedimiento no es por sí misma suficiente para asegurar la justicia de la decisión, contrariamente a todo lo que opinan algunos teóricos de la *procedural justice*. De hecho, parece evidente que incluso en la conclusión de un procedimiento correcto pueda el juez cometer errores, tanto sobre el juicio de hecho, como en el juicio de derecho, con la consecuencia de que la decisión final sería injusta, a pesar de ser el resultado de un procedimiento correcto.

Existen, en síntesis, razones más bien claras para pensar, que ninguno de los tres criterios indicados pueda absorber a los otros dos, o pueda presentarse como único y exclusivo parámetro de justicia de la decisión. Al contrario, puede afirmarse que una decisión es justa en sentido propio, sólo si es justa de acuerdo con los tres criterios.

4.- Si se observan más detenidamente los parámetros indicados como constitutivos de la justicia de la decisión, fácilmente se ve que éstos tienen la característica común de no estar definidos analíticamente. En realidad, cada uno de ellos es bastante vago: se trata de *standards* generales más bien que de requisitos específicos, de principios más que de reglas particulares, o ¿ si se desea? de valores más que de conceptos rigurosos. Hay razones que explican la generalidad de los parámetros en cuestión, y que requieren ulteriores desarrollos de análisis. Por un lado, aquellas que se refieren al hecho de que tales criterios son relativos a contextos, y por tanto, ninguno de ellos puede definirse en términos precisos y absolutos. Así, por ejemplo, la corrección de la interpretación de normas es un criterio relativo al contexto representado por el ordenamiento dentro del cual debe formularse la decisión, a la cultura jurídica existente en aquel ordenamiento, y a las reglas hermenéuticas reconocidas comúnmente en él como válidas. De la misma forma, las condiciones que definen la corrección del procedimiento son relativas al contexto representado por las teorías procesales, por las garantías fundamentales y por la disciplina del proceso, así como por las expectativas cultivadas en el ambiente social circundante respecto de la administración de justicia.

Por otro lado, los criterios examinados no son definibles en términos rigurosos, porque remiten a nociones “de grado”. En otras palabras, corresponden a escalas de valores en las cuales existen numerosas posiciones intermedias entre dos polos extremos. Usando una metáfora altamente simplificadora, cada uno de estos criterios puede ser entendido como una línea entre dos puntos, sobre la cual se colocan muchos puntos intermedios, en posiciones diversas respecto a los dos puntos extremos. Así, cada uno de estos criterios no se traduce en una alternativa rigurosa y absoluta en términos de sí/no, o de justo/injusto. Más bien, es necesario pensar en gradaciones en términos de “más o menos justo” en una escala delimitada en un extremo por la injusticia y por el otro extremo por el grado relativamente máximo de justicia. No se trata por otra parte de una graduación cuantitativa (mucho menos representable en términos numéricos) ni de una secuencia de valores netamente distintos el uno del otro. Una ulterior metáfora correcta no sería aquella de un termómetro, que mide la temperatura de acuerdo con una escala numérica precisa, sino más bien aquella del espectro de los colores, con todos los pasos graduales de un color al otro, y las infinitas variedades y tonalidades que se colocan entre los extremos del espectro.

Esto vale en modo más bien evidente a propósito del criterio de la correcta elección e interpretación de la norma que el juez usa para decidir en derecho. La corrección de la interpretación se encuentra en función de los *standards* y de los métodos de interpretación del derecho que se consideran válidos y aceptables en un determinado contexto, así como del modo en que aquéllos son aplicados concretamente en el caso particular. A veces es posible decir, que la interpretación de una norma es seguramente errónea o incorrecta, pero las más de las veces se configuran diversas interpretaciones que no están equivocadas, y que más bien son válidas y legítimas, pero son diferentes en cuanto que derivan de diversas argumentaciones o de diversas operaciones hermenéuticas. Entonces se tratará de determinar cuál es, entre varias hipótesis interpretativas legítimas (o sea, posibles y aceptables) aquella que parece relativamente “mejor” como criterio de solución de la controversia específica. La pluralidad de las posibles interpretaciones de una norma no es ni siquiera posible de ser jerarquizada, si se mira atentamente, en una escala rígida y en una sola dimensión, ya que no existe una jerarquía comúnmente reconocida entre los métodos y los argumentos hermenéuticos. Más bien se puede pensar (y aquí viene a propósito la referencia al método tópico) en repertorios heterogéneos y complejos de argumentos y cánones hermenéuticos, que son usa-

dos variadamente de vez en cuando por los jueces, a fin de determinar la interpretación de la norma que parece preferible como criterio de decisión del caso concreto. Comoquiera que sea, se tendrán interpretaciones más o menos fiables en función de los métodos interpretativos que han sido utilizados, y del modo en que los ha usado el juez.

A propósito de la comprobación de los hechos, pueden suponerse problemas no sustancialmente diversos. Por un lado, el grado de veracidad o de credibilidad de la versión de los hechos que adopta el juez como base de la decisión, depende del método probatorio que es empleado, de la amplitud y credibilidad del material probatorio disponible, y de otros numerosos factores inherentes a la valoración de las pruebas que constituyen la base para el juicio de hecho. Por otro lado, el juicio sobre la veracidad de los enunciados relativos a los hechos de la causa no es nunca explicable en términos absolutos de verdadero/falso, sino sólo en términos de mayor o menor “grado de confirmación” que las pruebas allegadas atribuyen a cada hipótesis de hecho. Se tendrán, pues, aseveraciones sobre los hechos, o “narraciones” de los hechos, más o menos confiables según el soporte probatorio referible a cada una de ellas. Podrá suceder que una hipótesis quede privada absolutamente de confirmación probatoria, y por tanto, se coloque en el “grado cero” de credibilidad, pero ocurre frecuentemente que varias hipótesis adquieran grados diversos de confirmación y, consecuentemente, parezcan más o menos fiables como reconstrucciones de los hechos de la causa.

Finalmente, similares consideraciones pueden proyectarse también a propósito de la corrección del proceso. Este criterio es relativo al contexto de los modelos procesales que se consideran apropiados en una determinada cultura jurídica y en un cierto momento histórico. Así, por ejemplo, no parecen ya admisibles los procedimientos que incluyan la tortura, o impidan la defensa, o recurran al duelo o al juicio de Dios como criterios de decisión. Como es sabido, sin embargo, no han faltado ordenamientos en los que los métodos procesales de este género eran comúnmente aceptados. Por otra parte, los sistemas procesales actuales están fuertemente diversificados, sea porque tienen estructuras diferentes, sea porque actualizan en diversa medida los principios de “justicia procesal”, sea porque tienen diversa funcionalidad y eficiencia como métodos para preparar buenas decisiones. Se puede, entonces, imaginar la posibilidad de caracterizar un modelo de proceso relativamente (o

sea, aquí y ahora) ideal, pensando en un sistema en el que maximicen las garantías fundamentales y se adopten las mejores técnicas para la preparación de la decisión. Este modelo ideal podría fungir como punto de referencia óptimo (o sea, del grado más elevado de la escala) para la determinación de la corrección del proceso, mientras que otros modelos, y en particular los procesos concretamente existentes en la normativa y en la praxis concreta, podrían ser valorados según su “distancia” o aproximación a este modelo ideal. En el otro extremo (o sea, en el grado más bajo de la escala) podrían colocarse los tipos de proceso, en los que faltan las garantías fundamentales y no se aseguran ni siquiera las condiciones mínimas para la consecución de decisiones no erróneas o arbitrarias. Entre estos extremos pueden encontrarse numerosas situaciones intermedias, en las que un proceso en particular es más o menos “justo” o correcto, según las distancias que lo separen del modelo ideal o del modelo negativo.

5.- Cada uno de los tres criterios que se han indicado requeriría de un largo y complejo análisis, que aquí no puede ser ni siquiera señalado someramente. Más bien, vale la pena agregar alguna ulterior consideración relativa a algunos aspectos de la aplicación de estos criterios, a fin de aclarar ulteriormente cómo éstos puedan representar los factores de justicia de la decisión judicial.

Como se ha señalado precedentemente, toda decisión implica una combinación entre tres valores, cada uno de los cuales se coloca en la “escala” o en el “área” relativa al respectivo criterio de determinación. Así, cada decisión está caracterizada teóricamente por un valor de corrección de la solución de la *quaestio juris*, por un valor de credibilidad de la versión de los hechos que el juez ha adoptado, y por un valor de corrección del procedimiento que ha llevado a la decisión. En teoría, cada uno de estos valores se coloca entre el mínimo y el máximo (incluyendo los extremos) de la escala, o al interior de los confines del área, en la que se articula el criterio respectivo. Las combinaciones posibles están evidentemente limitadas, ya que toda escala contiene un número indeterminado de posiciones intermedias (no siendo tales posiciones “discretas” ni exactamente distinguibles, sino diferenciándose más bien por pasajes progresivos), y cada una de estas posiciones puede encontrarse combinada con cada una de las posiciones posibles de las otras escalas. Por otra parte, se puede suponer la hipótesis de que toda decisión individual esté caracterizada por una peculiar combinación de los tres valores que corresponden a los criterios que definen la justicia de la decisión.

Parece intuitivo, sin embargo, que no cualquier combinación de estos valores pueda definir una decisión como justa. Por ejemplo, la combinación de los valores más bajos de los tres criterios determina ciertamente una decisión no justa, ya que se trataría de una decisión fundada en una interpretación incorrecta de la ley, en una consideración errónea de los hechos y en un procedimiento inaceptable. Incluso las combinaciones en las cuales dos o uno de los valores respectivos a los criterios de justicia estuvieran en el nivel más bajo, definirían decisiones no justas. Como se ha dicho al inicio, en realidad, los tres requisitos son necesarios para que se tenga una decisión justa, y por tanto, incluso la falta de uno solo de ellos, hace que la decisión no pueda considerarse justa.

Esto lleva a poner en evidencia un aspecto ulterior de los criterios examinados, y del modo en que ellos definen la justicia de la decisión. En síntesis, para que la decisión sea justa se necesita, que ninguno de los tres valores sea inferior al nivel mínimo que se considere aceptable. Si los tres valores son equivalentes a tal nivel mínimo, o algunos o todos son superiores al mismo, la decisión es justa. De esto deriva que la justicia de la decisión no se deduce de la aplicación de un criterio unívoco y unidimensionalmente definible en términos de sí/no. Se necesita más bien pensar en un área conceptual, en la cual se coloquen todas las posibles combinaciones de los criterios examinados, y en las cuales cada uno de los respectivos valores sea al menos igual al grado mínimo aceptable. Dentro de esta área se podrán, entonces, detectar decisiones más o menos justas (pero justas, al fin y al cabo) según los valores que las caracterizan, o justas en modo diverso, en tanto que son definidas por combinaciones diversas, pero equivalentes de tales valores. En consecuencia, la justicia de la decisión no deriva de una calificación unívoca y simple: aquélla puede tener, en cambio, grados diversos y diversos contenidos según la combinación de los valores a los que corresponde la decisión concreta.

Naturalmente, en el momento en el que se habla de un nivel mínimo de aceptabilidad para cada uno de los valores correlativos a los tres criterios de justicia, surge el problema de definir cuál es este nivel, más abajo del cual la decisión no puede considerarse justa. No existen definiciones a este respecto, ni mucho menos “cantidades” válidas en general y determinables *a priori*. Por otra parte, lo que se considere o no aceptable en términos de justicia de la decisión en derecho, de la decisión de hecho o del proceso, es una cuestión que encuentra respuestas diversas y contingentes, condicionadas por los singulares contextos normativos y culturales en los cuales se coloca

el problema. Así, por ejemplo, podrá suceder que se considere incorrecta una decisión que va contra el tenor literal de la norma aplicada, o al contrario, que se considere correcta sólo la decisión que ? incluso en contradicción con la letra de la disposición normativa? realice, sin embargo, los objetivos que el legislador tenía previstos. Respecto de la interpretación del derecho, puede ser extremadamente difícil trazar una línea precisa que distinga interpretaciones no permitidas e interpretaciones legítimas o “justas”. En la mayoría de los casos, hay zonas grises, o de “penumbra”, entre la interpretación evidentemente correcta y la interpretación evidentemente incorrecta. En muchos casos concretos, la posible problemática de la distinción no excluye, sin embargo, que la distinción entre interpretación válida e interpretación errónea tenga sentido y pueda ser usada como criterio para delimitar el nivel mínimo de legitimidad de la interpretación, más abajo del cual ésta no puede más que definirse como *contra legem*, y por tanto, injusta. El problema se refiere a la definición de este nivel en un ordenamiento dado o en la singular situación interpretativa, pero las dificultades que se pueden encontrar en este terreno no eliminan la posibilidad de pensar (o la necesidad de constatar) que existen interpretaciones inválidas e insostenibles, y que deben ser distinguidas de aquellas válidas y legítimas.

En cuanto al criterio referido a la confiabilidad del juicio sobre los hechos, el problema se refiere a la determinación del grado de confirmación que las pruebas disponibles son capaces de atribuir a las hipótesis relativas a los hechos de la causa. A través del análisis de la estructura del razonamiento probatorio, parece posible configurar el juicio sobre los hechos como elección de la hipótesis, caracterizada por el grado más elevado de confirmación probatoria. Esta elección implica la exclusión de las hipótesis que no alcanzan un nivel adecuado de confirmación, de acuerdo con los elementos cognoscitivos disponibles, y la aplicación de criterios racionales de selección en el ámbito de las hipótesis alternativas no excluidas, en tanto que son en alguna medida fiables. Así, por ejemplo, puede decirse que el núcleo esencial del juicio de hecho se vincula con la elección de la hipótesis sostenida por las pruebas preponderantes, debiéndose establecer, si la probabilidad lógica está a favor de la hipótesis positiva o de la hipótesis negativa, en términos de la confirmación probatoria. Por otra parte, puede suceder que sean utilizados criterios de referencia más elevados en contextos particulares: así, por ejemplo, el criterio de la prueba de la culpabilidad, más allá de toda duda razonable, que a veces es usado en el proceso penal, implica la referencia a un nivel mínimo de confirmación probatoria que es mucho más elevado de aquel

de la preponderancia de confirmación lógica de una hipótesis respecto de las otras. En cambio, en muchos casos, la ley se contenta con grados particularmente bajos de confirmación probatoria de una hipótesis, como cuando considera suficiente una *semiplena probatio* para la verificación de efectos jurídicos particulares.

Asimismo por lo que se refiere a la corrección del procedimiento, es posible, si bien no siempre fácil, establecer un nivel mínimo por debajo del cual, el proceso no es correcto y, por tanto, falta la condición para obtener una decisión justa. En muchos ordenamientos modernos, dicho nivel se delimita elaborando y especificando las garantías constitucionales del *due process of law* o de los principios correspondientes de defensa de las partes y de la independencia del órgano jurisdiccional. Otros requisitos, como por ejemplo, la actuación efectiva de la garantía del acceso a los tribunales o del principio de libertad (valoración) de la prueba, son definidos de vez en cuando por la teoría del proceso. Consecuentemente, a pesar de varias dificultades e incertidumbre, es posible imaginar que pueda señalarse un “modelo mínimo” de proceso justo por debajo del cual puede haber un proceso cualquiera, pero no uno correcto e idóneo para producir decisiones justas. Por encima de este, “modelo mínimo” se sitúan varios tipos de proceso, todos de alguna forma aceptables, pero diversos entre sí y diversamente colocados respecto al “proceso ideal” del que se ha hablado anteriormente. Como sea, es claro que no existe un solo modelo absoluto de proceso que pueda ser usado dondequiera y en todo tiempo como criterio de distinción, entre proceso “justo” y proceso “injusto”. Otra vez nos encontramos frente a nociones complejas, incluso en este ámbito, históricamente variables y dependientes de los contextos políticos y culturales, en los cuales se sitúa la administración de la justicia.

Una ulterior consideración respecto de la aplicación de los tres criterios de justicia, es que debe excluirse toda forma de “compensación” entre ellos. Como ha quedado dicho, los tres requisitos de justicia de la decisión deben estar presentes para que la decisión sea justa. Ahora puede agregarse, que los tres requisitos deben estar presentes, al menos en un grado que corresponda al nivel mínimo aceptable. Excluir la compensación significa decir, que si uno de los tres requisitos falta absolutamente o está presente en un nivel insuficiente, la decisión resulta injusta, aun en el caso en que los otros requisitos estén presentes en alto grado. Es evidente que, si por ejemplo, la comprobación de los hechos resulta equivocada (porque el juez haya valorado mal las pruebas, o no haya considerado las

pruebas decisivas) la decisión resulta injusta, aun cuando haya habido una correcta y válida interpretación de las normas y el proceso se haya desenvuelto en modo equitativo y correcto. De la misma forma, si el juez adopta una interpretación errada de una norma, no se le exime de haber considerado los hechos razonablemente y de haber desenvuelto el proceso en forma regular. Y además, la decisión no es justa, si han sido violados los requisitos propios de corrección del proceso, ni aun cuando pudiera pensarse que el juez ha establecido la verdad de los hechos y ha interpretado correctamente las normas sustantivas aplicadas, como fundamento de la decisión.

Para sintetizar, puede decirse que la justicia de la decisión resulta, ciertamente, de la combinación de los valores relativos de los tres criterios indicados, pero no del “promedio” de dichos valores. Un valor insuficiente no puede ser compensado por otros valores, a fin de producir un resultado global que pueda ser considerado aceptable. En síntesis, la justicia de la decisión no es “un” valor global unitario, resultado de una suma algebraica, sino un algoritmo en el cual cada criterio mantiene su autonomía y trabaja en la determinación de valores autónomos, que deben estar presentes para que pueda hablarse de decisión justa.

---

## FUNCIÓN DE LA PRUEBA: LA FUNCIÓN DEMOSTRATIVA\*

---

MICHELE TARUFFO

SUMARIO: 1. Prueba y demostración.- 2. La credibilidad de la prueba.- 3. La elección de la hipótesis sobre el hecho.- 4. La referencia al sentido común.- 5. La decisión sobre los hechos.- La motivación de la valoración de hecho.- 7. Conclusiones.

1.- En su famoso ensayo sobre la especificidad de la prueba jurídica, Perelman sostiene que la lógica de la demostración matemática y científica, basada sobre el método axiomático-deductivo, no coincide con la prueba judicial, y concluye que esta última prueba sólo puede entrar al campo de la argumentación retórica-persuasiva, desligada de cualquier función propiamente demostrativa<sup>1</sup>. Si se acogiera esta tesis de Perelman, se terminaría afirmando que la discusión sobre la función demostrativa de la prueba en verdad no existe. Por otra parte, sería imposible demostrar que la prueba judicial tiene la estructura de la demostración axiomático-deductiva. Las intencio-

\* Este trabajo es el texto de una lección impartida en la ciudad de Frascati el 26 de noviembre de 1996, durante el encuentro académico organizado por el Consejo Superior de la Magistratura (Italia), para tratar el tema “Técnicas de argumentación y persuasión”. Traducción de Federico Valle Ochoa, profesor-investigador de la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

<sup>1</sup> Cfr. Perelman, “La spécificité de la preuve juridique”, in *La Preuve*, Rec. Soc. J. Bodin, XIX, Bruxelles, 1963, p. 5.

nes de representar el razonamiento probatorio en forma deductiva (sobre la cual se hablará más adelante) no han tenido éxito, de manera que, bajo esta perspectiva, parece lógico, sostener que la prueba judicial no pueda ser entendida bajo el modelo de la demostración matemática.

Sin embargo, esto no implica que la argumentación de Perelman se cierre a tal problema con las primeras críticas, ni sea inevitable considerar la naturaleza irreductiblemente retórico-persuasiva de la prueba judicial. Este autor pretende mostrar, que la prueba judicial no tiene la naturaleza de una demostración axiomático-deductiva.

Perelman utiliza una acepción extremadamente limitada del concepto de “demostración”, que retoma del área matemática y de las ciencias formales y que le sirve para sostener, que todo aquello que no cumple con los rasgos de una demostración de este tipo pertenece al campo de la argumentación retórica<sup>2</sup>.

Aunque no he dicho que esta sea la única acepción del razonable del término “demostración”, ni que sea inevitablemente retórico todo lo que no es una demostración axiomático-deductiva. En realidad, la tesis de Perelman parece aceptable solamente en la parte más obvia de su argumento, o sea, cuando dice que la prueba judicial no es una demostración en el sentido científico-matemático del término.

Por lo tanto, la teoría de Perelman no resuelve de entrada el problema de la función demostrativa de la prueba: sólo excluye la versión más banal y evidente que no cuenta con fundamentos. Por consiguiente, se trata de identificar si de este problema existen otras versiones posibles que permitan afirmar que la prueba judicial tiene una función demostrativa más amplia y diversa que la empleada por este autor. Un camino viable para proceder en este sentido, consiste en examinar dentro de los aspectos principales del razonamiento probatorio aquellos que no se vinculen exclusivamente con los esquemas axiomáticos deductivos y, por tanto, originen la conformación de un concepto más amplio y epistemológicamente actualizado de “demostración”.

<sup>2</sup> Para una crítica a Perelman sobre el deficiente trato que concede al razonamiento científico, cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 307. (N. del t. Para una versión más actualizada sobre estos temas, véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002).

2.- Un buen ejemplo de la naturaleza no deductiva del procedimiento probatorio está representado por la valoración relativa otorgada a la credibilidad de la prueba. He sostenido, por ejemplo, que evaluar la credibilidad de un testimonio implica una actividad heterogénea y compleja que requiere, ante todo, de procedimientos de control y verificación de la credibilidad del testigo, los cuales se desarrollan en el proceso jurisdiccional a través de técnicas interrogativas como el contra-interrogatorio, las inspecciones judiciales, las confrontaciones, entre otras.

Se trata, por consiguiente, de efectuar una valoración alrededor de la percepción, la memoria, la selección y la reconstrucción de los hechos por parte del testigo, con todas las posibilidades de errores, distorsiones o manipulaciones que la psicología testimonial ha señalado desde hace tiempo. Asimismo, se trata de formular valoraciones en su sentido propio (juicios de valor) sobre el carácter ético, social y cultural de la personalidad del testigo, de su comportamiento o de cada dato personal o familiar que pueda ser relevante para conformar o negar la credibilidad del testigo<sup>3</sup>. En cada paso de esta compleja actividad, el juez utiliza nociones de sentido común (sobre los cuales se hablará más adelante) ya que con frecuencia sólo dispone de una “experiencia compartida”, entendida como el producto de un ideal del contexto social y del tiempo en el que el juicio se formula.

Es evidente que en todo esto no hay nada de axiomático-deductivo, o que pueda hacer pensar en demostraciones matemáticas. Hay, en consecuencia, óptimas razones para sostener que la valoración vinculada a la credibilidad de un testimonio no sea demostrable en el sentido riguroso del término. Empero, no parece imposible deducir que se puede valorar la credibilidad de un testigo, mediante una operación inspirada en los criterios de control racional o en justificaciones racionales elaboradas por el propio juez. Mientras se trate de una actividad difícil y compleja, la apreciación de la credibilidad de un testigo se puede desarrollar conforme a criterios de control y, por lo tanto, de justificación racional. La dificultad proviene de la individuali-

<sup>3</sup> Para el sofisticado análisis de los problemas relativos a los controles de credibilidad sobre la prueba testimonial, cfr., por ejemplo, Shum, “Hearsay from a Layperson”, in *14 Cardozo L. Rev.*, 1992, p. 3; Friedman, “Infinite Strands, Infinitesimally Thin: Storeytelling, Bayesianism, Hearsay and Other Evidence”, *ibidem*, p. 79.

zación y el empleo correcto de estos criterios<sup>4</sup>, pero esto no implica que la valoración de la credibilidad de la prueba no se configure como una actividad racional y, por ende, controlable<sup>5</sup>. De no ser así, la valoración del juez quedaría vinculada a las actitudes meramente subjetivas, es decir, a sus prejuicios y a su idiosincrasia.

3.- Creo que es posible convenir que hay una concepción general del fenómeno probatorio, según la cual, probar un hecho significa convalidar, con base en los datos cognoscitivos disponibles, una hipótesis relacionada con él. Naturalmente las hipótesis vinculadas con cada caso relevante son al menos dos y reconocer una hipótesis puede implicar la falsación de la hipótesis contraria. De esta forma, no es posible, sin embargo, profundizar en el análisis de la formulación y la pluralidad de las hipótesis vinculadas a los hechos relevantes de la controversia, ni examinar sus interrelaciones, aunque este análisis sea esencial para comprender la estructura racional de la valoración del hecho<sup>6</sup>. En términos generales, sólo basta subrayar que el “hecho” se constituye exclusivamente por un conjunto complejo de enunciados hipotéticos, donde cada uno corresponde a una versión posible sobre una circunstancia<sup>7</sup>, y que este conjunto representa el campo dentro del cual el juez debe elegir la reconstrucción de los hechos que parezca más viable (y, por tanto, verdadera), conforme a las pruebas con las que dispone.

Esta elección debe ser efectuada no por casualidad o intuición, ni con base en las preferencias personales del juez, sino racionalmente, justificándola a partir de los datos conocidos con los que cuenta (propongo que cuando ninguna hipótesis aparece fundada sobre un dato, la decisión debe ser tomada según las reglas relativas a la estimación de la prueba).

<sup>4</sup> No se puede excluir, por principio, el recurso a la pericia del juez para valorar la credibilidad de un testigo; más aún, cuando se trate de un caso difícil o delicado. Cfr. ad es. Askowitz-Graham, “The Reliability of Expert Psychological Testimony in Child Sexual Abuse Prosecutions”, in *15 Cardozo L. Rev.*, 1994, p. 2027; Giannelli-Imwinkelried, *Scientific Evidence*, Charlottesville, Virginia, 1993, I, p. 257.

<sup>5</sup> Cfr., por ejemplo, las fuentes citadas en la nota 3. Véase además Taruffo, *op. cit.*, p. 237.

<sup>6</sup> Por razones de espacio, debo reenviar al lector a una más amplia investigación sobre el tema desarrollada en Taruffo, *op. cit.*, p. 266.

<sup>7</sup> Sobre la noción de “hecho”, véase Taruffo, *op. cit.*, p. 67. Cfr. también el interesante estudio de Pastor, *Giudizio, prova, ragion prattica*, Milano, 1996, p. 55.

Bajo esta perspectiva, surgen problemas relacionados al fundamento, a la estructura y a las conclusiones de las inferencias probatorias o, en otras palabras, a la relevancia de los elementos de la prueba, a la combinación o conflicto entre ellos, y al grado de confirmación de la hipótesis con que estos elementos cuentan (por ejemplo, un problema que se convierte en relevante puede provenir de los elementos que se vinculan con el criterio de la probabilidad prevaleciente o con cada duda razonable de la prueba<sup>8</sup>).

Estos problemas se presentan en forma particularmente delicada y compleja cuando se trata de construir un juicio de hecho sobre los indicios o las presunciones simples. Los estándares comunes, relacionados con la gravedad, precisión y concordancia de los indicios y presunciones, no son muy claros ni de fácil aplicación<sup>9</sup>. Por otra parte, parece evidente que estos problemas no evocan o contienen razonamientos dotados de estructura deductiva. No sólo la coherencia y congruencia de los datos cognoscitivos disponibles sirven para comprobar o negar la hipótesis, también influye la valoración del grado de verificación de un enunciado fundado en un indicio.

La consideración que aquí se impone ante este complicado conjunto de inferencias, hipótesis y confirmaciones sobre el grado de validez y coherencia de un razonamiento probatorio, no es de ninguna manera equiparable a una comprobación deductiva. Esto no equivale, sin embargo, a reconocer que este tipo de razonamiento deba ser exclusivamente ubicado en la dimensión de la argumentación retórico-persuasiva. Al contrario, hay un *corpus* importante de análisis, dirigidos a elaborar esquemas racionales, idóneos para fungir como modelos de identificación, control y justificación de las valoraciones e inferencias, que el juez toma en cuenta con la finalidad de establecer, si se confirma una hipótesis sobre un hecho, a partir de los datos probatorios disponibles. Estos esquemas no son silogismos ni deducciones, y mucho menos, corresponden al modelo de la demostración matemática. En realidad, estos modelos dirigen su atención hacia diferentes esquemas de racionalidad basados en una lógica distinta a la deducción axiomática y a la epistemología sostenida anteriormente por Perelman.

<sup>8</sup> Para un amplio desarrollo de estos temas cfr. Taruffo, *op. cit.*, p. 217.

<sup>9</sup> Para complementar el argumento y para ulteriores referencias bibliográficas, véase Taruffo, *op. cit.*, p. 446.

Por otra parte, el problema no radica en analizar el razonamiento probatorio conforme a los esquemas simplificados por la lógica silogística o según los modelos genéricos e imprecisos de la demostración científica. Así, lo que en realidad parece más útil es intentar derivar de la lógica y la epistemología contemporáneas, los modelos e instrumentos necesarios para un análisis racional del razonamiento probatorio. Este tema es muy complicado para ser desarrollado en este trabajo. Sin embargo, basta recordar la importancia de los numerosos análisis del razonamiento judicial que se desarrollaron en términos de probabilidad cuantitativa o probabilidad lógica o, en su caso, con el uso de los modelos complejos, como aquellos que se refieren a la lógica “monotónica” o a la teoría de los flujos para individualizar la estructura racional de las inferencias que conforman el procedimiento decisorio<sup>10</sup>.

Un problema de fundamental importancia en el contexto del razonamiento probatorio, deriva del hecho que en numerosos pasajes de este razonamiento, el juez se basa en la referencia a nociones de sentido común, a las que también se les denomina “*nozioni di comune esperienza*” (italiano), “*background knowledges*” (inglés), “*Erfahrungssätze*” (alemán). En cada caso, se trata del conjunto de conceptos, informaciones, reglas, máximas, valoraciones, que representan el patrimonio de cultura media que, por sí sola, designa al sentido común. Obviamente, el contenido específico de este conjunto varía en el tiempo y el espacio, y es contingente en función de las transformaciones de la cultura media en el ambiente social donde opera el juez.

Asimismo, las fronteras de este conjunto, y de los múltiples elementos que lo configuran, son vagos, inciertos, inestables, volubles y fugaces. Incluso, bajo la perspectiva del estatus cognoscitivo y de su aplicabilidad, el contenido del sentido común es totalmente heterogéneo, en él confluyen datos científicos, leyes naturales, generalizaciones e inferencias sin fundamento, valoraciones morales, prejuicios, refranes de la sabiduría popular, residuos de los recuer-

<sup>10</sup> Para una discusión general sobre algunas de estas teorías, y para indicaciones posteriores, cfr. Tarufo, *op. cit.*, p. 169, 199., e ídem, “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 804. Para un interesante aplicación de la lógica monotónica del razonamiento judicial cfr. Santor, “Defeasibility in legal Reasoning”, in *24, Rechtstheorie*, 1993, p. 285; e ídem, *Studi di logica giuridica*, ed. provv., Firenze, 1993, p. 21.

dos escolares, ideas retomadas de los medios de comunicación, así como vulgarizaciones pseudocientíficas de cualquier género<sup>11</sup>.

Si acudir al sentido común es algo inevitable en el ámbito del razonamiento probatorio; entonces, el problema consiste en comprobar, si esto es racionalmente controlable de algún modo, o bien, si el sentido común evita irreductiblemente cualquier verificación intersubjetiva. Solamente en esta segunda hipótesis se podría concluir que la prueba equivale a una argumentación retórico-persuasiva, ya que en el fondo del razonamiento probatorio convergerían numerosos y esenciales momentos imposibles de vincular con algún criterio racional.

El intento más claro de racionalizar el recurso del juez al sentido común en el contexto probatorio ha sido la elaboración del concepto de “máximas de la experiencia”; propuesto inicialmente por Friederich Stein en su famoso libro sobre la ciencia privada del juez<sup>12</sup>. Este concepto, fue importado a Italia, sobretodo, a través de la obra de Francesco Carnelutti<sup>13</sup>, y con el paso del tiempo se convirtió en un concepto de uso común en la literatura procesal italiana, lo cual no significa que no haya sido sometido a análisis críticos<sup>14</sup>.

El concepto de “máximas de la experiencia”, como regla general deriva por vía inductiva de la experiencia: *id quod plerumque accidit*, la cual tenía una función muy precisa, fundada en el modelo silogístico deductivo del juicio de hecho<sup>15</sup>. Este concepto generaba, de hecho, la posibilidad teórica de imaginar una premisa mayor constituida por una regla general, para argumentar, mediante ella, una deducción (o una cadena de deducciones) que terminara considerando la enunciación de un hecho como efectivamente verdadero.

<sup>11</sup> Para un reciente análisis de las nociones de sentido común, y de su uso por parte del juez, cfr. Van Zandt, “An alternative theory of practical reason in judicial decisions”, in *Tulane L. Rev.*, 1991, p. 792.

<sup>12</sup> Cfr. Stein, Friederich, *Das Private Wisesen des Richters*, Leipzig, 1893.

<sup>13</sup> Cfr. Carnelutti, Francesco, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova*, (1915), Milano, 1992, p. 64 en adelante. (N. del t. La versión en castellano de este libro aparece en Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, reimpresión de la 2ª ed., Buenos Aires, 2000).

<sup>14</sup> Cfr., por ejemplo, Nobili, “Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 123; Taruffo, *La prova, op. cit.*, p. 195.

<sup>15</sup> Sobre este modelo véase el análisis de Pastor, *op. cit.*, p. 72.

De esta forma, la idea de “máximas de la experiencia” tenía una función específica en el ámbito de la difusa teoría del silogismo decisorio porque, por así decirlo, asimilaba ¿ sigilosamente? la valoración de la prueba y la formulación de la resolución final sobre los hechos del caso. Desafortunadamente, la idea de que el sentido común produce máximas o reglas generales, idóneas para llegar a deducciones dotadas de validez lógica y de congruencia teórica, no tiene fundamento. Cualquier análisis sintético de todo lo que circunda a la noción de “máximas de la experiencia”, demuestra que en ella se producen las cosas más diversas y extrañas, frecuentemente privadas de cualquier credibilidad, ya sea por errores, prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas<sup>16</sup>.

Por otro lado, si sólo se quisiera hablar de “máximas de la experiencia” con el propósito de dotarlas de validez cognoscitiva, se recuperaría una acepción más aplicable y racional del concepto, pero esto implicaría, al mismo tiempo, una drástica reducción de sus alcances debido a que terminaría por incluir solamente los “*background knowledges*” que realmente merecen ser denominados como “máximas” y que pueden ser usados como premisas de inferencia deductiva. Además quedaría excluida una gran cantidad de nociones de sentido común, que no son vinculables de ningún modo a leyes o reglas generales que cotidianamente utilizan los jueces.

El hecho es, por lo tanto, que el sentido común puede expresarse pocas veces en nociones o reglas generales<sup>17</sup>, incluso, rara vez se manifiesta en enunciados posibles de ser cuantificados en razón de su aplicabilidad, como aquellos que se fundan en inferencias sacadas de frecuencias estadísticas (con la misma consecuencia de escasa utilidad que también aparece en la versión estadístico-cuantitativa de las “máximas de la experiencia” propuestas, por ejemplo, por Koch e Rüssmann<sup>18</sup>). En cambio, a menudo, el sentido común se manifiesta en fines, estándares, valoraciones, nociones genéricas, enunciados ambiguos, tendencias, consejos, preferencias, que no son ni generalizables ni cuantificables. Sin embargo, el recurso a estos enunciados es inevitable en el ámbito del razonamiento probatorio.

<sup>16</sup> Cfr. Las fuentes citadas en las notas 11 y 14.

<sup>17</sup> Sobre el uso de las nociones científicas por parte del sentido común véase Pastor, *op. cit.*, p. 158.

<sup>18</sup> Cfr. Koch-Rüssmann, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, p 285, 308 y 332.

En este sentido, el problema se dirige al control de las nociones de sentido común que son utilizadas por el juez, ya sea bajo la perspectiva de su aplicabilidad o por la certeza y validez del uso que se les ha venido dando. De hecho, existe el riesgo de que el juez emplee información imprecisa o se funde en estereotipos excesivamente simplificados, sencillamente porque encuentra estas opciones en el amplio repertorio constituido por el sentido común<sup>19</sup>.

Respecto a la aplicabilidad de las nociones de sentido común, se pueden particularizar tres condiciones mínimas. La primera condición requiere que se trate de nociones comúnmente aceptadas en el ámbito social y cultural en donde ha sido formulada la decisión. En este caso, el juez considera como verdadero el “*background knowledges*” de la cultura media existente en el lugar y tiempo en el que se encuentra. Nociones ya superadas, falsas y poco compartidas en el nivel del sentido común, no pueden ser utilizadas para fundar un juicio sobre los hechos.

Asimismo, una aseveración no es verdadera o correcta sólo porque un cierto número de personas la creen<sup>20</sup>. Las nociones y reglas sostenidas solamente por minorías religiosas, étnicas e ideológicas, o compartidas exclusivamente por individuos y grupos marginales, son difícilmente aplicables como criterios generales de valoración judicial y, en cada caso, no pertenecen al sentido común del campo social y cultural globalmente considerado. Es evidente que esto no implica, que las nociones e informaciones excluidas del sentido común puedan ser utilizadas en algún momento, para lo cual requerirán de una argumentación posterior.

En suma, si una noción pertenece al sentido común, se puede sostener que ésta sea apoyada por una especie de presunción *prima facie*, suficiente para legitimar su uso, por parte del juez, cuando no existan razones en sentido contrario. Si una noción o regla no pertenece al sentido común no puede sujetarse a esta presunción, sólo podrá ser usada cuando exista un argumento posterior idóneo para justificar su veracidad o aplicabilidad. En el supuesto de que exista una duda sobre la pertenencia de una noción al sentido común para el tiempo y lugar en el que se va a utilizar, lo más razonable será considerarla como ilegítima *in re ipsa*, es decir, que necesita de una confirmación o justifi-

<sup>19</sup> Sobre estos peligros cfr. en particular Van Zandt, *op. cit.*, p. 798.

<sup>20</sup> Cfr. Vand Zandt, *op. ult. cit.*, p. 823.

cación específica. Por así decirlo, únicamente las nociones e informaciones que evidentemente formen parte del patrimonio de la cultura media del campo social en donde se producen las decisiones, pueden utilizarse sin una justificación específica, por lo menos hasta que sobrevengan razones convincentes para no tomarlas en cuenta.

En cuanto a la segunda condición, ésta se refiere a que las nociones del sentido común consideradas por el juez no sean falsas u opuestas al conocimiento científico. Parece claro que el sentido común puede construir estándares y criterios de valoración judicial hasta que no exista una buena razón para dudar de sus fundamentos. Respecto a lo acontecido con varias “reglas de la experiencia” que son vulgarizaciones o simplificaciones de leyes naturales o científicas o, en su caso, no tienen una base científica, pero gozan de credibilidad y coherencia para la ciencia, es razonable admitir que el juez las utilice en el razonamiento probatorio.

Sin embargo, cuando parezca evidente que una noción de sentido común tiene un contrasentido científico, entonces no es posible convalidar que el juez se refiera a ésta, al momento de formular un juicio sobre los hechos. No es empirismo exacerbado sostener que el sentido común no pueda prevalecer sobre la ciencia, o tomar su lugar en el contexto de la averiguación judicial de los hechos.

De igual forma, no se puede argumentar razonablemente, que los conocimientos científicos no deben ser usados cuando se oponen al sentido común. Empero, este punto es menos obvio de lo que aparentemente puede parecer a simple vista. Por un lado, el juez puede legítimamente utilizar el recurso al sentido común cada vez que no disponga (o no pueda disponer ni siquiera de los expertos) de conocimientos científicos, o cuando los límites del recurso al sentido común pierdan terreno o se reduzcan ante la expansión progresiva de los conocimientos científicos utilizados como instrumentos probatorios. Por otro lado, las pruebas científicas están destinadas a ser prioritarias sobre las informaciones o nociones sin fundamento científico, ya que proporcionan criterios relevantes de valoración judicial. Luego entonces, el problema que surge para determinar la elección y valoración de la prueba científica recae en el juez<sup>21</sup>. Aseverar que el juez no

<sup>21</sup> Sobre estos problemas, y para posteriores referencias, cfr. Taruffo, Michele, “Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 219.

puede servirse de las nociones del sentido común cuando éstas contradicen a la ciencia, significa imponer al juez el deber de verificar la fundamentación de estas nociones, al menos, para verificar que no han sido falseadas por la misma ciencia. Para tal efecto, no se necesita tener un juez científico, pero sí un juez informado y actualizado, que sea capaz de darse cuenta del problema y de la necesidad de poner a prueba la aplicabilidad de los propios criterios de valoración.

La tercera condición mínima requerida para el empleo racional de las nociones provenientes del sentido común, consiste en que éstas no contradigan a otras nociones del sentido común. La existencia de esta condición se justifica, porque el sentido común no es un conjunto sistemático de conocimientos coherentes, al contrario, es un repertorio causal de *topoi* diversos y no necesariamente compatibles entre ellos. Además, esta condición no pretende convertir en coherente al sentido común, tarea que sería obviamente inútil o incluso imposible. Más bien, esta condición contribuye a que el juez no tome una decisión arbitraria: si en el sentido común existen criterios, estándares, nociones o valoraciones con contrastes, contradicciones o incompatibilidades entre ellos, esto es suficiente para sostener que ninguno de ellos genera un criterio aplicable de decisión. De este modo, cualquier elección del juez que se funde en una noción de este tipo, sería arbitraria porque excluiría sin razón el uso de otras nociones, diversas y contrastantes pero igualmente incluidas en el sentido común. En general, no se puede asegurar la presunción de credibilidad por la experiencia común, si ésta produce, sobre el mismo objeto, nociones distintas, incompatibles o contradictorias.

En síntesis, lo que sucede con las nociones de la experiencia común es que éstas se utilizan sólo cuando el juez está razonablemente convencido de su aplicabilidad; aun en el supuesto de que el juez aplicara el concepto de *social science evidence*, sugiriendo que estas nociones fueran expuestas a controles efectuados con los métodos de las ciencias sociales, especialmente con el *social framework*, éstas no podrían ser consideradas más que como una fuente<sup>22</sup>. Sin embargo, el hecho de que el juez utilice nociones provenientes del sentido común, no significa que su razonamiento sea válido. De ser así, estas nociones habrían sido empleadas por el juez de modo racional.

<sup>22</sup> Cfr., a propósito, Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 230, así como Monahan-Wlaker, *Social Sciences in Law. Cases and Materials*, Wetsburg, N.Y., 1990, p. 83, 279; e ídem, "Judicial Use of Social Sciences Research", in *Law and Hum. Beh.*, 1991, p. 571.

Para tomar una decisión de este tipo, es necesario que la reglas del sentido común que se empleen sean específicas y congruentes con los hechos concretos con los cuales tienen referencia. No obstante, cuando hay contradicciones en el uso de nociones tan generales como éstas, su aplicación, en cada caso, no es muy útil para fundamentar la decisión. Las inferencias no específicamente congruentes con los hechos adquieren un valor bajo o nulo de confirmación racional y cognitiva para las hipótesis con las cuales tienen referencia. En estos supuestos, cuando se utilizan nociones de sentido común demasiado generales o vagas, los criterios de inferencia pueden producir conclusiones distintas, que no son en realidad idóneas para fundamentar alguna conclusión. Asimismo, la referencia a nociones de sentido común poco específicas o incongruentes se expone a impugnaciones por parte de cualquier interesado en la validez de un razonamiento judicial (por ejemplo: las partes del proceso). Además, las reglas de sentido común vagas o generales sufren fácilmente de falsificaciones, producidas por sus contradicciones entre los datos específicos y porque no cuentan con una convalidación científica, ni siquiera, con el apoyo de elementos cognoscitivos seguros. Cuando esto acontece, se instaure un procedimiento dialéctico que imponen al juez la búsqueda posterior de nociones de sentido común más específicas y congruentes, inmunes a las impugnaciones o falsificaciones.

Este procedimiento dialéctico puede ser muy complejo y desarrollarse por etapas sucesivas: cada hipótesis de inferencia probatoria fundada en nociones de sentido común puede ser impugnada mediante objeciones inherentes a la aplicabilidad, procedencia o eficacia heurística y evaluadora de estas nociones o, en su caso, a su efectiva relación con el hecho particular. El resultado de esta impugnación, consiste en identificar otras nociones específicas que puedan servir de argumento para fundamentar las inferencias probatorias. Este método de profundización dialéctica para el uso del sentido común termina, cuando reúne lo que recientemente ha sido denominado como *safe anchoring* de las inferencias, que sostiene una hipótesis sobre el hecho, es decir, cuando la base del sentido común ya no puede ser expuesta a impugnaciones u objeciones fundadas en buenos argumentos racionales<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Sobre los problemas que están aquí delineados véase esencialmente el análisis de Wagennar-Van-Koppen-Cronbag, *Anchorage Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, Harvester, 1993, especialmente las p. 41, 66 y 73.

Naturalmente, este punto de llegada no es determinado ni determinable *a priori*, pero se incluye pragmáticamente en el contexto específico del caso, cuando se individualiza en el sentido común una noción o regla aplicable. Si este *safe anchoring* no se consigue, la consecuencia es muy simple: la hipótesis sobre el hecho no se puede confirmar y, por ende, no puede ser considerada como una alternativa válida de decisión judicial.

Como puede verse, el recurso a las nociones de sentido común y la construcción inevitable a cada paso del razonamiento probatorio, no son reducibles al modelo de la deducción demostrativa. Al contrario, la selección y uso correcto de estas nociones en el campo de las inferencias probatorias, requiere valoraciones complejas, controles de coherencia y congruencia, procedimientos dialécticos que finalizan en momentos no predeterminados o que, de hecho, no concluyen. Sin embargo, esto no significa que sólo porque no sean operaciones puramente deductivas, éstas se encuentren fuera del campo de la racionalidad. De igual forma, si las observaciones que preceden tiene algún mérito, el recurso a las nociones de sentido común, aunque éstas sean vagas, imprecisas, de origen incierto o poca aplicabilidad, puede convertirse en una operación racional. En este supuesto no se trataría de una racionalidad silogística, sino de una racionalidad flexible, aplicable tanto a las nociones formales como informales, y potencialmente utilizable por el racionamiento judicial.

5.- Una hipótesis de trabajo que aquí no puede ser completamente demostrada, pero que puede ser adoptada con buenos argumentos, consiste en proponer que la decisión sobre los hechos es el resultado de un razonamiento fundado sobre las pruebas y efectuado según los cánones racionales y las reglas de la inferencia lógicamente válidas. Decidir sobre los hechos, implica, por tanto, que se elija una narración de los hechos del caso entre el conjunto de posibilidades o, por lo menos, entre las narraciones que fueron ideadas por el juez. No se trata en realidad (vale la pena subrayarlo) de una deducción silogísticamente verdadera, producto de ciertas premisas generales, sino de la individualización de la mejor narración posible entre las que aparecen como las más sensatas para el caso particular. Por consiguiente, es obvio que el problema radica en establecer, si existen y, eventualmente, determinan los criterios racionales para efectuar una decisión de este tipo<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> En general, sobre la decisión de hecho como elección racional de una versión de los acontecimientos relevantes de la causa cfr. Taruffo, *La prova, op. cit.*, p. 266.

Al respecto, es oportuno excluir inmediatamente cualquier hipótesis sugestiva, basada en las impugnaciones de corte psicológico que conducen a situaciones de facto entre esquemas y arquetipos predeterminados. Esta tendencia facilita la comprensión y reconstrucción de las situaciones de hecho, ya que concede al observador la posibilidad de ordenar, dentro de un conjunto de circunstancias particulares, lo que en otro contexto parecería incongruente. Esta, es en efecto, una necesaria función heurística para atribuirle sentido a las narraciones sobre los hechos de la causa.

La crítica a esta tendencia consiste, en la probabilidad de que se antepongan a los hechos esquemas preconstruidos que no coincidan a su efectividad empírica y, por esta razón, puedan producir deformaciones o manipulaciones de la situación concreta, objeto de la decisión judicial. A pesar de este peligro, hay una difusa inclinación a sostener la congruencia de una narración de los hechos, ya sea mediante esquemas habituales de comportamiento o por arquetipos de “tramas” consolidados en la cultura media, los cuales puede convertirse en un factor persuasivo de la narración, convirtiéndose en criterios válidos para la elección de la “historia” que conformará la base de la decisión judicial<sup>25</sup>. De esta forma, no parece que la coherencia de los hechos de un caso se derive de los arquetipos observados, o que la congruencia de los “tramas” e “historias” deba ser necesariamente el criterio privilegiado de elección más viable sobre la narración de los hechos.

La correlación entre una versión de los hechos y los esquemas utilizados habitualmente, no demuestra de ningún modo que esa versión sea más aplicable o verdadera que otra, ni puede sustituir (y por ende, convertirse en inoperante) la prueba de los hechos como criterio de elección para una decisión judicial. Una historia que aparezca como persuasiva porque corresponde a esquemas difusos, puede radical-

<sup>25</sup> Dentro de la amplia literatura sobre estos temas cfr., por ejemplo, Sherwin, “Law Frame: Historical Truth and Narrative Necessity in a Criminal Case”, in *47 Stanford L. Rev.*, 1994, p. 49, Ewick-Silbey, “Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narratives”, in *29 Law and Society Rev.*, 1995, p. 198; también los ensayos compilados en el volumen *Law’s Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven-London, 1996; Jackson, *Making Sense in Law*, Liverpool, 1995, p 152; Abrams, “Unity, Narrative and Law”, in *13 Studies in Law, Politics and Society*, 1993, p. 3. Para una aproximación crítica cfr., por ejemplo, Baron, “Resistance to Stories”, in *67 South California L. Rev.*, 1994, p. 225. Sobre esta teoría véase en la doctrina italiana Pastor, *op. cit.*, p. 198.

mente ser falsa, y no distinguir entre persuasión y veracidad de la narración de un hecho, terminaría probablemente con una pésima alternativa de decisión.

Todo esto lleva a concluir que la narración de los hechos que se elige como referente principal para la decisión judicial debe ser no sólo persuasiva, sino sobretodo fundada en las pruebas y dotada de una base adecuada de veracidad<sup>26</sup>. A propósito de esta conclusión, se pueden distinguir dos dimensiones del razonamiento que conducen a la elección de la “mejor” versión de los hechos de la litis, es decir, hay un perspectiva analítica y otra sintética (u holística para algunos autores).

En la dimensión analítica, la regla fundamental consiste en que cada hipótesis sobre un hecho deber ser fundada por medio de una base probatoria suficiente y una inferencia o cadenas de inferencias que cuente con un *safe anchoring*. La hipótesis que se individualiza como verídica deriva de la elección entre otras hipótesis alternativas para el caso, así como de las pruebas disponibles. Las pruebas atribuyen a cada hipótesis posible un grado diferente de confirmación, mientras que la elección racional conduce a privilegiar la hipótesis que adquiere un mayor grado de confirmación. En otras palabras, sobre la base de los datos conocidos disponibles, la hipótesis que cuenta con un mayor grado de probabilidad lógica para ser considera en la decisión judicial, es aquella que puede considerarse como verdadera y racionalmente preferible.

Desde este punto de vista, el momento esencial para la valoración de los hechos lo configura, la individualización de la hipótesis más aplicable, una vez que se han evaluado todos los elementos probatorios que componen el “mosaico de hechos relevantes” del caso específico. De esto se infiere, que la decisión judicial se produce al lograr la individualización (selección), entre los distintas versiones y combinaciones de hechos relevantes, la narración que mejor se sostenga, a partir del material probatorio disponible<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Obviamente es posible sostener, como de hecho lo hacen algunos autores del campo teórico narrativo (sobre los cuales véase las referencias a la nota anterior), que en el proceso no es factible establecer versiones verídicas de los hechos de la litis, o bien, que un enunciado verídico de los hechos es imposible o inoportuno. Este problema tiene varias implicaciones epistemológicas y teóricas respecto al proceso decisorio, el cual no puede ser resuelto en este trabajo. Para una discusión sobre esta disyuntiva cognitiva, véase Taruffo, *La prova, op. cit.*, p. 91.

<sup>27</sup> Al respecto véase con amplitud Taruffo, *op. ult, cit.*, p. 266.

En la dimensión sintética u holística de la decisión judicial, vinculada a la individualización de la “historia” o la “narración” explicativa de los hechos del caso que se incluye en la resolución final, el juez debe completar una elección no entre hipótesis particulares y hechos específicos, sino entre narraciones distintas y alternativas relacionadas al conjunto de los hechos de la litis<sup>28</sup>. Esta elección no se realiza, sin embargo, entre todas las narraciones posibles respecto con los hechos, más bien entre un ámbito mucho más limitado. De hecho, no le interesan al juez todas las narraciones que no tengan un soporte probatorio o, que en su caso, incluyan hechos no comprobados.

Cabe señalar que el juez no selecciona la narración más “bella”, más “interesante o más cercana a los valores familiares, sino escoge la “mejor” narración (es decir, la que goza de un grado mayor de verificabilidad) entre las que fueron sujetas valoración probatoria. En otras palabras, la elección se efectúa sólo entre el conjunto de narraciones que cuentan con un número igual de hechos probados. Si existen narraciones que tengan un soporte probatorio inferior a otras, éstas no pueden ser consideradas al momento de tomar la decisión; sería realmente irracional preferir una versión de los hechos que encuentra en las pruebas una confirmación “más débil” que otras contempladas en la misma litis. Luego entonces, para cada hecho particular se debe individualizar la hipótesis más viable con base en las pruebas otorgadas; las únicas narraciones que destacan se originan por las diferentes combinaciones posibles de esta hipótesis y no de otra. De este modo, queda latente la posibilidad de realizar una decisión, entre el conjunto de narraciones que se relacionan con el caso, sobre aquellas narraciones que se funden en los datos cuya existencia o inexistencia haya sido analíticamente probada<sup>29</sup>.

Esta decisión puede ser guiada al menos por dos criterios racionales, representados por la coherencia y congruencia de las narraciones: es coherente la narración de los hechos que no contiene contradicciones, es decir, que describe hechos compatibles entre sí; por su parte, es congruente la narración que coincide con el

<sup>28</sup> Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 281, y en particular Damaska, “Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence”, in *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of J.H. Merryman*, Berlin, 1990, p. 91.

<sup>29</sup> Véase más ampliamente Taruffo, *op. cit.*, p. 293.

conjunto de las hipótesis de hecho que ya fueron probadas. La conformación de ambos tipos de enunciados, depende de criterios de “grado”: la coherencia de una narración puede ser mayor o menor según la naturaleza de cada caso; y lo mismo puede acontecer con la congruencia de la narración respecto a los hechos probados. Así, la elección racional de la “mejor” narración implica la individualización de la “historia del caso” que presenta un grado relativamente más elevado de coherencia y congruencia, por lo que la elección del juez se efectúa entre “historias” que presentan un grado equivalente de veracidad, en relación a las pruebas.

Como puede deducirse, la elección de la mejor decisión sobre los hechos proviene de un procedimiento que puede ser demasiado complejo y que se desarrolla a través de una red de fases inferenciales. Se trata de un razonamiento fundado en la formulación de hipótesis que continuamente se exponen a su confirmación o falsación. Se trata, además, de un razonamiento dialéctico que lleva a la confrontación, la comprobación y al análisis crítico de las hipótesis que son tomadas en cuenta<sup>30</sup>. Esto se presenta gradualmente al momento en que se confronta una hipótesis frente a otra o ante una nueva. En síntesis, es un procedimiento que se articula mediante una serie de elecciones de distinta naturaleza, sobre objetos diferentes y entre múltiples alternativas, por medio de las cuales se irán seleccionando los criterios de aplicabilidad y control.

En virtud de lo anterior, es factible concluir que este procedimiento no es deductivo y mucho menos silogístico. Sin embargo, es importante señalar que esto no implica que se trate exclusivamente de una argumentación retórica. Al contrario, parece evidente que la argumentación jurídica puede ser analizada conforme a los modelos e instrumentos de la lógica, dejando atrás los esquemas de la argumentación persuasiva.

6.- Otro problema vinculado a la función demostrativa de la prueba se refiere a la posibilidad de que la argumentación de la decisión pueda ser en realidad considerada como un especie de demostración *ex post* de la fundamentación de dicha decisión. El examen de los problemas relativos a la naturaleza y funciones de la argumentación

<sup>30</sup> Sobre el carácter dialéctico de la valoración de los hechos cfr., en particular, Pastor, *op. cit.*, p. 220.

de la decisión requerirían de desarrollos, que en este artículo no pueden ser descritos ni siquiera en términos generales<sup>31</sup>.

Sobretodo, hay que subrayar que existe una diferencia estructural y funcional de fondo entre el procedimiento de *decision-making*, orientado a la formulación de las decisiones y a la argumentación de la sentencia, que contiene una justificación *ex post* de la misma decisión. Independientemente de las discusiones epistemológicas que se susciten en torno a la fundamentación de la distinción general entre el contexto de la valoración (reconocimiento) y el contexto de la justificación<sup>32</sup>, esto significa que hay una diferencia entre el procedimiento que justifica una decisión judicial y el discurso que lo justifica. De hecho, existen numerosos elementos prácticos (a partir de la distancia temporal entre decisión y construcción de la argumentación hay una diferencia entre el órgano colegial que decide y el juez que escribe los argumentos) que inducen a desconocer la idea de que la argumentación jurídica sea una especie de rendición de cuentas del procedimiento que el juez ha seguido para llegar a una decisión, donde no hay una distinción posible entre procedimiento decisorio y justificación de la decisión<sup>33</sup>.

Lo anterior no excluye que entre la *decision-making* y la argumentación haya conexiones e interacciones relevantes: el juez que sabe justificar sus decisiones, tiende a usar criterios racionales como parte del procedimiento decisorio, porque esto le facilita la tarea de

<sup>31</sup> Para tal efecto véase Vogliotti, “La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali”, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, (dirigida por M. Chiavario y E. Massaduri), Torino, 1996, p. 31; también Commanducci, *Assagi di metaetica*, Torino, 1992, p. 220. Cfr., además, Amodio, “voce Motivazione della sentenza penale”, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 181; Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

<sup>32</sup> Cfr. el argumento de Mazzaresse, “Scoperta vs giustificazione”. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali, in *Analisi e diritto*, 1995, p. 145.

<sup>33</sup> Desgraciadamente los factores de la realidad concreta de la argumentación, y en particular, de la argumentación de hecho, no son considerados exclusivamente por quien se ocupa esencialmente de conceptualizaciones referidas a teorías muy (o demasiado) generales del razonamiento decisorio (véase, por ejemplo, Mazzaresse, *op. cit.*). Con este tipo de modelos teóricos resulta imposible explicar varios fenómenos, como por ejemplo: la argumentación escrita meses después por un juez, a partir de una decisión emitida meses antes por un órgano jurisdiccional colegiado o directamente por un órgano mixto, donde participan miembros que deciden pero que no escriben argumentos, tal y como sucede en la Corte Criminal o con el significado del argumento colegiado de la sentencia de la Corte Constitucional.

redactar los fundamentos y motivos; por otra parte, el juez que escribe la argumentación puede utilizar para ello datos, informaciones, criterios e inferencias que le sirvan para formular la decisión<sup>34</sup>. También se puede sostener válidamente, que la argumentación representa, en gran medida, el razonamiento de juez al momento de tomar la *decision-making*<sup>35</sup>, aunque permanecen sin fundamento tanto la imagen de la argumentación como fiel rendimiento de cuentas de la “antesala” de la decisión judicial, como la concepción simétrica de la decisión, entendida como la anticipación integral de los argumentos que se desarrollarán posteriormente en la motivación.

Subrayar la función específicamente justificativa de la argumentación no significa, sin embargo, sostener que ésta tenga *de facto*, o deba tener, una estructura deductivo demostrativa. En este sentido, no hay ninguna necesidad para pensar, que la argumentación de la sentencia, en especial la relacionada con la justificación de la decisión, tenga una estructura deductiva. Las modalidades de justificación de la decisión pueden ser las más diversas, tal y como lo demuestran las numerosas teorías actuales del razonamiento jurídico.

En cuanto a la argumentación del juicio de hecho, la poca presencia de “máximas de la experiencia”, así como de las nociones de sentido común, que tengan el *status* de reglas generales, son suficientes para excluir la posibilidad de que éstas cuenten con una estructura deductiva. Lo anterior no impide que en el contexto de la argumentación se presenten fases que cumplan con tal estructura. Sin embargo, éstas surgen, principalmente, gracias a la subsunción de los hechos en la norma, y no en el ámbito de la propia justificación del juicio de hecho.

También es importante tener en cuenta la tendencia presente en varios ordenamientos, incluidos los nuestros, consistente en adoptar un estilo de argumentación inspirado en modelos de una u otra forma “demostrativos”<sup>36</sup>. Las razones de este fenómeno son varias y

<sup>34</sup> Sobre la importancia de estas correlaciones véase, en particular, Amodio, *op. cit.*, p. 216; Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 55.

<sup>35</sup> Cfr., por ejemplo, Senese, “La motivazione della verità fattuale”, in *Le ragioni del garantismo*, (comp. L. Gianformaggio), Torino, 1993, 323.

<sup>36</sup> Para una análisis comparado sobre este tema cfr. Summers-Taruffo, *Interpretation and comparative Analysis, in interpreting Statues. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapur-Sydney, 1991, p. 461.

complejas, van de la tradición histórica a la tendencia de los jueces a acreditar una imagen de sí mismos y de las formas en que ejercen el poder. En suma, parece que los jueces, al intentar presentar sus decisiones como una especie de conclusión neutral “objetiva” y “necesaria” de premisas dadas, tienden a usar argumentos justificatorios unilineales, fuertemente estructurados, con fases deductivas. Para los fines de este trabajo no tiene caso examinar las múltiples razones que se subsumen en esta tendencia. Solamente hay que recalcar que cuando ésta se manifiesta de forma acentuada, se genera un fuerte riesgo hacia la manipulación judicial sobre las razones que determinan o condicionan una sentencia.

En cuanto a la argumentación del juicio de hecho, en ésta se puede producir, por un lado, la indebida o excesiva sobre valoración de los elementos que justifican la hipótesis elegida por el juez y, por otro, la subvaloración o la no valoración de los elementos que habrían justificado la elección de una hipótesis distinta. Asimismo, esto puede originar la sobre valoración de las nociones y criterios de sentido común, presentándolos como reglas generales dotadas de un importante contenido cognoscitivo, cuando en realidad se trata de nociones que no son ni generales ni aplicables. En general, la tendencia a otorgar una forma “demostrativa” a la justificación de la decisión, implica una reducción radical de la complejidad de las valoraciones e inferencias que se encuentran en la base del juicio sobre los hechos y, por ende, configuran una representación excesivamente simplificada del razonamiento judicial. Es verdad, como se ha sostenido anteriormente, que la argumentación no es y no puede ser un fiel rendimiento de cuentas del razonamiento decisorio, a pesar de que sea más apreciable la argumentación “no ficticia” que enuncia y justifica el juez, una vez que ha determinado el sentido de su resolución.

Finalmente, cuando el concepto “determinación” se utiliza bajo una acepción rigurosa y rígida, que induce a la formulación de deducciones axiomáticas o de modelos de demostración matemática, entonces, en este caso, la argumentación no es una demostración. Incluso, cuando en el estilo jurídico emergen tendencias sobre el uso de los modelos demostrativos, esto no implica nunca, en realidad, que la argumentación “demuestre” en sentido amplio la decisión judicial. Los argumentos de hechos no producen una demostración de los acontecimientos basada en las pruebas, ni las pruebas presentadas se constituyen como elementos de demostración deductiva de la veracidad de los hechos. Cuando esto acontece, aunque sea pocas

veces y de modo imperfecto, nos encontramos frente a malos argumentos y buenas demostraciones.

7.- Las conclusiones relacionadas con el desarrollo de las páginas precedentes se pueden sintetizar en pocos puntos.

Ante todo, hay que resaltar que la prueba de los hechos relevantes y la decisión judicial que se funda en ella, conforman un complejo conjunto de razonamientos heterogéneos de estructura y contenido. Estos razonamientos no se reducen a esquemas simplificados y no cumplen con las características y requisitos del razonamiento demostrativo entendido en sentido riguroso. Sin embargo, esto no implica que la valoración de la prueba y el juicio sobre los hechos deban limitarse inevitablemente a intuiciones subjetivas o a reacciones irreflexivas del juzgador. El razonamiento probatorio no puede tener una naturaleza intrínsecamente persuasiva que sólo sea analizable desde la perspectiva retórica. La insuficiencia del silogismo y la inaplicabilidad de los modelos axiomático-deductivos de demostración, originan que la prueba y el razonamiento probatorio sean estudiados y comprendidos conforme a los modelos racionales más complejos y flexibles y, por tanto, menos formales y tradicionales.

El razonamiento probatorio constituye, en consecuencia, un contexto heterogéneo y complejo en el cual confluyen varios factores: desde la formulación consciente de nuevas hipótesis, a la confrontación dialéctica de las mismas hipótesis; desde las fases deductivas a las inferencias probabilísticas; desde el recurso a las nociones de sentido común al uso de pruebas científicas; desde la argumentación conceptual a los cánones del razonamiento jurídico. No obstante, este contexto debe plantear fundamentos seguros en términos de su aplicabilidad, compatibilidad cognitiva y validez argumentativa. Estos fundamentos pueden ser revisados, por ejemplo, en las referencias directas a los datos cognoscitivos empíricamente controlables, en el empleo de nociones aceptadas e influidas de sentido común, en la formulación de inferencias lógicamente válidas, en la aplicación sistémica de los aspectos relevantes de la prueba, así como en la criterios de congruencia y coherencia al interior del razonamiento judicial.

Tomando en cuenta todo lo anterior, y colocándolo en el fondo del contexto antes planteado, parece posible redefinir varios aspectos relacionados con la “función demostrativa” de la prueba. La prueba judicial desarrolla una función demostrativa, desde el momento en

que produce fundamentos cognoscitivos y racionales para la elección que el juez realiza, al individualizar una versión aplicable y verdadera de los hechos relevantes de la litis, justificando su decisión. Las condiciones y modalidades con las cuales la prueba desarrolla en concreto esta función, se determinan cuando el juzgador finalmente formula y argumenta un juicio de hecho. En este caso, la prueba cumple la función que le es propia, ya que el juez crea este razonamiento a partir de los criterios racionales e idóneos que aseguran su validez y aplicabilidad.

---

## DIMENSIONES DEL PRECEDENTE JUDICIAL\*

---

MICHELE TARUFFO

SUMARIO: 1. Generalidades.- 2. La dimensión institucional.-  
3. La dimensión objetiva.- 4. La dimensión estructural.-  
5. La dimensión de la eficacia.- 6. Conclusiones.

1.- Entre los fenómenos relevantes de la cultura jurídica italiana después de la segunda guerra mundial, resulta importante prestar atención al precedente judicial. Aparte de algún estudio anterior aislado, es con el análisis de Gorla y de su escuela que se iniciaron investigaciones al respecto. En los últimos años, la sensibilidad respecto a los problemas del precedente parece muy constante, y ha llevado a la publicación de numerosos ensayos que abordan diversos aspectos del mismo.

Una primera consideración que vale la pena hacer, es que el paso de la referencia a la jurisprudencia, al análisis del precedente, no implica solamente un cambio lingüístico. Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica asumir una orientación más analítica, interesada en profundizar en los mecanismos mediante los cuales, la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar las razones y las justificaciones.

\* Este ensayo forma parte de los estudios en honor de Gino Gorla y apareció en los Estudios en memoria de Uberto Scarpelli. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE, Descripción: Anno XLVIII, N° 1, Marzo, 1994. Milano Italia. La traducción fue hecha por Hiria Miranda y Leticia Bonifaz.

Sucede que aún no disponemos de todos los instrumentos analíticos necesarios para este trabajo. El uso del precedente ha sido estudiado en el contexto del razonamiento judicial y de la argumentación justificativa, pero la doctrina del *civil law* y la italiana en particular, no dispone de una teoría general del precedente. La obvia consecuencia de esta laguna es que se traen de la doctrina del *common law*, junto con la noción misma del precedente, también algunos de los conceptos con los que la noción se articula en la cultura jurídica anglo-americana. Con el auxilio de estudios dedicados en Italia al precedente del *common law*, entraron al vocabulario del jurista italiano términos como *ratio decidendi* y *obiter dictum*, o como *distinguishing* y *overruling*. Se tiende también a individualizar algunos aspectos de inevitable adaptación de la doctrina anglo-americana del precedente a nuestro ordenamiento. Tenemos así el problema, que no viene resuelto en sentido positivo, sobre si el precedente judicial constituye una fuente de derecho. Se introduce la distinción entre eficacia vinculante del precedente, que se considera típica del sistema del *common law*, y la eficacia sólo persuasiva que se considera típica del precedente en los sistemas del *civil law*. Se buscan también bases de derecho positivo para fundar la existencia del precedente en nuestro ordenamiento, al menos cuando se trata de resoluciones de la Corte de Casación. En esta dirección se han unido y se han hecho analogías significativas entre el precedente de *common law* y el precedente del *civil law*.

Ha surgido así una posición, según la cual, el precedente sería un fenómeno tan difundido, y común a diversos ordenamientos y con tendencias unitarias. La teoría de este fenómeno estaría constituida por la teoría del precedente del *common law*, integrada por correcciones que se hacen necesarias de algunas peculiaridades relevantes de los sistemas del *civil law*. En esencia, bastaría adaptar la concepción anglo-americana del precedente para tener una concepción más general, válida también para los sistemas del derecho escrito.

Precisamente en este punto surgen notables perplejidades. Por un lado, de hecho, es dudoso que exista una concepción anglo-americana del precedente y que la misma sea clara, sistemática y definida en todos sus aspectos. Es notorio en efecto, que el precedente inglés se diferencia fuertemente del americano, porque es más rígido y vinculante, mientras las cortes americanas rechazan vínculos formales y cultivan una concepción elástica y sustancialmente persuasiva del precedente. Aparece además, como problema fuerte, la noción central de la teoría del precedente, es decir, el concepto de la *ratio decidendi*, que es objeto de numerosos y no siempre concordantes

análisis teóricos y fuente de serias dificultades prácticas, en fin, incertezas y variantes de relevancia que se refieren en general a la actitud del juez que debería aplicar el precedente al resolver un caso sucesivo, y la incidencia que el precedente debería tener en esta decisión.

Por otro lado, es dudoso que una concepción nacida en conexión intrínseca con la historia y la estructura de los ordenamientos del *common law*, pueda representar, sea sólo por adaptación, un instrumento analítico aplicable para conocer el precedente en los sistemas del *civil law*. Son tan numerosas y tan evidentes, que no deberían ser aquí enumeradas, las razones por las cuales la Corte de casación no es equiparable a la *House of Lords* y mucho menos a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Igualmente numerosas y evidentes son las razones por las cuales, en general, el juez italiano no es comparable con el juez inglés o el norteamericano, en particular por lo que se refiere a la formulación de la decisión, la selección de los criterios que la guían y a las modalidades de sus justificaciones. Existen además diferencias relevantes relativas al uso de los precedentes, que se remontan a factores inherentes a la organización judicial, a la teoría de las fuentes, a la concepción del rol del juez, a la cultura de los juristas y a la práctica de la defensa y judicial.

Se puede constatar de todas maneras, que el precedente es un fenómeno extremadamente difundido, presente e importante también en los ordenamientos del *civil law*. Parece, sin embargo, evidente la falta de adecuación de una teoría general del precedente que sea sólo una versión adaptada de la teoría (o de una teoría) del precedente del *common law*. Una teoría del precedente que aspire a ser general y, por tanto, a tener cualquier utilidad heurística en más en un ordenamiento, debería por el contrario partir de la premisa de que el precedente existe en ordenamientos histórica y estructuralmente diferentes, y que el mismo presenta características diferentes en los distintos ordenamientos. Tal teoría debería servirse de conceptos amplios y diferenciados, capaces de conducir a una relativa unidad de fenómenos que representan múltiples peculiaridades.

Bajo este perfil, las tradicionales distinciones entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y entre eficacia vinculante y eficacia persuasiva del precedente, resultan probablemente muy simples y reducidas, además que de incierta aplicación. Por el contrario, parece posible hacer una hipótesis teórica del precedente más amplia, y quizás capaz de definir cómo opera el precedente en diferentes contextos y ordenamientos. Según esta hipótesis teórica, el precedente se

define en cada ordenamiento, en función de la combinación de cuatro diferentes factores, es decir, de la intersección de las cuatro dimensiones. Cada una de estas dimensiones incluye varias posibilidades, grados o situaciones. Cada una de estas posibilidades (o al menos una de ellas) existe en cualquier ordenamiento. Asimismo, cada ordenamiento contiene al menos una de las posibilidades incluidas en cada una de las cuatro dimensiones. En otros términos: el precedente se define, en cada ordenamiento dado, con base en la combinación que en él se realiza, entre las dimensiones en cuestión. Se trata evidentemente de una simplificación extrema y tal vez oscura. Cualquier elemento de comprensión puede derivar del análisis de las cuatro dimensiones del precedente, que será someramente desarrollada en las páginas siguientes. Ellas son: 1) La dimensión institucional, 2) la dimensión objetiva, 3) la dimensión estructural, y 4) la dimensión de la eficacia.

2.- La dimensión institucional del precedente resalta, en cuanto a que el uso del precedente está estrechamente conectado a factores que tienen que ver con la organización judicial y con la forma en que se dan las relaciones de autoridad en el sistema de las cortes. Si la decisión de una corte representa un precedente idóneo para influenciar una decisión sucesiva de esa misma o de otra corte, es una cuestión que depende del orden institucional de los órganos que administran justicia.

Se intuye fácilmente, que el llamado precedente vertical presupone un aspecto, en el cual rige una jerarquía de autoridad entre órganos judiciales. No se habla a menudo de la eficacia del precedente en las decisiones de la corte suprema: se entiende de hecho, que las mismas representan el vértice del sistema judicial, y que tienen además el máximo grado de autoridad. Esta coincidencia no es necesaria, ya que no se puede excluir que una corte vertical no tenga en realidad mayor autoridad respecto cortes jerárquicamente inferiores. Todavía se puede entender que la decisión de cortes jerárquicamente supraordinadas son, por esta sola razón, dignas de ser tomadas como modelos en las cortes inferiores. El mismo esquema se repite también en los niveles intermedios, las decisiones de la corte de apelación son generalmente consideradas como precedentes que deberían influenciar las decisiones de los jueces de primera instancia. También en estos niveles opera un gran número de suposiciones por las cuales, la decisión de una corte superior es digna de seguirse por el juez inferior, en particular, cuando el juez inferior es uno y el juez superior es colegiado, independientemente de la calidad de la decisión y de la efectiva auto-

ridad de la corte que la pronuncia. Bajo esta óptica, el fenómeno del precedente aparece como un reflejo de la organización jerárquica en los diferentes ordenamientos.

No obstante, pueden surgir problemas, justo en función del orden de las cortes en un sistema determinado. Así, por ejemplo, la situación se complica cuando existen más cortes supremas, cada una colocada en el nivel más alto de su propia jurisdicción, como sucede en Alemania o en Italia, con la distinción entre cortes de casación y consejo de estado. Esta pluralidad de cortes introduce de hecho una duplicación o una tendencia a la fragmentación vertical en el sistema del precedente, de tal forma que cada jurisdicción tiende a seguir los precedentes de la propia corte cumbre, en vez de los de las otras jurisdicciones. Una variante más deriva de la presencia de cortes constitucionales autónomas, respecto de la organización judicial ordinaria. Por ejemplo, la corte constitucional italiana no está jerárquicamente supraordinada en relación con las otras cortes, pero sus decisiones son generalmente consideradas como precedentes significativos por los jueces ordinarios.

El aspecto institucional influye también en el llamado precedente *horizontal*, que se tiene cuando un juez hace referencia a la decisión de otro juez de igual nivel, y sobre el autoprecedente, o sea la vinculación de un juez a seguir los precedentes propios. En cuanto al precedente horizontal, la falta de relación jerárquica entre jueces diferentes de igual nivel excluye, por regla, la existencia de un vínculo a seguir con el precedente. Nada impide que se haga referencia a la decisión de un juez diferente de igual nivel, pero esa decisión tendrá un valor de ejemplo, más que de precedente en sentido estricto.

Por lo que toca al autoprecedente, tal vez diversos factores que confluyen deben de tenerse en consideración. Por un lado, exigencias básicas de coherencia y de universalidad de los criterios usados para decidir requerirían, que cada juez se sintiera vinculado a seguir los propios precedentes. A veces sucede, por cierto, que el vínculo al autoprecedente es configurado como garantía jurídica de igualdad en la aplicación de las leyes: es el caso del Tribunal Constitucional español, que controla bajo esta óptica, las decisiones de los jueces ordinarios.

Las desviaciones respecto a la uniformidad diacrónica de la jurisprudencia, especialmente si se trata de una corte suprema, a la que se le atribuye justo la función de garantizar la uniformidad de la

interpretación de la ley, deberían ser tendencialmente excluidas, y admitidas sólo cuando existan razones relevantes de orden general, que justifiquen el abandono del autoprecedente.

Por otro lado, los diversos aspectos de la función institucional de la corte que se toman en consideración, y de la posición que la misma asume respecto al derecho y a su interpretación, pueden influir en sentido diferente u opuesto. Así por ejemplo, la *Practice Statement* con la cual la *House of Lords* anunció, que no estaría necesariamente vinculada por sus propios precedentes, no tuvo grandes consecuencias en la práctica, pero modificó sensiblemente el papel de la corte como órgano supremo de interpretación del derecho inglés.

En lo que respecta a la corte de casación italiana, el hecho de que la misma tienda con frecuencia a comportarse como un juez de tercera instancia o de la “justicia del caso concreto”, más que como una verdadera corte de legítimidad, explica las frecuentes contradicciones sincrónicas y los *revirements* también injustificados que caracterizan a la jurisprudencia. De aquí una de las razones por las cuales, los precedentes de la casación son a menudo poco eficaces, también en relación con las sucesivas decisiones de la propia corte.

La falta de una relación institucional de tipo jerárquico es, además, la razón principal por la cual no son considerados como precedentes, las decisiones de jueces inferiores, de jueces que pertenecen a otras jurisdicciones, o de jueces extranjeros (salvo aquellos de cortes en sentido lato supraordinadas a jueces italianos, como la Corte de justicia de la Comunidad Europea o la Corte Europea de los Derechos del Hombre). Naturalmente, nada impide que se haga referencia a las decisiones de los jueces inferiores, extranjeros o pertenecientes a otra jurisdicción, lo que sucede a menudo, al menos en Italia. Se trata no obstante, de la regla de la referencia al ejemplo, no al precedente en sentido estricto.

3.- La dimensión objetiva del precedente se refiere a la determinación de aquello a lo que se atribuye eficacia de precedente, es decir, a la capacidad de influenciar a la decisión sucesiva. Con este propósito, se invoca, con frecuencia, a la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, para decir que la eficacia del precedente espera a la *ratio decidendi*, mientras que la *obiter dictum* tiene, a lo más, una función, en sentido lato, persuasiva.

Es fácil, sin embargo, ver cómo esta solución es en realidad poco menos que ilusoria. Sobre todo ella podría sólo valer en los siste-

mas que conocen y en los límites en los cuales se reconoce la eficacia formalmente vinculante del precedente, porque sólo en este caso tendría sentido distinguir, en el contexto de la decisión precedente, entre lo que vincula y lo que sólo persuade. Esto sería sólo en los sistemas del common law, pero se necesita considerar que el *stare decisis* norteamericano no es en realidad vinculante, y que también en el common law se habla de *persuasive precedent*. De cualquier forma, la distinción en examen se vuelve poco fructífera en los sistemas en los cuales, el precedente tiene, por definición, eficacia sólo persuasiva.

Es necesario considerar que la noción de *ratio decidendi* es fuertemente ambigua. Existen de hecho versiones diferentes en la misma doctrina del *common law*, sin que parezca arriesgado usar esta noción como instrumento analítico para obtener una definición de lo que tiene eficacia de precedente. Cosas diferentes vienen de cualquier forma consideradas como *ratio decidendi*, en los diversos ordenamientos y también en el mismo ordenamiento. Tal vez se trata del criterio jurídico usado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos, con una acentuación de la referencia a los hechos. Otras veces se entiende, al contrario, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en vez del hecho. Otras veces se entiende el argumento jurídico empleado, para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la *regula iuris*, o ambas. Se considera, por lo tanto, que la determinación de la *ratio decidendi* depende en gran medida de la interpretación del precedente, que viene dada por el juez del caso sucesivo, el que introduce un elemento ulterior irreducible de variabilidad. Obviamente el objeto del precedente cambia, dependiendo de la idea de la *ratio decidendi* que se asume también implícitamente, o cambia, con el cambio del significado que se atribuye al concepto relativo.

La *obiter dictum* viene con frecuencia definida por exclusión, porque se considera *obiter* todo lo que no entra en la *ratio decidendi*. Por consecuencia se tiene *obiter dicta* de naturaleza diferente: principios jurídicos generales o especiales, los cuales se discuten en sentencias, pero que no son los criterios efectivos de decisión; cuestiones relevantes y observaciones relativas a los hechos de la causa y a la valoración de la prueba, discusión y decisión de cuestiones hipotéticas, precluidas y no cultivadas por las partes; juicios de valor no relacionados con la interpretación de las normas usadas para decidir, referencias a hechos extraños al objeto de la controversia, argumentos y *abundantiam*, y así sucesivamente.

La amplitud e indeterminación de lo que puede constituir un *obiter dictum*, no representa un problema, si lo que es señalado *obiter* fuera considerado del todo irrelevante para los fines de una decisión sucesiva.

Por regla, se atribuye al *obiter dictum* una función meramente persuasiva, no se excluye todavía que ello pueda tener una eficacia particularmente intensa y no distinguible en realidad de aquella de la *ratio decidendi*. Se reconoce con frecuencia, por otra parte, que en la práctica los *obiter dicta* tienen una influencia considerable en las decisiones sucesivas y en la formación de la jurisprudencia.

Fenómenos de este tipo son influenciados y tal vez favorecidos por elementos que tienen que ver con las funciones institucionales de la corte, pero también a factores extrínsecos. Bajo la primera óptica, la naturaleza del precedente y el objeto al cual su relativa eficacia viene referida, depende del hecho que se trata de una corte que decide también el mérito de la causa, quizás tomando en consideración los hechos controvertidos, o se trata de una corte de mera legitimidad, que limita la propia tarea a la decisión de la *quaestio iuris*. En la primera hipótesis es más probable que valga una noción de *ratio decidendi*, en la cual prevalece la referencia a los hechos relevantes de la controversia, y que la regla de derecho sea configurada en términos 'concretos' con referencia a la especie de hechos en particular. En la segunda hipótesis es, por el contrario, más probable que el caso concreto sea descuidado y se ponga el acento sobre la regla de derecho en sí considerada, enunciada en términos generales e interpretada en el modo que aparece abstractamente más atendible.

Bajo una óptica diversa, destaca la técnica con la cual es determinado y conocido el precedente. El método anglo-americano del *reporting*, con el cual se seleccionan los casos que se publican en función de su idoneidad para constituir precedentes y que consiste en interpretar la decisión de derecho a la luz de los hechos específicos del caso, busca limitar el número de los precedentes y a favorecer el uso de *ratio decidendi* concretas, concentrando la atención de los que lo usarán sucesivamente, con base en el criterio usado para calificar los hechos y decidir sobre ellos. El método italiano de la maximización produce efectos del todo diferentes, entre los principales está aquel que constituye precedente en Italia y que tiene poco en común con el que forma el precedente en Inglaterra o en los Estados Unidos. Sólo las sentencias de la corte de casación (casi todas) vienen maximizadas y sólo, de modo excepcional, los

repertorios de jurisprudencia y las revistas jurídicas incluyen referencias a decisiones de los jueces de mérito. Esto significa que las sentencias de la casación son escogidas en cuanto tales, y las sentencias de los jueces de mérito vienen excluidas en cuanto tales. En ambos casos, aquello que se tiende a descuidar, con pocas excepciones, es el contenido efectivo de la decisión.

Posteriores consecuencias derivan específicamente del método de maximización. No faltan las ‘máximas falsas’ que enuncian un criterio diferente de aquel que ha realmente determinado la decisión. Por otro lado, y se trata quizás del inconveniente más relevante vienen con frecuencia maximizadas todas las enunciaciones jurídicas de principio que están contenidas en la motivación de la sentencia, independientemente del hecho que se trata de *ratio decidendi* o de *obiter dicta*. Ésta es la razón por la cual existen miles de máximas traslativas y repetitivas, pero es sobre todo la vía por la cual los *obiter dicta* pueden adquirir la misma eficacia del precedente que se reconoce a las *ratio decidendi*. En realidad, es la máxima en cuanto tal la que constituirá el precedente, no la máxima en tanto enuncia la efectiva *ratio* de la decisión precedente. La conclusión paradójica es que no es la corte de casación, y ni siquiera el juez del caso sucesivo, quien define el precedente, sino que lo hace “la oficina del maximario”. Esta paradoja sería poco relevante, si la máxima fuese redactada con base en una concepción atendible del precedente, que permitiera distinguir notoriamente entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*; sin embargo, no es así.

4.- La dimensión estructural del precedente atiende a aquello que constituye el precedente que es usado como punto de referencia para una decisión sucesiva. Al respecto se pueden distinguir cuatro hipótesis principales:

La primera hipótesis es aquella en la cual es referido un solo precedente. Se trata de la situación más común en los sistemas del *common law*, esencialmente porque en dichos sistemas, la corte suprema y las cortes de apelación pronuncian un número relativamente limitado de sentencias y, sobre todo, porque las cortes supremas seleccionan los casos en los cuales pretenden establecer precedentes. Esta hipótesis es menos frecuente en los ordenamientos del *civil law*, donde las cortes pronuncian sentencias y en muchos casos no seleccionan los precedentes. Se trata de cualquier forma de la hipótesis de escuela, que con frecuencia es tomada en consideración en los análisis teóricos del precedente.

La segunda hipótesis es aquella en la cual la referencia viene hecha a más precedentes que enuncian la misma solución a la misma cuestión. Es el caso de la 'jurisprudencia constante' o 'conforme', muy claro para el jurista italiano. Ello deriva sustancialmente del hecho que la corte de casación, estando obligada a decidir los numerosos recursos que le son sometidos, decide más veces la misma cuestión también en un breve período de tiempo. A menudo la misma cuestión es más veces resuelta del mismo modo, y se crea así una serie o concatenación de precedentes conformes. Esta hipótesis puede tener diversas manifestaciones, con diferencias relevantes. Puede suceder que varias decisiones conformes sean pronunciadas en un breve período o puede, por el contrario, suceder que varias decisiones conformes vengán pronunciadas en un largo período de tiempo, de años o incluso decenios. Probablemente la influencia de los precedentes sobre las decisiones sucesivas es diferente en los dos casos, pero la interpretación es incierta. Algunos precedentes conformes concentrados en un tiempo breve pueden ser el inicio de una jurisprudencia constante, pero pueden también representar una orientación efímera, destinada a ser abandonada. Al contrario una larga jurisprudencia constante puede expresar una orientación profundamente consolidada, pero puede también indicar una orientación por demás antigua y, por lo tanto, destinada a ser cambiada.

La tercera situación es aquella en la cual existen más precedentes en conflicto. Puede tratarse de dos decisiones singulares o de dos líneas de precedentes, la una en contraste con la otra. Puede tratarse de decisiones pronunciadas por el mismo órgano, como no es raro que suceda en la jurisprudencia de la corte de casación. En este caso el conflicto puede ser resuelto con mecanismos institucionales, como una decisión de las secciones unidas; pero si eso no sucede o la decisión de las secciones unidas no se sigue, el conflicto permanece. Puede suceder además, que el contraste surja entre la jurisprudencia de las cortes de mérito: es en este caso en el cual la corte de casación debería intervenir, asegurando la uniformidad de la jurisprudencia, pero la contradicción permanece, si la corte no interviene o si sus indicaciones no son seguidas. Puede además suceder que el conflicto subsista entre las decisiones o jurisprudencias de órganos diferentes. La hipótesis más interesante es aquella de la contradicción entre la corte de casación y una jurisprudencia constante de las cortes de mérito, sobre todo si se da la rebelión o la resistencia de los jueces de mérito, al confrontarse con la corte suprema. Incluso puede suceder que el conflicto no sea equilibrado; es lo que sucede, en el caso en el que un sentido jurisprudencial prevalente

es contrastado con una orientación minoritaria. En este caso pueden surgir importantes problemas de interpretación. Tal vez no es claro, cuando un sentido jurisprudencial prevalezca respecto de otro. Por el contrario, la orientación minoritaria puede expresar una tendencia por demás superada o puede constituir el inicio de una tendencia nueva, que podría tomar el puesto del sentido dominante.

La existencia de precedentes contradictorios crea, de cualquier forma, un problema que debe ser resuelto por el juez de la decisión sucesiva. Se trata de establecer, si se sigue un precedente y eventualmente cuál. Por un lado se podría decir que en la situación de conflicto simétrico entre precedentes no existe, en realidad, algún precedente que seguir, ya que cada precedente es contradicho por un precedente contrario. Por otra parte, puede suceder que el juez no pueda menos que seguir uno de dos precedentes en contradicción, porque seguir uno de los dos precedentes representa la única solución posible de la cuestión. Se trata en cada caso, de una selección hecha por el juez sucesivo, que debería ser justificada exponiendo las razones por las cuales un precedente es seguido y otro es descartado.

Todos estos problemas se presentan en términos aún más complejos y variables en la cuarta hipótesis, que aquí ponemos a consideración. Se trata del caos jurisprudencial, o sea, de la pulverización y de la contradicción entre decisiones. Esto se da cuando no es ni siquiera individualizable una contradicción entre dos decisiones o dos tendencias jurisprudenciales, y sobre la misma cuestión existen, por el contrario, decisiones o direcciones diferentes e incoherentes. Obviamente, esta situación puede verificarse dentro de la jurisprudencia del mismo órgano, o en la jurisprudencia de órganos diferentes.

En una situación de este tipo se debería decir que no existe algún precedente en sentido exacto, porque en el caos, ninguna decisión o grupo de decisiones podría sensatamente ejercer influencia en las decisiones sucesivas; a lo más que se podría decir es, que decisiones incoherentes y desordenadas constituyen meros ejemplos del significado vago y ambiguo de una norma. En concreto, las cosas se dan diferentes. La situación de caos jurisprudencial no impide de hecho, que en decisiones sucesivas se haga referencia a decisiones precedentes. Paradójicamente, por el contrario, esta referencia será más fácil, porque es teóricamente posible encontrar un precedente para cualquier decisión sucesiva teniendo en cuenta los precedentes divergentes o contrastantes. Se trata evidentemente de un uso inadecuado del prece-

dente, pero es importante señalar que ello no es poco frecuente. Se vuelve, por otro lado, evidente que en este caso la referencia al precedente se reduce a un subterfugio retórico que viene empleado ex post, con el único propósito de hacer aparecer plausible una decisión fundada en criterios privados de efectiva conexión con el precedente.

5.- La dimensión de la eficacia del precedente respecto a la naturaleza y la intensidad de la influencia que el mismo ejerce en la resolución del caso sucesivo, en la perspectiva de la doctrina más tradicional y rigurosa del precedente, un problema de este tipo no se da: el precedente tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos idénticos o análogos y bajo este perfil opera en modo indistinto que la norma de ley, lo que no tiene eficacia no es un precedente en sentido estricto; por la misma razón, el objeto del precedente es una *ratio decidendi*, que tiene eficacia vinculante y no el *obiter dictum*, que tiene eficacia sólo persuasiva.

Esta forma de entender el precedente es indudablemente correcta, pero es muy rigurosa y sustancialmente reducida desde el punto de vista de una teoría general del precedente. Ello vale de hecho sólo para algunos aspectos del sistema inglés, puesto que la *House of Lords* se encuentra más vinculada a los propios precedentes, y no vale para el más bien elástico sistema del *stare decisis* norteamericano; resultando inaplicable en casi todos los ordenamientos del civil law, que no conocen el precedente con eficacia jurídicamente vinculante y admiten sólo precedentes con eficacia persuasiva. Por ello, también en el ámbito de la teoría tradicional del precedente quedan dudas.

El problema de la eficacia del precedente no puede reducirse, por lo tanto, a la simple alternativa entre eficacia vinculante y no vinculante, Se puede, por el contrario, plantear una hipótesis en una escala compuesta por varios grados de eficacia del precedente. En el extremo superior de esta escala se coloca la hipótesis de una obligación absoluta y sin excepciones de seguir la decisión pronunciada por otro juez. Se trata de un extremo teórico que, tal vez, no se encuentra fácilmente en la práctica concreta del precedente en algún ordenamiento: cualquier cosa similar se da en el efecto de la eficacia del principio de derecho enunciado por la corte de casación; pero se trata de una hipótesis de naturaleza diferente, que no se confunde con el precedente en sentido propio. En el extremo inferior se coloca la hipótesis en la cual, el segundo juez dispone de plena discrecionalidad respecto al precedente; este podría ser usado, pero sólo en cuanto el juez sucesivo se persuade de la oportunidad de hacerlo. Entre estos

dos extremos pueden individualizarse algunos grados intermedios de fuerza del precedente. En orden descendente el primero de estos grados intermedios se da, cuando del precedente deriva un propio y verdadero vínculo, sujeto no obstante a excepciones y limitaciones determinadas, y con la posibilidad para el segundo juez de no observarlo, cuando se verifican razones admitidas por el ordenamiento. En este caso, el precedente está *bindig* y debe ser seguido salvo excepciones previstas (*must, except*). El grado sucesivo se da con el carácter de máxima que el precedente deba ser seguido, pero se admite que el juez sucesivo pueda apartarse, siempre que existan razones relevantes para hacerlo, que se puedan determinar libremente, pero que deben ser indicadas y justificadas. En este caso el precedente es *defeasibly binding*, en cuanto debería ser seguido, a menos que existan buenas razones para no hacerlo (*should, unless*). El grado todavía inferior, no fácil de distinguir del extremo de la plena discrecionalidad; se da cuando se cree oportuno que se siga el precedente, pero no se producen consecuencias de relevancia si esto no pasa, y el juez no está obligado a justificar expresamente su postura diferente. En este caso, el precedente es *weakly binding*, porque es sólo una expectativa genérica que el mismo sea seguido.

Esta clasificación de los grados de eficacia del precedente es naturalmente sólo una entre las muchas posibles, pero puede servir para demostrar que se trata de un fenómeno variable y diferenciado. Puede también considerarse que fuera de esta clasificación existen otras situaciones en las que se hace referencia a decisiones de otros casos. Dos de estas situaciones son particularmente importantes, la primera es aquella en la cual otra decisión es citada simplemente a título de ejemplo, o sea, con el fin de mostrar un posible significado de una regla jurídica, pero sin la pretensión de derivar indicaciones influyentes en la decisión del caso sucesivo. La otra situación relevante es la del *overruling* expreso, en la cual el precedente que hubiera sido vinculante en el caso específico viene rechazado y anulado para ser sustituido por una nueva *ratio decidendi* destinada a valer para los casos futuros. En los ordenamientos del *common law* el precedente *overruled* está formalmente excluido del sistema de las fuentes y pierde, como consecuencia, toda eficacia. En los ordenamientos del *civil law* sucede cualquier cosa similar, no de un modo claro y definitivo, en la hipótesis de *revirement* jurisprudencial expreso. Cuando una corte del *civil law* declara que abandonará el propio precedente para adoptar otro nuevo, los precedentes que no se seguirán más no son anulados o excluidos de la jurisprudencia. Los mismos continúan existiendo y no excluye que los mismos puedan volver con un nuevo *revirement*.

*OVERRULING* y *REVIREMENT* representan de cualquier forma situaciones en las cuales, el precedente es citado con el fin de excluir la aplicación en el caso específico y en posteriores casos futuros. Se trata por lo tanto de técnicas para eliminar el precedente y para sustituirlo con un precedente nuevo y diferente.

6.- Es evidente que las cuatro dimensiones ahora examinadas no agotan la problemática del precedente judicial, que contrariamente se presenta más rica y diversificada, lo que permite profundizar en el análisis. Así, por ejemplo, no se refieren a los temas clásicos de la teoría del precedente, como la analogía que funda la regla del precedente o la universalidad del precedente y sus conexiones con el principio de igualdad en la interpretación de la ley. Por otra parte, tales dimensiones no representan elementos simples o primarios, pero son a su vez el resultado de la racionalización de fenómenos muy complejos.

Probablemente no es suficiente la consideración de estas dimensiones, tan necesaria para determinar la naturaleza del precedente en los ordenamientos actuales, sea del *common law* o del *civil law*. Quien quiera establecer cierto ordenamiento en determinado momento, si existe el precedente judicial y qué características fundamentales presenta, deberá entonces determinar sobre qué punto de las dimensiones examinadas se encuentra la práctica judicial del uso del precedente en ese ordenamiento. La combinación de los resultados de este análisis puede definir el precedente en ese ordenamiento.

Es obvio que un análisis de este género presenta un grado de complejidad mucho más elevado de aquel que caracteriza los elementos tradicionales de la teoría del precedente, como de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, entre eficacia vinculante y persuasiva del precedente. Se trata de un costo que no parece posible evitar de frente a la creciente complejidad y variedad de las manifestaciones que presenta el precedente en los sistemas jurídicos modernos.

---

## PRECEDENTE Y EJEMPLO EN LA DECISIÓN JUDICIAL\*

---

MICHELE TARUFFO

1.- Se comparte generalmente la idea de que el precedente judicial no es patrimonio exclusivo de los sistemas del *common law*, y que también se trata de un fenómeno constante en la mayor parte de los ordenamientos, incluidos aquellos del *civil law*. Este convencimiento resulta obvio sólo con ver en la práctica las motivaciones en diversas resoluciones. Es muy frecuente la referencia a otras decisiones sobre casos casi iguales o similares y el precedente se ha convertido en un *topos* recurrente en la argumentación directa para justificar la decisión judicial.

El conocimiento de este importantísimo fenómeno ha producido en Italia consecuencias de gran interés. Por un lado, se ha puesto en revisión la tradicional teoría de las fuentes, que excluye o no comprende al precedente judicial, para reconocer realmente que la jurisprudencia es usada con mucha frecuencia como fuente de derecho. A propósito del precedente se ha hablado de 'fuente de mero hecho' a falta de una explícita previsión normativa, o de 'fuente supletoria'; en relación con el predominio de las fuentes legislativas; pero si se está difundiendo la tendencia a extender el catálogo de las fuentes, allí debe quedar comprendida la jurisprudencia.

\* Este escrito apareció en los Estudios en memoria de Uberto Scarpelli. RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE, Descripción: Anno XLVIII, N° 1, Marzo, 1994. Milano Italia. La traducción fue hecha por Hiria Miranda y Leticia Bonifaz.

Por otro lado, teóricos del derecho y juristas, interesados en analizar la naturaleza y estructura de la decisión judicial y en entender cuáles son los factores que influyen en la interpretación y la aplicación de las normas en el caso concreto, han puesto una particular atención al precedente judicial. En esta perspectiva se vuelven a tomar en consideración los temas clásicos de la teoría del precedente, como la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* o la técnica de *overruling del distinguishing*. Se ha vuelto a denunciar la corrupción que en la formación y evolución de la jurisprudencia producen el uso y abuso de las máximas, y los problemas que derivan de la incoherencia, de la variabilidad de la jurisprudencia, en particular, la de la corte de casación.

Al revivir un tema en muchos aspectos clásico, emergen puntos interesantes para profundizar en posteriores estudios de problemas conexos al uso del precedente. La experiencia que se tiene del precedente en ordenamientos del *civil law*, en un contexto de práctica judicial, completamente distinta del sistema anglo-americano, hace surgir problemas en parte nuevos. Así, por ejemplo, se dedica particular atención a los cambios de la jurisprudencia, especialmente frecuentes en la casación italiana, que representan un fenómeno más complejo y sustancialmente diferente del *overruling* de las cortes anglo-americanas. Por otra parte, en el campo del análisis teórico del razonamiento judicial, se tiende a insertar el uso del precedente en el contexto de la argumentación racional que justifica la decisión.

Por otro lado, también la doctrina angloamericana más reciente adopta prospectivas más realistas y pone en evidencia cómo la técnica de uso del precedente, y sobre todo aquella que los juristas del *common law* adoptan para evitar el vínculo derivado de la decisión anterior, se sostiene en la discrecionalidad del juez que debía seguir el precedente, más que el efecto abstracto vinculante del precedente en sí considerado.

En un panorama tan complejo y rico de problemas surgen algunas analogías, pero también algunas diferencias entre el empleo del precedente en los ordenamientos del *common law* y del *civil law*. La principal analogía viene dada entre el uso del persuasivo, o de mero hecho, típico del precedente en los sistemas del *civil law*, y el ámbito de discrecionalidad, que se reconoce al juez del *common law* en relación al empleo del precedente. Se tiende de hecho a sostener, que el uso del precedente termina con seguir modalidades por demás semejantes en los dos tipos de ordenamiento, más allá del reconocimiento

o de la exclusión de su eficacia formal vinculante, porque eso depende siempre de la elección del juez que decide el caso sucesivo.

Las diferencias son todavía numerosas e importantes y atienden a los diversos contextos procesales, judiciales y culturales. Entre ellas hay una diferencia que merece ser subrayada, porque es con frecuencia hecha a un lado. Es la que se refiere al número de los precedentes que entran en juego, en relación con cada caso particular, o si se prefiere, a la distinción entre precedente y jurisprudencia.

La situación que parece más frecuente en sistemas del *common lawes* aquella en la cual, uno o pocos precedentes se refieren al caso que debe ser resuelto. No tiene caso el análisis teórico del precedente que prescinde generalmente de la consideración del número de posibles precedentes y se refiere a la situación tipo de un solo precedente. Entre las posibles explicaciones de ello se encuentra sin duda el hecho de que en estos sistemas, las cortes de apelación resuelven pocos casos y menos aún son los resueltos por las cortes supremas. La tendencia neta de estas últimas que disponen del poder discrecional de escoger los casos que consideren oportunos resolver, es en el sentido de no resolver los casos respecto a los cuales no se piensa cambiar la orientación, reduciendo así (teóricamente a uno solo) el número de precedentes referentes a cada caso particular.

En varios sistemas del *civil law*, e Italia es un ejemplo, la situación es completamente distinta. Las cortes de segunda instancia resuelven un número mucho mayor de casos, y lo mismo sucede en las cortes supremas. Potencialmente, cada una de las miles de sentencias que pronuncia la corte de casación cada año representa un precedente. Las razones de esta situación son muchas y no pueden ser discutidas aquí, siendo también numerosos los inconvenientes que de ella derivan. De cualquier forma, queda el hecho de que es muy rara la situación en la cual, un solo precedente está relacionado con el asunto que se debe resolver. La situación más frecuente, y que puede considerarse típica, es aquella en la cual más precedentes de la misma corte o de diversos órganos judiciales, con la de casación en el vértice, se refieren a ese caso. De esta forma, existe una clara tendencia a dejar de citar precedentes y utilizar, de forma “constante” y “conforme”, la “jurisprudencia”, constituida de largas listas de sentencias que repiten la misma cosa. En este contexto se coloca además el caso, teóricamente anómalo, pero frecuente en la práctica, de la contradicción interna de la jurisprudencia. El caso límite, que no es extraño que suceda, es aquél en que el mismo juez, que con frecuen-

cia está en la corte de casación, se pronuncia en sentido distinto sobre una misma cuestión, en el mismo momento.

2.- Según la orientación tradicional, el problema central (si bien no el único) de la teoría del precedente se refiere a la eficacia que la resolución de un caso está en posibilidad de dar en la decisión de un idéntico o análogo caso sucesivo. Este problema se resuelve a menudo afirmando que, en los sistemas del *common law*, el precedente está dotado de eficacia jurídicamente vinculante y, por consecuencia, el juez está obligado a resolver el caso sucesivo, aplicándole la *ratio decidendi* que resulta del precedente. Las cosas son distintas en los sistemas del *civil law*, en donde el precedente no tiene eficacia jurídicamente vinculante. Se habla ahora de eficacia 'persuasiva' o 'moral' o de 'mero hecho' del precedente, para decir que el mismo es usado como elemento de soporte en la justificación de la decisión, en ausencia de la obligación del juez a seguir la *ratio* del precedente.

Esta distinción corresponde a un lugar común difuso, que suscita más problemas de los que resuelve. Por un lado, de hecho, como ya se ha asentado, el análisis real de los 'modos de uso' del precedente por parte de las cortes del *common law* muestra como en realidad, la eficacia vinculante del mismo es una ficción, que cubre y legitima las opciones discrecionales, tomadas por el juez que usa el precedente, como de hecho sucede en el rígido sistema inglés.

En el sistema norteamericano además, la *stare decisis* es muy elástica, porque las cortes se reservan el poder de no seguir el precedente, al cual no están formalmente vinculadas, todas las veces en las que podría llevar a decisiones injustas. De ahí que los jueces americanos y la misma Cámara de los Lores inglesa, no se consideran vinculados ni siquiera a los precedentes propios. Por otro lado, sucede también en los sistemas del *civil law*, que un precedente termina teniendo una eficacia tal, que es considerado como vinculante.

Si además, como se ha asentado antes, de las distinciones fijadas para grandes principios o para grandes sistemas, se pasa al análisis de los fenómenos concretos, y de la praxis judicial en diversos ordenamientos, se descubre que el problema de la eficacia del precedente es de gran importancia y más complejo y variado de lo que resulta de la distinción entre eficacia vinculante y eficacia persuasiva. Se puede establecer, que el número de los precedentes referibles al caso por decidir influye en la eficacia que el precedente tiene sobre la decisión sucesiva.

La existencia de un solo precedente referible al caso podría ser vista como un soporte débil para una decisión, por parte de un jurista continental, acostumbrado a manejar una jurisprudencia a menudo pletórica. Pero ese precedente puede influenciar precisamente porque es el soporte para la decisión sucesiva, como sucede a menudo en los sistemas del *common law*. El jurista continental está, al contrario, acostumbrado a considerar muy eficaz y casi vinculante una jurisprudencia constante. Es claro que la eficacia de un único precedente, que sea sólo una voz entre las muchas de un gran elenco repetitivo, es muy débil. En una jurisprudencia 'conforme', compuesta de centenares de sentencias, una sentencia particular es irrelevante.

Otro factor que incide en la eficacia del precedente es su antigüedad. Esto no sorprende al jurista inglés, el cual con frecuencia cita precedentes viejos, y debería ser obvio para el jurista continental. Se trata de un factor que puede operar de diferentes maneras y que de por sí es ambiguo e impreciso. Puede suceder que un precedente reciente sea más eficaz, porque refleja una interpretación actualizada de una norma jurídica; pero también puede ser considerado poco eficaz, por no estar todavía consolidado. Por el contrario, puede suceder que un viejo precedente sea considerado ineficaz, porque ha sido ya superado por la cultura jurídica. En cada caso permanece variable según las circunstancias; pero más que irrelevante, la incidencia del tiempo que media entre el precedente y el caso que debe ser decidido, sobre la eficacia del precedente.

Existen diferentes razones por las cuales el problema de la eficacia del precedente no puede resolverse con base en la distinción entre precedente vinculante y precedente no vinculante. En los sistemas en donde está vigente la regla del *stare decisis*, no existe una concepción unívoca y mucho menos una práctica uniforme, del vínculo que deriva del precedente. En los sistemas en los que el precedente no tiene una eficacia vinculante, el precedente viene usado, y su fuerza persuasiva tiene grados y manifestaciones diversas caso por caso. Parece entonces razonable configurar la eficacia del precedente en una escala compuesta por diferentes grados, que van del máximo teórico de vínculo absoluto, sin posibilidad de excepciones (obligación, deber, *must*) a un mínimo, representado por la hipótesis en la cual el precedente no se usa, o viene *overruled*. Entre estos dos extremos pueden precisarse varios grados intermedios de posible eficacia del precedente que, en concreto, se realizan en función de los diversos factores que influyen en el uso del precedente por parte del juez. Se puede así pensar, en un vínculo por excepción posible (*must*,

*except*), y un deber tendiente (*should*), a un deber condicionado a la falta de razonamientos contrarios (*should, unless*), o una mera facultad (*may...*). No se trata obviamente de situaciones rígidamente distintas, pero sí de grados que se pueden individualizar entre el *continuum* que comprenda las diversas manifestaciones del fenómeno representado por la eficacia del precedente. Bajo esta perspectiva, la distinción entre precedente vinculante y no vinculante se vuelve poco significativa. Es más, surge el problema de definir mejor los grados en los cuales se articula en concreto la eficacia del precedente.

3.- En el contexto de las variaciones relativas a las modalidades de empleo del precedente, vale la pena considerar la distinción que puede darse entre precedente y ejemplo.

Como se ha recordado antes, el precedente es definido y caracterizado por el convencimiento de que la *ratio decidendi* en que se funda deba ser usada y aplicada como criterio para la decisión de un caso sucesivo igual o similar. La 'obligatoriedad' de la decisión de este criterio puede ser más o menos entendida, según los casos, esencialmente en función de las excepciones que se admitan, de los subterfugios que los jueces usan para evitar el vínculo, o del grado de discrecionalidad que se reconoce al juez del caso sucesivo. En cada caso y con diversos grados de intensidad, parece que en la base de la misma idea de precedente existe el deber de tenerlo en cuenta, por parte del segundo juez. En cuanto tal, entonces el precedente *debe ser, debería ser, o es deseable que sea* seguido como criterio o como punto de referencia para las resoluciones sucesivas. Pueden ahora configurarse consecuencias en la hipótesis en la cual el juez no tome en cuenta el precedente: la sentencia sucesiva podría, por ejemplo, considerarse nula, injusta, o injustificada, dependiendo del caso. De cualquier forma, el juez debería el menos justificar expresamente la elección de no seguir el precedente, enunciando las razones por las cuales ha considerado no juzgar con base en él.

Las hipótesis que presentan estas características no agotan el panorama de las situaciones en las cuales en la decisión de un caso viene hecha la referencia a la decisión de otro caso, dada en un momento anterior. Existen de hecho numerosas situaciones en las cuales, la referencia no se hace a un precedente que es obligatorio tomar en consideración, pero es un ejemplo que se utiliza para explicar, aclarar o reforzar cualquier aspecto de la decisión. Parece oportuna una ulterior observación en relación con lo que se entiende por el *uso ejemplificativo* de la referencia a decisiones precedentes.

No se intenta hacer referencia a la hipótesis en la cual, la decisión de otro caso venga citada como ‘ejemplar’, o sea, como modelo a seguir o imitar. En una situación de este tipo está siempre implícito un *sollen*, o sea la idea que existen razones por las cuales, el ejemplo debería seguirse en la decisión judicial sucesiva. Pero en tal caso, evidentemente sí se está todavía dentro del área conceptual del precedente en sentido exacto, caracterizado por la obligatoriedad más que en la del ejemplo.

Por el contrario, se tiene un “ejemplo” en sentido preciso cuando en la decisión de otro caso se hace referencia, a modo de ilustración concreta, a un caso particular, a una aplicación específica de cualquier cosa. Aquí se habla de decisiones judiciales y esta ‘cualquier cosa’ es en general una regla, un principio o *standard* jurídico, cuyo significado y sus efectos vienen demostrados y especificados con referencia a un caso particular, en el cual la regla se ha concretizado. Por decirlo así, se trata de un *token* en vez de un *type*, de una *instance* en vez de un *example*. Cuando se usa el ejemplo de esta forma, el fin no es (o no es todavía) decir o hacer entender, que el mismo debería ser seguido. Se podría decir más bien, que la finalidad del ejemplo es *ostensiva*: se señala el hecho que un caso específico ha sido resuelto de cierta forma, aplicando un determinado criterio de decisión, por así decirlo, parece útil saber y hacer saber que así ha sucedido.

La conexión que subsiste entre la decisión citada como ejemplo y el caso sucesivo, a la cual viene referida, no es prescriptiva, en tanto falta el convencimiento o la sugerencia de que el ejemplo deba ser seguido. Se trata más bien de una relación que podría definirse como de *relevancia*, de *pertinencia* o de *utilidad* del ejemplo que se toma en cuenta en la decisión sucesiva. El ejemplo es relevante o pertinente, cuando se trata de un caso particular de aplicación de la misma norma que viene (o podría ser) aplicada en el caso sucesivo, y es útil en cuanto representa o expresa un posible significado o una posible aplicación de aquella norma. Así, por ejemplo, eso puede servir para ilustrar la pluralidad de la especie de hechos concretos y referidos a la misma norma y, por lo tanto, para individualizar los posibles significados, o a mostrar cómo ella es ambigua y cómo ha sido interpretada en modos diversos y en diversos momentos o por jueces diferentes.

4.- Delineada en términos muy generales la distinción entre precedente y ejemplo, se trata ahora de considerar cualquier nexo posterior.

a) Un carácter que puede considerarse típico del 'ejemplo' y que sirve para diferenciarlo del precedente está constituido, por su mayor amplitud. En esencia, pueden ser usados como ejemplos muchas decisiones que no podrían ser propiamente usadas como precedentes. El *denotatum* de 'ejemplo', es de hecho más extenso que el de 'precedente' y comprende este último, como ahora se tratará de aclarar.

Normalmente una decisión puede representar un precedente para la decisión de un caso sucesivo, cuando proviene de un juez superior (precedente vertical), de un juez del mismo nivel (precedente horizontal) o del mismo juez (autoprecedente). Todavía el precedente no explica su eficacia todas las veces que se verifica una de estas situaciones, más que tal eficacia está por norma subordinada a la verificación de ulteriores condiciones, como por ejemplo, el hecho que un juez acepte ser vinculado por un precedente propio, o por el precedente de otro juez de igual nivel, o considere todavía válido el precedente de un juez superior.

Son numerosas las situaciones en las que una decisión no es idónea para constituir un precedente en sentido propio, pero puede ser, en cambio, usado como ejemplo. Sobre todo se consideran las situaciones en las cuales un precedente vertical, horizontal o un autoprecedente, no es usado como precedente vinculante, porque falta cualquier condición ulterior o porque el juez ni lo discute. Por otro lado, hay situaciones en las cuales una decisión no podría jamás constituir un precedente, pero es útil y pertinente como ejemplo. Se puede pensar así en una decisión de jueces superiores, pero no genéricamente supraordinados (como la corte constitucional respecto a jueces ordinarios) o de jueces de igual nivel o superior, pero que no pertenecen a la misma jurisdicción (como jueces extranjeros o jueces especiales administrativos). Puede tratarse de jueces inferiores (como cuando la casación se refiere a sentencias de jueces de mérito o una corte de apelación respecto de una decisión de primera instancia).

Otro aspecto bajo el cual el área de empleo del ejemplo es más amplia que aquella del precedente, es la que se refiere a la relación entre el caso referido y el caso que viene sucesivamente resuelto. Es notorio que el empleo del precedente se funda en la identidad o al menos en la analogía entre las dos especies de hechos, toda vez que el fundamento del precedente está en aplicar el mismo criterio de decisión a casos iguales o semejantes. Es obviamente posible usar como ejemplo, la decisión en un caso igual o similar, siempre en virtud del hecho de que la distinción entre precedente y ejemplo se refiere

esencialmente, en este caso, a la manera concreta en que el juez sucesivo se vale de la decisión anterior. Es todavía posible usar como ejemplo, pero no como precedente, también una decisión que verse sobre una cuestión diferente de aquella que es resuelta. Como se ha visto de hecho, lo que justifica el uso del ejemplo y su relevancia es su utilidad para el caso sucesivo; pero un ejemplo puede ser útil también cuando se refiere a otra especie de hechos, no idéntica y tampoco similar, si por ejemplo, sirva para ilustrar la amplitud o la imprecisión del significado de una norma.

Hay además un tercer aspecto bajo el cual el ejemplo aparece como un fenómeno más amplio que el precedente, la cual deriva del hecho que, por definición, el precedente es invocado en sentido positivo con referencia al caso que se resolverá, lo cual es de hecho usado como un medio para individualizar la *ratio decidendi* que parece destinada a valer también para la decisión sucesiva. Una referencia negativa, o sea, hecha con el fin de excluir que esa *ratio decidendi* pueda valer en el caso sucesivo, no configura un empleo del precedente. Dependiendo del caso podrá tratarse de una hipótesis de *distinguishing* (cuando el precedente viene anulado o superado), pero ciertamente no existe un uso negativo del precedente. Al contrario, nada impide que una decisión anterior venga referida como ejemplo negativo, o sea, como posibilidad de interpretación o aplicación de una norma que existe, pero que sería evitada.

b) Una segunda característica de la distinción entre precedente y ejemplo fue ya delineada líneas arriba, pero lo retomamos para definir de manera más específica una peculiaridad del ejemplo. En tanto, como se ha visto, está implícita en la idea fundamental de precedente cualquier elemento de obligatoriedad, por la cual el juez está obligado a seguir el precedente, al menos hasta que no demuestre tener buenas razones para no hacerlo. No sucede así cuando una decisión es invocada como ejemplo; es decir, el uso del ejemplo es completamente discrecional. No se trata de una discrecionalidad en alguna forma regulada o vinculada, porque no parece que existen criterios, ¿ni siquiera como máximas? que puedan referirse al uso del ejemplo. A lo más podrá decirse que es oportuno señalar ejemplos específicos y concretos, cuando se afirma que una norma fue o puede ser aplicada de cierta forma, pero esto es una sugerencia para hacer completa y creíble una argumentación, o sea, una regla de mera oportunidad que no se limita y no condiciona directamente la discrecionalidad del juez. En realidad, el juez que no cita ejemplos, será considerado, según el caso, dogmático, abstracto o poco informado, en cambio, quien cita

muchos será considerado cultísimo o pedante. Se trata, sin embargo, solo de variables al interior de un comportamiento plenamente discrecional., que produce efectos de cierta relevancia, sólo en el estilo de la sentencia.

c) Otra característica que puede considerarse típica del ejemplo es la relacionada con su función. Como es evidente, la principal función del precedente es *preceptiva*: el precedente expresa la *regula iuris* que debe o debería ser aplicada para decidir el caso sucesivo. El juez que decide siguiendo el precedente, reconoce como válida y eficaz esa regla, y por lo tanto, la aplica como criterio de decisión.

La función del ejemplo es, por el contrario, evidentemente diversa; no es prescriptiva, por el contrario, es básicamente heurística e *ilustrativa*, y también blandamente justificativa. La función del ejemplo es heurística e ilustrativa, porque como se ha acentuado repetidamente, el ejemplo sirve para hacer entender, explicar, descubrir, los posibles significados y las posibles aplicaciones de una norma o también para individualizar los casos límite en los cuales la misma es ambigua o incierta. Desde este punto de vista, el ejemplo es un instrumento de interpretación y de control de la interpretación. Ello ayuda a establecer para casos particulares, en vez de definiciones generales, el significado de una norma.

Por razones sustancialmente parecidas, el ejemplo tiene también una función justificativa en general, y en particular cuando es citado en la motivación de una sentencia. El ejemplo usado en positivo sirve como elemento de soporte para mostrar que una interpretación de la norma es justa, oportuna, ventajosa y compatible; y el ejemplo usado en negativo sirve como elemento de soporte para hacer ver que una interpretación es injusta, inoportuna, dañina y no compatible. El ejemplo relativo a un caso similar dará una justificación más fuerte, en tanto que el ejemplo relativo a un hecho diverso lleva a una justificación más débil, pero es útil para mostrar la amplitud del significado de una norma. El ejemplo constituido por la decisión de un juez prestigiado es más persuasivo que aquél representado por un juez poco prestigiado. Queda, de cualquier forma, el hecho que una justificación fundada en uno o más ejemplos no es jamás demostrativa. Es más, tiene las características del argumento tópico, de la justificación en sentido lato inductiva y, por lo tanto, tiene una función justificativa débil. Esto no implica obviamente que ella sea usada muy a menudo y que tenga un rol relevante en la praxis de la argumentación judicial.

A propósito de la distinción entre precedente y ejemplo es oportuna una aclaración, que se refiere al argumento por analogía. No cabe duda que la analogía entre el caso resuelto por el precedente y el caso en el cual el precedente es aplicado, representa la base fundamental del *stare decisis* y, por lo tanto de la eficacia típica del precedente. La analogía es un razonamiento 'por ejemplo'. Se trata de variaciones terminológicas que no influyen en la validez de la distinción en comento. El razonamiento por analogía, en sentido estricto, es de hecho la base del precedente, en tanto sirve a justificar que la decisión del caso sucesivo siga la misma *ratio* de la resolución del caso precedente: lo que constituye la justificación de la función preceptiva del precedente. El uso de ejemplos no funda en cambio un propio y verdadero razonamiento por analogía y no produce conclusiones preceptivas acerca de la resolución del caso sucesivo. Al contrario, como se ha dicho, es ostensivo e ilustrativo y, por lo tanto, desarrolla sólo indirectamente una función justificativa en el contexto de la decisión.

d) En tiempos recientes, el análisis teórico del razonamiento jurídico y judicial tiende por añadidura a individualizar y a poner en primer término, después de las características típicas del precedente en sentido estricto, su universalidad, es decir, equivale a decir que el precedente opera como tal, en cuanto pueda tener una regla de carácter general, *en cuanto tal*, aplicable a todos los otros casos idénticos o análogos. Con esta característica se reconectan de hecho, los valores de uniformidad e igualdad de tratamiento que se encuentran en juego en el empleo del precedente.

Por ello, invocar un precedente significa, en realidad, hacer mención a la norma que ha sido aplicada, de forma tal que inevitablemente se mueve del precedente para efectuar la extensión a otros casos. No se afirma que se quiere separar del precedente para justificar la elección, porque va en contra de la potencialidad general de la norma que el precedente expresa. El requisito de la universalidad, por su parte, ha sido entendido como condición de coherencia referible sobre todo al autprecedente, pero la opinión prevaleciente es en el sentido de que el mismo sea general, o sea, todas las veces que un precedente de cualquier naturaleza sea aplicado. De ahí que en el principio de universalidad viene revisada la razón fundamental por la cual el precedente debe ser seguido.

Bajo este perfil surge otra importante diferencia entre precedente y ejemplo. El ejemplo, de hecho, no es y no debe ser necesariamente universalizable. Se podría decir, por el contrario, que el principio de uni-

versalidad no se aplica ni siquiera al ejemplo, porque el mismo es heterogéneo y no aplica; el ejemplo es eficaz de por sí, porque es un caso particular *de cualquier cosa*, y específicamente de la aplicación de una norma, su función es sólo demostrar que la norma fue aplicada en una situación, en un cierto modo y con un determinado éxito, no de prescribir la aplicación de esa norma a otras situaciones. Existe entonces, en el ejemplo, una relación entre el caso particular resuelto y la norma que ha influido en la decisión, en caso contrario el ejemplo no tendría ninguna utilidad. Pero, en el precedente, el caso particular viene usado para sacar una regla potencialmente general (universal) y por esta razón también aplicable al caso sucesivo, lo que no sucede en el ejemplo. Tal vez, en el ejemplo, por el contrario, se da la operación inversa: se mueve la regla que se querría aplicar en el caso sucesivo y se encuentra después en el ejemplo un caso particular en el cual se manifiesta un aspecto relevante de su significado. Tal vez la regla no es todavía dada o formulada, y ahora el ejemplo puede servir para descubrir la existencia, si más ejemplos son acordes, ahora se vuelve más probable la hipótesis que la regla existe. Pero en ninguna de estas situaciones se puede decir, que el ejemplo tenga para sí la capacidad de imponer o hacer necesaria la aplicación de la regla de la cual representa un caso particular.

Parece por lo tanto evidente, que la universalidad del precedente se encuentra intrínsecamente conectada a su función preceptiva o normativa, o sea, al hecho que ello constituye un criterio que debe ser seguido en el caso sucesivo. Si falta esta función, como sucede en el caso del ejemplo, pierde relevancia también el requisito de eventual universalidad.

5.- La distinción entre precedente y ejemplo podría considerarse insignificante desde el punto de vista *interno* de una teoría rigurosa del precedente. Una teoría de este tipo, precisamente porque es rigurosa debería, de hecho, desatender *a priori* todo aquello que no presenta las características constitutivas del precedente en sentido propio. Para tal teoría, el fenómeno de decisiones referidas a título de ejemplo debería ser irrelevante. Sería de cualquier forma oportuno no considerar como precedentes todas las decisiones citadas en sentencias sucesivas, porque de ser así, se correría el riesgo de atribuir eficacia normativa o preceptiva a situaciones que de hecho, no tienen efecto.

Si después se pone, en lugar que al interior de una teoría rigurosa del precedente, en el plano de la teoría de la argumentación jurídica o de la decisión judicial o de su justificación, entonces la distinción entre precedente y ejemplo adquiere una mayor importan-

cia. Como se ha tratado de aclarar, de hecho el ejemplo desarrolla, en el contexto de la argumentación en la cual se establece el significado de una norma, una función propia y típica; lo cual sirve para poner en evidencia un aspecto del significado de la norma que se ha ya concretado en un caso específico: del cual su función heurística e indirectamente justificativa encuentra un gran espacio y notable importancia en la argumentación judicial.

Esto resulta evidente, si se observa la práctica de tal argumentación jurídica. El rol del ejemplo puede ser menos visible en la motivación de la sentencia de los jueces del *common law*, en donde el dato absolutamente prevaleciente es la referencia a precedentes en sentido exacto. Se podría además presumir, que si una decisión es referida por un juez inglés o norteamericano, ella representa un precedente al cual se reconoce cierta eficacia preceptiva. Esto no vale, por el contrario, o no vale en los mismos términos en las sentencias de los jueces del *civil law*. Sería de hecho erróneo presumir que cada decisión referida en una sentencia constituya un precedente en sentido exacto. Existe de hecho una difusa tendencia a citar muchas decisiones (tal vez docenas) sin ni siquiera afrontar el problema de establecer, si esa invocación tendría cualquier función de precedente para el caso en el cual son citadas. Con frecuencia es evidente que tales decisiones están privadas de esta eficacia y, por lo tanto, son citadas de manera ejemplificativa (cuando no solamente *ad pompam*). No pocas veces la decisión referida no tiene ni siquiera una efectiva pertinencia con los hechos del caso en el cual vienen citadas (sin contar que a veces ellas no existen o no dicen aquello que se quiere hacer decir).

De frente a la práctica judicial incontrolable, variable, desordenada, y no en pocos casos poco atendible, parece claro que no se pueda hablar propiamente de precedente todas las veces que un juez hace referencia a cualquier otra decisión. Por el contrario, el juez cumple tareas significativas y usa argumentos con finalidad justificativa, también cuando no emplea precedentes en el sentido propio y riguroso del término. A menudo, por el contrario, estos argumentos representan la efectiva justificación de la decisión. Desde este punto de vista parece confirmada la hipótesis, enunciada anteriormente, según la cual la distinción entre eficacia vinculante y no vinculante del precedente no alcanza a dar cuenta de muchas características relevantes de la justificación fundada en la referencia a decisiones precedentes. La distinción entre precedente y ejemplo parece, por el contrario, idónea para adquirir alguna de estas características, delineando las funciones en el contexto de la decisión judicial.

# Directorio

## Sala Superior

Magdo. J. Fernando Ojesto Martínez Porcayo  
Presidente

Magdo. Leonel Castillo González  
Magdo. José Luis de la Peza  
Magdo. Eloy Fuentes Cerda  
Magda. Alfonsina Berta Navarro Hidalgo  
Magdo. J. Jesús Orozco Henríquez  
Magdo. Mauro Miguel Reyes Zapata

Dr. Flavio Galván Rivera  
Secretario General de Acuerdos

Lic. José Luis Díaz Vázquez  
Secretario Administrativo

Dra. Leticia Bonifaz Alfonso  
Directora de la Escuela Judicial Electoral

Esta obra se terminó de imprimir en abril de 2003  
en la Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico  
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,  
ubicada en el edificio C de Carlota Armero No. 5000,  
Col. CTM Culhuacán, C.P. 04480, México, D.F.

Su tiraje fue de 1000 ejemplares.