Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción*

Taruffo's Glasses: a Conception of Jurisdiction

Maximiliano A. Aramburo C.

Autor:
Maximiliano A. Aramburo C.
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
maximilianoaramburo@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-4366-7051

Recibido: 4-3-2021
Aceptado: 17-3-2021

Citar como:
Aramburo C., Maximiliano A., (2021). Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 63-92. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.03

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Maximiliano A. Aramburo C.

Resumen

Toda la concepción de Michele Taruffo sobre la prueba judicial —que es la parte de su obra más conocida— toma su punto de partida en una idea de jurisdicción y de juez que le es metodológicamente funcional. La jurisdicción, de esa forma, está condicionada culturalmente en un modelo que determina las formas del proceso y condiciona el fondo de la decisión misma. En este artículo se exploran las bases fundamentales de la concepción de la jurisdicción que subyace a las nociones de decisión judicial y de prueba de la obra de Taruffo, examinando la idea general de cómo es el juez y el papel que desarrolla (es decir: aplicar el derecho), así como describiendo a rasgos generales el modelo burocrático de administración de justicia en el que opera.

Palabras clave: Taruffo; jurisdicción; decisión judicial; juez.

Abstract

Michele Taruffo's entire conception of judicial proof –which is the best-known part of his work– takes its starting point from the conceptions of jurisdiction and of judge that are methodologically functional for him. In this way, the jurisdiction is culturally conditioned in a model which determines the forms of the process and conditions the substance of the decision itself. This article explores the fundamental grounds of the conception of jurisdiction that underlies the notions of judicial decision and proof in Taruffo's work, examining the general idea of

* Soy deudor de Michele Taruffo en muchos sentidos. Desde que le conocí, su opinión sobre lo que yo escribía (sobre todo cuando escribía sobre *sus* argumentos) me importaba mucho y él me la daba no solo con paciencia, generosidad y esmero, sino sobre todo, leyéndome con deferencia. Que estas líneas —que parten de un trabajo mucho más amplio sobre su obra y que constituye mi tesis doctoral— sirvan de renovado homenaje a su impresionante y visionaria obra, y de agradecimiento por la extraordinaria generosidad vital que siempre tuvo frente quienes tuvimos la fortuna de cruzárnoslo en el camino.

the judge as such, and the role he or she fulfils (i.e., to apply the law), as well as describing in general terms the bureaucratic model of administration of justice in which the judge operates.

Keywords: Taruffo; jurisdiction; adjudication; judge.

1. SOBRE EL MÉTODO DE MICHELE TARUFFO

Podría decirse que la característica más decisiva, al tiempo que paradójica, de la obra procesal de Michele Taruffo es su permanente incomodidad con el derecho procesal. Taruffo siempre necesitó ir más allá del derecho para entender el propio derecho, la jurisdicción, el proceso, la decisión judicial y la prueba. Ha sido ya documentado varias veces que su encuentro con el derecho procesal fue casi accidental, cuando —por insinuación de Amedeo Conte— se acercó a Vittorio Denti, a la sazón profesor *ordinario* de la materia, para que le orientara en su *tesi di laurea* sobre el uso de las máximas de la experiencia en el razonamiento judicial. Lo que le interesaba —también se ha documentado ya suficientemente— era en realidad el papel de la lógica el derecho: tal era la fascinación que había producido en él una conferencia impartida en el Collegio Ghislieri, de Pavía, por Uberto Scarpelli, con quien le uniría una juvenil amistad y de quien recibiría una especie de iniciación en la filosofía analítica. La profunda preocupación que tuvo siempre Taruffo por el saber no jurídico y sus vasos comunicantes con el derecho, lo pusieron en interlocución permanente con los filósofos del derecho (en Italia, especialmente con Scarpelli y con Giovanni Tarello), pero no sólo con ellos. Siguiendo las huellas de dos grandes procesalistas italianos —el propio Denti y Mauro Cappelletti— se acercó a la comparación jurídica, que aplicó como método de sus propias investigaciones, de manera indeclinable, durante las más de cinco décadas que duró su carrera académica.

Las herramientas descritas permitieron a Taruffo una obra singular, pues no encaja perfectamente en la categoría de la dogmática habitual del derecho procesal. En el ámbito de la filosofía del derecho se ha discutido ampliamente acerca del papel que juega —o debe jugar— la dogmática jurídica, su estatus científico e incluso, en el marco de las teorías de la argumentación jurídica, el valor de los argumentos de tipo dogmático. En ese tipo de discusión, Atienza ha distinguido dos enfoques claramente diferenciados en las posibilidades que puede seguir la dogmática jurídica. Por un lado, un enfoque que la entiende como una «empresa técnica que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación de la aplicación y de la producción del derecho» (Atienza, 2006: 11). Este primer modelo asume una actitud política, que ve en la dogmática la posibilidad de ayudar a transformar la sociedad. El segundo modelo es, por el contrario menos optimista, de tal manera que «le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el 'método científico' […] y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo» (Atienza, 2006: 11).

En ese sentido, Atienza propone definir a la ciencia jurídica como «tecno-praxis». Por un lado, para alejarla de la evocación teológica que sugiere la expresión «dogmática» y, por el otro, para acercarla de manera inequívoca a su finalidad práctica: «resolver un tipo peculiar de problema práctico referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho» (Atienza, 2014: 128 y ss.).

Si se examina el tipo de trabajo que hizo Taruffo es posible concluir que se ubica en una fase ulterior de la llamada «ciencia» del derecho procesal en Italia, si se toma como referencia la distinción que hizo Denti entre las fases sistemática y post-sistemática de los estudios procesales (Denti, 1986: 483). Pero quizás se trata de una tercera fase que no puede, en rigor, caracterizarse a partir de una escuela o un tipo más o menos generalizado de estudios que llevan a cabo diversos autores, del mismo modo que se ha dicho que no puede caracterizarse al realismo americano más que por algunas notas distintivas del *approach* con el que acometen sus estudios los realistas. Si bien Taruffo es en buena medida heredero de la fase postsistemática a la que se refería Denti (en la medida en que, como los representantes de esta fase, el profesor de Pavía nunca pretendió construir un sistema), ha llevado el método un plano diferente, o bien a un momento evolutivo más avanzado, pues una vez incorpora las herramientas filosóficas (y teóricas) al quehacer dogmático, y teniendo por objeto en buena medida los enunciados resultantes de la comparación jurídica al menos en el mismo nivel que los enunciados del derecho positivo, la obra de Taruffo parece distanciarse de varios de los rasgos que caracterizan la dogmática que Atienza denomina «tradicional»: anclaje en el formalismo jurídico, aislamiento de la dogmática del resto de saberes sociales, rechazo a la incorporación de nuevos métodos, énfasis en las funciones descriptiva y sistemática de la dogmática, concepción de la dogmática como un saber neutral, concentración en el derecho «formalmente válido»; olvido de los valores sustantivos, privilegio de los argumentos de autoridad, predominancia de la interpretación literal.

En realidad, en Taruffo parece darse un enfoque consistente en una aproximación al estudio del derecho (procesal, muchas veces) que no depende exclusivamente del derecho positivo nacional —en su caso, el italiano— sino que toma en cuenta, para formular los enunciados propios de la dogmática que lleva a cabo, un conjunto más amplio de materiales y métodos[1]. Así, por ejemplo, en los trabajos sobre la prueba[2], el derecho positivo no es el objeto de estudio sino un dato más del fenómeno probatorio. Taruffo considera más relevantes los aspectos que condicionan las normas jurídicas, que las normas mismas y más constructivo el enfoque desde la teoría de la decisión

1. Courtis distingue entre materiales y métodos de la dogmática jurídica, «ya que entre métodos y materiales hay una relación de proceso a producto —de modo que el empleo de ciertos métodos sobre ciertos materiales se convierte en nuevo material que puede ser empleado para analizar normas» (Courtis, 2006: 135). Entre los materiales incluye la historia, el derecho comparado, la jurisprudencia y la propia doctrina; entre los métodos, el análisis del lenguaje, el lógico, el sistemático, el ideológico, y el empírico.
2. Es evidente que en los manuales y comentarios de código, que representan una parte importante de su obra, la aproximación es diferente: en ellos se parte directamente del derecho italiano o de los proyectos de reforma, lo que no impide acudir, también, a los resultados de la comparación.

judicial que desde las regulaciones particulares que se ocupan en cada ordenamiento de perfilarla. En el profesor de Pavía parece ser evidente, pues, no solo el componente técnico sino, sobre todo, el componente práctico «en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica» (Atienza, 2014:154). Esto supone afirmar por ejemplo, que Taruffo no es formalista y que, además, tiende importantes vínculos con otros saberes sociales. Su constante apoyo en estudios históricos o sociológicos son buena muestra de ello, pero también la atención que presta, fundamentalmente, a la filosofía (en particular, a la filosofía de la ciencia en lo que tiene que ver con la prueba).

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

El propio Taruffo se plantea la necesidad de superar las «actitudes obsoletas, formalistas» de la dogmática tradicional, mediante la práctica de herramientas como la globalización del análisis, el empleo sistemático de la comparación y el estudio interdisciplinar (Taruffo, 1999b: 319)[5]. Muy dicientes son a este respecto el título y el prefacio de la recopilación de ensayos publicados en 2002 (Taruffo, 2002a): *Sobre las fronteras*. Taruffo considera que el problema de las fronteras —que se puede plantear en cualquier área del conocimiento— en los estudios sobre el proceso civil se ve claramente cuando

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

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

5. Ferrer considera, por ejemplo, que la obra de Taruffo es un «ejemplo paradigmático si se quiere mostrar la diferencia gradual, no categórica, entre la dogmática y la teoría del derecho», porque al profesor de Pavía «le gusta ver el derecho desde arriba, volando a altura suficiente para observar sus perfiles generales, para comprender el encaje general de sus instituciones y para ver las similitudes y diferencias entre sistemas» (Ferrer, 2016: 177).

se examinan las tendencias que asumen que la idea de proceso (civil) está objetivamente delimitada por el código de procedimiento civil y por algunas leyes especiales lo cual lleva, de un lado, a una «construcción autárquica de conceptos dogmáticos» y, del otro, a un «microanálisis de la jurisprudencia doméstica» como caracteres dominantes de un provincialismo científico. Por eso, dice, se hace necesario observar «desde las fronteras» hacia territorios variados y tendencialmente ilimitados: «una sola vida no alcanza para atravesar todas las fronteras y para ver realmente todo el mundo, así que es necesario adaptarse a sufrir límites prácticos en la propia investigación» (Taruffo, 2002a: 9).

De esta manera, las herramientas utilizadas por Taruffo y el resultado de su trabajo se pueden presentar como una bisagra que une la reflexión teórica sobre el derecho con la práctica jurídica, pues quizás nada hay más práctico en el derecho que el proceso judicial. En él convergen los conceptos de jurisdicción, decisión y prueba, que son los anteojos con los que él mira el mundo, y que se sirven a su vez de una concepción general del juez y de la labor que éste desarrolla con el derecho. Parte de esa mirada, que se concentra en el juez y la tarea que desarrolla, es lo que se pretende examinar en las páginas siguientes.

2. LA IDEA GENERAL DE JUEZ

Para nuestro autor hay una noción de juez inherente a toda teoría de la interpretación, y viceversa aunque que no desarrolla una mirada unitaria ni ordenada sobre la jurisdicción como órgano: ésta debe reconstruirse a partir de una no despreciable dispersión de materiales creados con distintas finalidades, que dejan ver una particular concepción del modelo «ideal» de quien administra justicia, que se construye parcialmente a partir de las críticas que dirige a otros modelos.

Para Taruffo, la separación de poderes supone la atribución de las tareas del Estado a diferentes órganos, y la jurisdicción es solo uno de ellos. En ese sentido, como señala Nieto, la organización judicial tiene una doble carta de naturaleza, pues por una parte es uno de los tres pilares estructurales del Estado junto a la Administración y al Legislativo, lo que le suele dotar de su naturaleza constitucional; y por la otra comporta un servicio público que asegura (o pretende asegurar) los demás, y que es atendido por funcionarios, lo que le dota de su naturaleza administrativa o burocrática (Nieto, 2004: 106). El propio Taruffo, al menos a partir de Damaška, considera que hay una conexión entre las formas y objetivos de la administración de justicia y la organización del poder, lo le permite realizar el análisis de la estructura organizativa de la jurisdicción, en función del papel que el Estado le atribuye, entre dos extremos, si se quiere ideológicos, que condicionan la estructura y la función del proceso judicial: el del *laissez faire*, de naturaleza pasiva y primordialmente atada a la resolución de controversias, y el del estado de bienestar, de naturaleza activa y orientado primordialmente a la puesta en marcha de las elecciones políticas (Taruffo, 1991: 11). En efecto, de acuerdo con Damaška, una perspectiva tiene que ver con la estructura de la autoridad del Estado y la otra se centra

en su relación con la función del gobierno, de tal manera que la realización de ciertos objetivos del Estado se logra mejor por ciertas organizaciones del poder, al tiempo que ciertos tipos de organización gubernamental impiden la correcta realización de objetivos particulares (Damaška, 1986:13).

Esto da lugar a dos tipos de aproximaciones para la adopción de decisiones. Una de ellas confiere alternativas a los funcionarios y ellos eligen la que les resulte más atractiva en función del objetivo institucional, de tal manera que la decisión se justifica en función de las consecuencias deseadas que se derivan de allí. Este es el modelo que el profesor de Yale llama consecuencialista o de orientación tecnocrática (Damaška, 1986: 21). El segundo enfoque prevalece en los aparatos de justicia, y es el llamado enfoque legalista, en el que la decisión se evalúa en términos de la fidelidad al estándar. Tanto el enfoque consecuencialista como el legalista pueden armonizarse. El legalista, que suele ir asociado al ya mencionado ideal jerárquico, usualmente se atribuye al surgimiento de las universidades italianas en el siglo XI, aunque no fue hasta el surgimiento de las burocracias centralistas de los siglos XVI y XVII que llegó a dominar el aparato gubernamental en los países de Europa continental (Damaška, 1986:31). El ideal paritario, por su parte, parece rechazar mecanismos de adopción de decisiones que requieran aplicar estándares alejados de las normas éticas, religiosas o políticas predominantes, pues se consideran indeseables los enfoques «técnicos»[6].

En esa línea, el interés parece puesto no en concepciones gruesas o totalizadoras del derecho sino en que, como en Damaška, es posible identificar tres niveles de complejidad de los modelos ideales: el de la organización del poder, en general; el de la estructura del poder judicial en sí mismo; y el de la estructura de las formas propiamente procesales (Taruffo, 1991: 12). A partir de esos niveles, el derecho continental europeo —y por influencia suya casi todos los ordenamientos latinoamericanos— estaría dominado por una cultura jurídica que ha sido marcada por el positivismo formalista. En efecto, como recuerda Iglesias Garzón citando a Loyseau, el término «*office*» se acuñó, desde el siglo XVII, para designar a todo cargo público, incluidos los jueces (Iglesias, 2012: 39), en virtud de la «dignidad con función pública» que representaban y que, para desgracia de la misma dignidad, terminó vinculada a la llamada la venalidad de los oficios: la compra y venta de posiciones judiciales, que estaban en el comercio en el más puro sentido de la expresión, pues servían entre otras razones para el financiamiento del Estado. La burguesía, que podía acceder por dinero a esos cargos, se beneficiaba con la promoción social que significaba su adquisición. La multiplicación de los jueces resultó ser insostenible: la multiplicación «acarreó la deflación en su precio, ya que competían entre sí reduciéndose la jurisdicción y, por tanto, los ingresos potenciales» (Iglesias, 2012: 45), lo que llevó al cierre paulatino del sistema de acceso a esas posiciones en un modelo jurisdiccional en el que, por su naturaleza, no había apenas control de legalidad sobre la actividad. Todo esto terminaría de manera definitiva con el triunfo de la Revolución,

6. A la mezcla de estándares de decisión de los funcionarios paritarios (coordinados) en la que el sentido común y la prudencia se combina con normas éticas, políticas y religiosas, las llama Damaška «justicia sustantiva».

que acabó con el particularismo normativo y la construcción de un nuevo modelo para la administración de justicia no solo en Francia sino también en los países de tradición continental, tanto en el plano del derecho positivo como en el de la organización estatal y, especialmente, en lo tocante a la administración de justicia.

3. EL MODELO BUROCRÁTICO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El juez moderno —dice Ferrajoli— nació cuando se distinguieron de manera definitiva las funciones de *iurisdictio* y de *gubernaculum*, lo cual habría ocurrido después de la formación de los estados nacionales en el siglo XVIII: «oscurecida la noción medieval de la *iurisdictio* como poder soberano, la soberanía se identificará sobre todo en el poder legislativo y en el ejecutivo; y la jurisdicción, al mismo tiempo que se subordina a la legislación, se diferencia y autonomiza, especializándose y separándose, gracias también a la creciente tecnificación y profesionalización de las funciones de gobierno» (Ferrajoli, 1995: 586). Además de consolidarse la noción de independencia, con este cambio habría iniciado la formación del modelo de organización judicial más relevante del llamado derecho continental.

Para Taruffo, desde el punto de vista organizativo, la forma que caracteriza la jurisdicción de los países occidentales desde la Revolución Francesa es lo que denomina «el modelo burocrático de administración de justicia», creado para modelar la imagen y el *status* del juez bajo el mismo esquema de la organización administrativa del Estado. Tal modelo, en su opinión, combina factores políticos y factores estructurales (Taruffo, 1993a: 249). Pero esa combinación no solo no es completamente satisfactoria para desarrollar el ideal de jurisdicción que tiene en mente, sino que además sus defectos explicarían la profunda crisis en la que se encontraría desde finales del siglo XX. Ese modelo estaría caracterizado por una selección de los jueces mediante concurso público abierto; una ordenación jerárquica (en lo orgánico y no en lo personal), que toma su forma en la llamada carrera judicial, excepto en el vértice; sin especialidad, al menos en principio, pero con garantía de inamovilidad e independencia, todo lo cual evidenciaría su carácter fundamentalmente conservador (Nieto, 2004: 68).

Ese modelo corresponde, a grandes rasgos, con el *idealtypus* de la burocracia según Weber, que se caracterizaría por (i) una serie de actividades regulares que conforman los propósitos de la organización, distribuidos bajo la forma de deberes oficiales; (ii) una estructura de cargos jerarquizada bajo la supervisión de un superior; (iii) el gobierno de un sistema de reglas abstractas que han de aplicarse a casos particulares; (iv) la impersonalidad del funcionario, que no compromete sus emociones en la tarea que le ha sido asignada; (v) la organización de la carrera para proteger al burócrata de despidos arbitrarios; y (vi) la capacidad de actuar en el mayor grado de eficacia posible. De esta suerte, la estructura de la burocracia sería una forma de dominación legítima, de naturaleza racional, que se compone de tres elementos: el *dominus*, el aparato y los dominados. En esa estructura, la obediencia se basa en «reglas racionales de general aceptación» pues

se fundamenta en la creencia en la validez de la ley como guía de acción, un esquema de competencias que garantizan la validez formal, y la disposición irrestricta de todos a obedecer los mandatos del derecho (Buchely, 2014: 19). La obediencia —dice Nieto comentando a Weber— se refiere a las relaciones «entre los dominados y el aparato, por una parte, y entre el aparato y la jerarquía, o *dominus*, por otra» (Nieto, 2002: 414). La llamada dominación burocrática, pues, sería una forma de dominación legal que «opera a través de un aparato administrativo burocrático formado por cargos de competencia predeterminada y que se articulan de acuerdo con el principio de la jerarquía» (Nieto, 2002: 416). Así las cosas, una de las características de la burocracia sería que quienes la conforman «*ocupan* puestos en una escala jerárquica, es decir, que *no son*, ya que hay una separación entre la persona y el cargo» (Nieto, 2002: 484)[7].

Andrés (Andrés, 2007: 80), por su parte, se apura a aclarar que el modelo burocrático tiene su origen en el estado legislativo y, desde el punto de vista geográfico, todo apunta a Francia. Dicho modelo estatal —triunfo del principio de legalidad— generó un modelo que condiciona y prefigura el papel de la jurisdicción, que aparece «integrada en el ámbito del ejecutivo, como una más de sus articulaciones burocráticas». A partir de allí surge el modelo estrictamente jerárquico, gobernado por un «vértice de notables de toga» —metáfora geométrica, la del vértice, recurrente en Taruffo— que presta «un inestimable servicio político». Este modelo de organización, dice Andrés, se concreta en un modelo de jurista que suscribe un positivismo ideológico porque no reconoce un criterio de corrección de las decisiones diferente de las propias normas jurídicas en las que se funda. En ese sentido, en Occidente ha predominado el modelo de la *carrera judicial* (si bien con algunas excepciones, entre las que se destaca el notable contraejemplo de Estados Unidos) a partir de la abolición de la «venalidad en los cargos» vinculada, como se vio, a la visión feudal y absolutista del Estado (Iglesias, 2012: 120). Ese modelo, entonces, dota de legitimidad la función judicial que se emancipa del poder del monarca y a partir de los años inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario, se promulgan normas sobre la organización judicial (como las leyes de 1790), a partir de las cuales se confeccionaron listas de elegibles para ocupar las posiciones judiciales a partir de un conocimiento no necesariamente formal del derecho, que hasta la promulgación del *Code* de Napoleón no parecía demandar mayores esfuerzos: «La revolución, en lo judicial —afirma Iglesias— tuvo que hacerse de una forma nueva pero con las viejas herramientas y tradiciones» (Iglesias, 2012: 123). Sería entonces la codificación civil, junto a la entronización del principio de separación de poderes, lo que configuró la jurisdicción burocrática a partir de la prohibición de que el juez pudiese aplicar normas jurídicas diferentes de la ley estatal y, especialmente, la limitación que se impuso a la posibilidad de dictar fallos en equidad. Por el contrario, en Estados Unidos, que sería el

7. Destaca Nieto (Nieto, 2002: 485) que en el plano sociológico los roles burocráticos «aparecen dotados indefectiblemente de un *status*», que es la «prolongación del carisma en la era racional» y «una consecuencia de la ignorancia». En el psicológico, «si una persona lleva ocupando mucho tiempo un puesto, modifica su personalidad hasta producirse una identificación entre el puesto y el titular. Por así decirlo: termina siendo lo que hace».

ejemplo paradigmático del modelo anglosajón no burocrático, se carece de una carrera profesional al interior del poder judicial (sin ingreso por oposición) al tiempo que se permite que los jueces puedan orientar sus decisiones en función del interés que les puede representar una conquista en nombramientos posteriores (Taruffo, 2009a: 40; Posner 2011: 29; 179). Este modelo burocrático, además de la carrera judicial como eje, se construye, en teoría, a partir de un criterio técnico de selección de los funcionarios judiciales y no necesariamente basado en los méritos desarrollados a través de la carrera judicial, lo cual lo diferencia del modelo estadounidense.

El modelo burocrático-napoleónico requiere, pues, de una organización judicial compleja y de tipo piramidal en la que el poder «desciende desde lo alto» y que tiene como protagonista a un juez profesional del derecho, elegido por concurso público (a partir de su formación técnica) y que, en tanto tal, tiene el estatus burocrático del funcionariado (Comoglio, Ferri y Taruffo, 2005: 20): un cuerpo de élite, de jueces impasibles e indiferentes frente a todo y a todos, en palabras de Nieto (Nieto, 2004: 87), impasibilidad se derivaría parcialmente de la sujeción del juez a las normas procesales. Esa impasibilidad, que en realidad parece más propia del modelo *adversary* estadounidense presenta un problema de efectividad, en opinión de Taruffo (Taruffo, 1979: 179). Para él, la doctrina «ortodoxa» no logra esconder el fracaso del modelo, al menos en la justicia civil, en aspectos como la protección de intereses supraindividuales y que en últimas se reconducen a la transformación de una sociedad liberal, en una sociedad industrial de masas. El célebre juez Roscoe Pound a comienzos del siglo xx ya advertía que ese era uno de los retos del sistema de administración de justicia de su país:

> El problema, del presente, por lo tanto, es llevar a nuestro Derecho a sostener un balance más adecuado entre el individualismo y el colectivismo. Su actual individualismo extremo debe ser matizado para que se acompase con las ideas del mundo modern (Pound, 1906: 24).

No esta claro si el problema de efectividad que Taruffo advierte en sistemas como el *adversary* se logra superar en el modelo burocrático. De hecho, Denti y Taruffo parecen creer que el sistema burocrático continental tiene también serios problemas en ese aspecto, pues en este modelo se confían los primeros escalones de la jerarquía judicial (y, por tanto, la competencia para conocer en primera instancia) a jueces jóvenes que carecerán de autoridad frente a los abogados, lo que hace que sus decisiones sean «opinables» y dificulta incluso que se acepte el marco del litigio fijado por el juez (Denti y Taruffo, 1986: 291). A veces, incluso, parece que para Taruffo —nuevamente, siguiendo en esto a Damaška— el modelo burocrático hace parte del modelo ideal de proceso judicial (Taruffo, 1999a: 61). En efecto, según el autor profesor de Yale, ciertos propósitos del Estado pueden alcanzarse mejor si el poder o la autoridad se organiza de cierta manera, así como algunas formas de organización gubernamental impiden la correcta realización de objetivos particulares (Damaška, 1986:13), de tal suerte que algunas combinaciones entre esas dos estructuras pueden ser armoniosas dependiendo del fin que se pretenda alcanzar, mientras que otras pueden mostrar alguna tensión.

Cuando ese esquema de combinaciones se traslada a la adopción de decisiones (políticas o judiciales), habría dos aproximaciones posibles una primera —a la Damaška

llama tecnocrática— que le otorga al funcionario varias alternativas, de tal suerte que éste elige la que resulte más atractiva en función del objetivo institucional perseguido. Así, la decisión se justifica por las consecuencias deseadas que se derivan de allí. Por su parte, la que orientación legalista (y que prevalece en los aparatos de administración de justicia) supone la existencia de estándares, de tal suerte que es la fidelidad al estándar lo que justifica la decisión[8].

Taruffo, por su parte, limita el uso de la expresión «estándares de decisión» a una parte de ciertos enunciados normativos «particularmente abiertos» desde el punto de vista de su estructura lógica y semántica (Taruffo, 1989: 152), de tal suerte que para su aplicación no requiere de reenvío a otras normas —trátese de reglas o principios— propios del ordenamiento, sino que requiere de «criterios no fijados en el sistema de las normas jurídicas», es decir, de criterios fundados en valores. Tales serían los casos, por ejemplo de normas que supongan la determinación de un daño *grave*, de un comportamiento *imprudente* o de la obligación de proceder *de buena fe*. En este tipo de supuestos, al juez se le atribuye un papel creativo que consiste en crear la norma que debe aplicar al caso concreto, pues a esos efectos el juez está llamado a llenar un vacío dejado intencionalmente por el legislador, y esa creación debe hacerse a través de una actividad racional y justificada, para lo cual Taruffo expresamente estima necesario dar razones para aceptar —asumiendo que es cuestión debatida— que la actividad judicial debe ser racional y no puede ser arbitraria. A estos efectos, son las teorías de la argumentación (más que el modelo de organización judicial) las que permiten explicar que no puede hablarse de razonamiento jurídico fuera de la racionalidad (Taruffo, 1989: 153). La razón para ello no es solo teórica. También habría razones ideológicas y estrictamente jurídicas. Entre las primeras, Taruffo acude a la teoría llamada ideología legal-racional de Wróblewski, y entre las segundas a la obligación de motivación de las decisiones judiciales presente en casi todos los ordenamientos contemporáneos.

Ahora bien: el enfoque legalista al que se refiere Damaška parece más propio de estructuras jerárquicas y burocratizadas[9], de acuerdo con la caracterización que se ha hecho, aunque aún es posible agregar alguna variable. Según Schauer los modelos (*ideal-types*) de decisión son dos: el modelo que se basa en normas —un modelo, diríamos, atrincherado— y el modelo particularista, y ambos se dan en todos ordenamientos concretos como una cuestión de grado. Esta distinción analítica, que Taruffo considera de utilidad (Taruffo, 2002b), supone que las decisiones judiciales siempre son particularistas en el sentido de que siempre deciden casos concretos; pero son siempre, también —al menos en el estado de derecho— basadas en normas. Esto implica que la

8. Esta distinción, guardadas las distancias, tiene un «parecido de familia» con la distinción que trazan Atienza y Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero, 2007) entre normas regulativas de acción y normas regulativas de fin, en sus dos especies: reglas (de acción y de fin) y principios (en sentido estricto y directrices).

9. Este enfoque le permite a Damaška encontrar dos subcategorías. Por una parte, estaría el legalismo pragmático y, por la otra, el legalismo lógico. Es solo en este último caso en donde estima que los criterios de decisión, esto es, las normas jurídicas para el caso del Derecho, se aplican sin contexto y sin tomar en cuenta los detalles del caso (Damaška, 1986: 22).

distinción analítica de Schauer en realidad se quede corta en su carácter explicativo, pues los extremos del *continuum* parecen simplificados en extremo. En efecto, si bien uno de los extremos es el de la decisión a partir de normas, en realidad el uso de normas puede darse de muy diversas maneras, dependiendo del tipo de razonamiento que realiza el juez. Taruffo distingue al menos dos tipos de decisión con arreglo a normas, lo cual le permite dudar de la precisión de la clasificación mencionada: por una parte, las decisiones que implican la deducción de una norma (o se justifican por inferencia a partir de una norma) y, por la otra, las decisiones por referencia a una norma. La existencia de (al menos esos) dos posibles significados de la decisión con arreglo a normas, lleva a Taruffo a subir el nivel de abstracción: en tanto modelo, solo una versión «radical» de la decisión con base en normas puede servir como extremo para oponerlo al particularismo, y esa versión radical es la de la conexión silogística y deductiva entre hecho y norma (Taruffo, 2002b: 220). En el extremo opuesto, esto es, el del particularismo, Taruffo también prefiere ser radical: en esta orilla del *continuum* solo debe estar la decisión que olvida por completo la referencia a cualquier norma, y que se adopta por cualquier otro medio, incluido el azar. Que este extremo sea inaceptable es una cuestión valorativa distinta: dado que se trata de construir un modelo, la aceptabilidad política y jurídica de un sistema de decisión cualquiera es cuestión diferente (Taruffo, 2002b: 220): la única forma en la que el particularismo sería aceptable, sería una concepción de la administración de justicia que tuviera como única finalidad la resolución de la controversia (Taruffo, 2001: 22).

Evidentemente, como se trata de modelos ideales, está claro que ambos pueden, más que coexistir, aplicarse de manera intermedia en un ordenamiento determinado, a través de lo que Schauer llamaría soluciones «adaptativas» pero que, según Taruffo, son una versión *soft* de modelos decisionales basados en normas, pues toman en consideración un estándar de decisión (es decir, una norma o, mejor, un enunciado normativo) que debe ser interpretado y adaptado a los hechos del caso. Esto hace que, en efecto, no parezca haber verdaderos casos de decisiones puramente particularistas en el Estado de derecho. Es más, no parece acertada la generalización según la cual los ordenamientos de *common law* están fuertemente inclinados hacia un cierto particularismo basado en la *equity*, mientras que los ordenamientos de *civil law* estarían más inclinados a basar sus decisiones judiciales en reglas (Taruffo, 2002b: 222). En efecto, en muchos casos los tribunales de países de *common law* cada vez más frecuentemente se deben aplicar leyes preexistentes y, aunque la forma y estilo de sus decisiones judiciales siguen siendo diferentes a las empleadas en países como Italia o Alemania, no puede decirse que se trate de decisiones que se basan en algo diferente de las normas preexistentes, incluso cuando el derecho aplicable se encuentre en precedentes judiciales[10]. Con un matiz

10. Dice nuestro autor: «si el uso de los precedentes se toma como indicio de decisiones particularistas, entonces muchos tribunales del *civil law* tendrían que considerarse intensamente particularistas, dado que —con la única excepción (más aparente que real) de Francia— estos tribunales hacen uso diario de los precedentes en sus decisiones» (Taruffo, 2002b: 223).

adicional: para Taruffo, si se mira únicamente a la Corte Suprema o a los tribunales de apelación de países como Estados Unidos, puede tenerse la impresión de que se trata de decisiones altamente creativas. Sin embargo, esas decisiones no reflejan la práctica judicial de todo el sistema (Taruffo, 2002b: 223).

En cuanto a la estructura misma del razonamiento, Taruffo —aparentemente inclinado hacia el escepticismo genovés— no encuentra distinción clara entre la situación en la que un juez considera derrotable una norma, en general, y la situación en la que la norma simplemente se interpreta y aplica de manera flexible. En otras palabras, considera que ambas situaciones, aunque son distinguibles teóricamente, en casos concretos pueden ser indiferenciables. Quizás sería más exacto señalar que la frontera entre ambos fenómenos le resulta porosa, pero Taruffo considera que un sistema en el que los jueces tengan libertad para decidir no aplicar las normas jurídicas, en realidad no correspondería a un estado regido por la *rule of law*. Por eso, parece que es necesaria una sutil diferencia entre un tribunal que tiene la facultad de extender al máximo grado una regla flexible, y un tribunal que simplemente puede descartar la aplicación de una norma basada en su libre criterio. Es decir, un tribunal solo debería estar autorizado a descartar la aplicación de una norma tras haber agotado todas las posibilidades interpretativas de la norma con respecto a los hechos del caso.

Ahora bien: en los ordenamientos que se articulan a partir del llamado ideal coordinado de Damaška, habría una equitativa distribución del poder, de tal manera que la cohesión entre las decisiones de los jueces de diferentes niveles no está dada por la jerarquía o la autoridad, propias del modelo burocrático de administración, sino por factores externos (y, si se quiere, gaseosos) como la unidad de propósito (Damaška: 1986: 25). En otras palabras, la consistencia y la predictibilidad de las decisiones judiciales se alcanza, a la manera de Ulises, con ajustes voluntarios y con una cierta armonización de las actividades independientes de la decisión judicial misma. Pero en este ideal coordinado, a pesar de que la cohesión está determinada por una supuesta unidad de propósito, se rechaza expresamente la adopción de decisiones que requieran aplicar estándares alejados de las normas éticas, religiosas o políticas predominantes. De alguna manera, esto significa que el modelo considera inadmisibles las aproximaciones meramente «técnicas» a los patrones o criterios de decisión. A la mezcla de estándares de decisión de los funcionarios paritarios (o coordinados) en la que el sentido común y la prudencia se combinan con normas éticas, políticas y religiosas, la llama Damaška «justicia sustantiva» (Damaška, 1986: 27), que en principio no existe de manera precisa en el aparato judicial burocrático y jerarquizado. Este ideal, en realidad, parece pretender reflejar la estructura perfecta de la autoridad eclesiástica, que supone un poder autoritativo vertical, cuya integridad necesita de reglas y no de patrones de justicia sustantiva.

Lo anterior, que parece una observación trivial, tiene algunas implicaciones en el diseño institucional de los instrumentos jurídicos concretos, para que el modelo pueda funcionar adecuadamente, de acuerdo con el profesor de Yale. Como se trata de una estructura estratificada, se hace necesario que los procedimientos consistan en varias etapas sucesivas. Así, la existencia y posibilidad de un sistema de recursos contra las

decisiones judiciales no es un asunto extraordinario. Es, por el contrario, una parte casi necesaria de la decisión, algo que debe esperarse en el giro normal de las cosas (Damaška, 1986: 48). Esto explica por qué en este modelo, en principio, no es estrictamente necesario que el funcionario que decide en primer grado haya cometido una falta para que la decisión sea revisable por un funcionario (juez o tribunal) de segundo grado. De hecho, tiende a considerarse la impugnación, la doble instancia, como un derecho que no debe ser cercenado. Y dado que esa posibilidad de revisión es muy amplia, tiene sentido la exigencia de motivación de la decisión de primera instancia: que quien ha decidido sustente exactamente lo que ha decidido y por qué. En este sentido, las decisiones pueden ser revisadas por jueces superiores, pero no sin consecuencias.

Como advierte Nieto, dos de los pilares del modelo burocrático de la administración de justicia serían la independencia (que sería uno de los ejes del Estado liberal) y la responsabilidad (Nieto, 2004: 107 y ss.). Según este autor, la independencia encierra tres especies diferentes, todas ellas vinculadas de alguna manera al carácter burocrático del modelo: la independencia *profesional* de jueces y magistrados, que está llamada a garantizar los derechos personales que se derivan de su condición de funcionarios; la independencia *funcional* de jueces y tribunales, que garantiza la libertad de criterios a la hora de actuar; y la independencia *institucional* del poder judicial, que garantiza un funcionamiento sin fricciones con otras ramas del poder. Esa independencia, entonces, estaría diseñada para proteger a los jueces de una cierta vulnerabilidad que les es inherente a su condición de seres humanos en la tarea de aplicación del derecho.

4. CONCEPCIÓN METODOLÓGICA (GENERAL) DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN ESTE MODELO

En lo que tiene que ver con la concepción metodológica que subyace al modelo burocrático en general, una advertencia preliminar debe hacerse: se trata de un modelo descriptivo de una tendencia general acerca de cómo se ha organizado el órgano jurisdiccional en los ordenamientos de derecho continental, y que sirve de medio de contraste a su concepción (esa sí, *prescriptiva*) de la sentencia judicial y de la prueba.

Taruffo parte de asumir —en línea de principio, dejando al margen los supuestos de creación del derecho y del remedio— que en los sistemas que adoptan este tipo de modelos burocráticos «el funcionario no elige y no crea» las normas, sino que las aplica de manera impersonal y estandarizada. Hay, en otras palabras, un poder central que pretende asegurar el funcionamiento del aparato a través de la subordinación, impersonalidad, repetitividad, neutralidad valorativa y profesionalidad de los que componen el mismo. El máximo poder del juez en el modelo burocrático consiste —señala Taruffo— en establecer el vínculo entre el caso particular y la regla general que debe aplicarse (Taruffo, 1993: 253), razón por la cual la teoría del silogismo judicial como paradigma de «máxima racionalización» del juicio, resulta útil como esquema para confinar el razonamiento del juez funcionario. Una de las críticas importantes a esta forma en la que

Taruffo reconstruye el modelo de razonamiento silogístico, podría atribuírsele a Atienza, aunque en estricto sentido el catedrático de Alicante la ha formulado en un debate con Perfecto Andrés Ibáñez y, de manera indirecta, con Luigi Ferrajoli. Esta crítica consistiría básicamente en la atribución de la falacia del hombre de paja a la reconstrucción que hace Taruffo del razonamiento judicial como un silogismo. Dice Atienza que «la teoría del silogismo —y en general, la lógica deductiva— no pretende describir el proceso del razonamiento sino controlar su validez y de ahí que ofrezca modelos abstractos e ideales del razonamiento. Pertenece no al contexto de descubrimiento de los razonamientos sino al contexto de su justificación» (Atienza, 2001: 35). Sin embargo, casi con idénticas palabras, Taruffo acepta que el modelo así descrito no constituye y nunca ha constituido una descripción de la estructura de la sentencia judicial (Taruffo, 1988: 192 y ss.). Con todo, según esa concepción, no sería el funcionario, sino el derecho, quien decide: un ente abstracto y despersonalizado que está más allá de la persona del juez, lo cual contrasta con el modelo estadounidense en el que el juez puede tener la ocasión de resolver las controversias creando el derecho aplicable.

De acuerdo con este modelo de razonamiento, la necesidad lógica de la conclusión prevalece sobre la justicia sustancial, al tiempo que se deja de lado (o se oscurece) el problema de la justificación de las premisas, bajo la asunción de que cualquier persona —esto es, cualquier juez— habría razonado de la misma manera. Esta concepción del razonamiento judicial supone, por una parte, una idea de jurisdicción como aplicación de normas de manera «rigurosamente formalista»; y, por la otra, una idea de ordenamiento jurídico compuesto de preceptos generales y completos, que no requieren interpretación ni para su valoración ni para su integración. La administración de justicia, en ese sentido, es una actividad que no requiere de elecciones morales (en sentido amplio), todo lo cual tiene implicaciones en la organización judicial en su conjunto y, de manera especial, en el modelo de corte suprema que suele predominar en los países continentales.

Derivado de lo mismo, en cuanto a la interpretación del derecho —en un plano descriptivo de la situación italiana, que podría ser paradigmática del modelo burocrático en el que piensa nuestro autor— La Torre, Pattaro y Taruffo consideran que hay una cierta homogeneidad en las prácticas relacionadas en cuanto al uso de ciertos materiales argumentativos. Esa práctica, que sería la tendencia de varios ordenamientos, se debe precisamente al modelo del juez profesional en una organización jerárquica que impulsa a los jueces a ajustar sus decisiones a las prácticas de una corte suprema con funciones unificadoras (La Torre, Pattaro y Taruffo, 1991: 225). Esta homogeneidad se reflejaría también en la forma de las decisiones judiciales, que no desarrollan un estilo propio, sino que suele coincidir con el que se emplea en la dogmática jurídica, aunque con ciertas diferencias puntuales, en función del país de origen. En efecto, además de Italia[11] el derecho comparado ofrece diferentes ejemplos de cómo las altas

11. En un estudio realizado por Taruffo junto a Robert Summers parece concluirse que hay ciertas características comunes identificadas en las prácticas interpretativas de diferentes países: la existencia de un conjunto de

cortes tienden a invocar el derecho positivo y sus interpretaciones precedentes como única fuente del derecho aplicable, mientras que solo en algunos ordenamientos (y en algunos tribunales) existe la tendencia a utilizar fuentes no autoritativas, como los trabajos preparatorios del propio derecho positivo (Summers y Taruffo, 1991: 475). En algunos ordenamientos —el italiano entre ellos— se contienen reglas que disciplinan el contenido de las decisiones judiciales. Pero la interpretación de dichas reglas, como advierten los autores citados, suscita muy variados problemas, que pasan por el significado que debe tener el contenido mínimo de los hechos del caso, o por el significado (restringido o no) que debe dársele a que la exigencia de que la motivación no pueda ser contradictoria, entre otras cuestiones. En el fondo, las disposiciones legales sobre la forma en que se debe desempeñar la función jurisdiccional, lo que establecen es un estándar mínimo de lo que la decisión judicial *debe* ser.

En ese sentido, en la decisión judicial típica se incluyen al menos los siguientes tipos de elementos estructurales: los hechos, el texto del derecho positivo, otros materiales empleados para construir los argumentos, la cuestión a resolver, las razones que se esgrimen para llegar a una conclusión y la conclusión misma (Summers y Taruffo, 1991: 490). Todos estos elementos se despliegan con diferente intensidad de acuerdo con las prácticas de cada país, de tal manera que o bien por expresa disposición legal, o bien por acuerdos (generalmente tácitos), habría una especie de contenido mínimo de la decisión judicial común al modelo burocrático. Estos autores, con todo, han identificado una tendencia en la práctica de diferentes ordenamientos, a largas justificaciones de las decisiones judiciales, que usualmente terminan en un modelo subsuntivo[12] y se dirigen primordialmente a las partes de cada caso (y solo excepcionalmente están dirigidas al público en general para la satisfacción de las llamadas funciones extraprocesales de la motivación judicial), de tal manera que la finalidad fundamental de la motivación de la decisión es mostrarle a la parte que pierde el litigio cuáles son las razones por las que, a pesar de haberle sido desfavorable, la decisión se ajusta al derecho vigente, esto es, que no es un acto de mera autoridad sino una respuesta razonada (Summers y Taruffo, 1991: 495).

Cualquiera sea la forma de la decisión, para La Torre, Pattaro y Taruffo, cuestión central es la interpretación del derecho positivo, que en Italia tiene algunas características que son extensibles a los ordenamientos que se identifiquen con el italiano en tanto paradigma del modelo burocrático: predomina la justificación de las premisas normativas sobre las fácticas, la motivación de las decisiones —como se dijo— suele

argumentos comúnmente empleados, la identidad del tipo de materiales que se incorporan para sostener esos argumentos, los criterios que se emplean para resolver contradicciones entre argumentos, entre otros (Summers y Taruffo, 1991: 462).

12. Summers y Taruffo señalan al menos dos formas de silogismo judicial: el modelo subsuntivo simple y el modelo subsuntivo complejo o sofisticado, en el que las premisas están a su vez justificadas por subpremisas. Mientras el modelo simple predominaría en Francia, el modelo sofisticado sería el que prevalece en países como Alemania, Italia, Finlandia o Polonia (Summers y Taruffo, 1991: 492). Un análisis comparativo detallado —aunque reduccionista— de las formas de las decisiones judiciales entre Estados Unidos y Francia puede verse también en el Lasser, 2009.

ser extensa, y en ella predominan los argumentos lógico-deductivos, expresados en el lenguaje especializado jurídico y ante la escasa presencia de argumentos extrajurídicos y de juicios de valor explícitos. No menos importante es la tendencia a presentar la decisión final como la única respuesta correcta que, pese a todo, no es el resultado de una decisión individual o de un tribunal colegiado, sino que es un impersonal acto estatal (La Torre, Pattaro y Taruffo, 1991: 237). Evidentemente, todo dependerá del juez o tribunal que profiera la decisión, de tal manera que mientras los jueces de primera instancia parecen prestar más atención a los hechos, los altos tribunales (en Italia, la *Corte di Cassazione*) redactan sus sentencias en un estilo que bien podría parecer un artículo académico. La Torre, Pattaro y Taruffo lo resumen señalando que se trata de un estilo «conceptualista, neutral y difícil». Pero añaden que también es «técnico y burocrático» (La Torre, Pattaro y Taruffo, 1991: 238), con lo cual el modelo estructural de administración de justicia, al final, termina haciendo eco en la función que desempeña.

En cuanto a la estructura de la decisión judicial, en opinión de Taruffo en el ámbito del derecho continental «burocrático» la sentencia suele obedecer a un modelo formal tripartito que contiene, en primer lugar, una síntesis del desarrollo del proceso; en segundo lugar, la motivación en sí misma; y, en tercer lugar, el dispositivo de la resolución. En ese sentido, la descripción de lo ocurrido en el proceso puede cumplir un doble papel, pues al mismo tiempo es información como justificación parcial de la decisión misma. Para él, esta estructura excluye de manera directa el modelo silogístico. La «doctrina del silogismo» —que no es doctrina descriptiva de qué es la decisión judicial, sino de cómo debe poder explicarse el fallo una vez motivado adecuadamente (Taruffo, 1988: 193)— obedece a un modelo fundamental de sentencia según el cual la decisión debe parecer consecuencia necesaria de las premisas y de las inferencias, mientras que la forma predominante en los países de *civil law* obedecería a un modelo «esquema» influenciado por la dogmática de la jurisprudencia de conceptos alemana, en el que predominan instrumentos clásicos de la lógica jurídica. Como se ha destacado, en este modelo tiende a echarse de menos toda alusión a elementos valorativos concretos, al tiempo que se identifica una forma reconocible (deductiva para el derecho, inductiva para los hechos), a partir de un encadenamiento de puntos justificados individualmente, con la pretensión de mostrar la validez de la decisión, pero sin estructura lógica que les conecte entre sí (Taruffo, 1988: 197). La verdadera validez lógica, entonces, no es la de un silogismo que recoja la totalidad de los puntos desarrollados en la motivación del fallo, sino que se hace depender, en este modelo, de una especie de lectura total que el destinatario de la sentencia debe hacer, integrando en una gran motivación suya —y no del juez— la validez de cada argumento empleado.

Como se ha anticipado, en este modelo suele prevalecer la motivación en derecho sobre la motivación de los hechos, debido a que el paradigma de la decisión judicial en los países de *civil law*, tanto para abogados como para jueces, ha sido históricamente el de las sentencias de las altas cortes que se ocupan de recursos de casación o de revisión (Taruffo, 1988: 198). Este énfasis en las cuestiones jurídicas hace perder de vista que nada impide que las cuestiones sobre los hechos sean más (y más relevantes) que las

de derecho, incluso en los casos en los que el análisis de la norma termina por llevar al análisis de la situación de hecho. Esto implica la posibilidad de diferentes riesgos para la decisión judicial, como se verá en el apartado correspondiente a la motivación de la decisión judicial.

En cuanto al estilo de las decisiones judiciales predominante en este tipo de modelos (que se extiende por todo el *civil law* excepto, en este punto, en Francia) podría derivarse, en opinión de Taruffo, del *stylus curiae* de los siglos XVI y XVII (Taruffo, 1988: 207). De allí se derivarían los defectos mencionados (argumentación redundante, el estilo responsivo a las partes, etcétera). Pero esa caracterización sobre el origen no explicaría otros fenómenos relacionados con la decisión judicial. La burocratización judicial hizo concebir la sentencia como acto (burocrático) del órgano, impersonal y de la *office* y no del juez. Incluso, cuando se trata de decisiones colegiadas, el secreto de las deliberaciones y la exclusión del voto particular en algunos países obliga a redactar las resoluciones en forma neutral, objetiva y despersonalizada, lo cual implica no mencionar las alternativas ni justificar las elecciones valorativas que los jueces han realizado (Taruffo, 1988: 208). Este fenómeno se acentúa en relación con el juicio de derecho y, por lo tanto, en los órganos judiciales cuya tarea no implica necesariamente juzgar hechos, como los tribunales constitucionales, pues en ellos —señala Taruffo— más que la realidad empírica, al juez le preocupa la aplicación de normas jurídicas, lo que lleva al predominio de un estilo «lógico» y una metodología formalista de interpretación, en la medida en que el juez, en esos casos, no se ve a sí mismo como un *problem-solver* sino como la «boca inanimada de la ley».

Si de identificar tendencias se tratara, Taruffo cree encontrar una uniformidad prácticamente total en el uso del lenguaje técnico–jurídico por los jueces del modelo burocrático, incluso en aspectos que podrían ser expresados en lenguaje ordinario (Taruffo, 1988: 210). Esto es así porque en el plano lingüístico el juez burócrata encuentra su máxima expresión estereotípica con sentencias-discurso que no responden a la necesidad de claridad, sino al deseo de un «nivel» elevado, tanto en abstracción como en complejidad. Esto hace que la sentencia, al final, resulte dirigida no a toda la sociedad, y ni siquiera a las partes, sino al gremio de los juristas, que son quienes poseen, como si se tratase de una clave interpretativa secreta, los elementos conceptuales para leerla. Para los ciudadanos en general, la sentencia se torna incomprensible, aunque pueda ser calificada como persuasiva y goce de un alto nivel de legitimación cultural. El jurista, así, se convierte en un sujeto aséptico y neutral desde el punto de vista político, para que pueda ser el intermediario —potencial y raras veces real— entre el juez y la sociedad, no únicamente respecto de la sentencia que se dicta al final, sino de todo el proceso, en general, lo que dificulta, en últimas el eventual control difuso sobre el poder jurisdiccional.

5. UN PERFIL DEL PAPEL DEL JUEZ EN ESTE MODELO

Para diversos autores del entorno anglosajón, entre los cuales es posible citar —a título meramente ejemplificativo de un argumento defendido por muchos— a la británica Hazel Genn, la justicia civil tiene tanto una función privada como una función pública, que consiste en reforzar valores y prácticas mediante enunciados autoritativos. Este énfasis de la justicia (civil) en tanto actor de las *policies*, quizás menos evidente en el derecho continental, no es completamente ajeno a Taruffo. En efecto, aunque un alto porcentaje de casos potencialmente litigiosos se resuelvan por arreglo directo entre las partes, es necesario que haya un flujo de decisiones judiciales efectivamente adoptadas para suministrar la guía a partir de la cual se resuelven las disputas y para evaluar cualquier modelo de organización jurisdiccional: los casos cuya solución directa fracasa, entonces, dan a los tribunales la oportunidad para decir el derecho y para mejorarse a sí mismos para casos futuros. En realidad, que la justicia pueda ser considerada tanto un bien privado como un bien público, implica que el público —es decir, los ciudadanos— pueda utilizar la maquinaria burocrática para hacer valer sus derechos, y que los procedimientos deban ser equitativos y justos (Genn, 2010:24). Pero cuando se trata de la justicia *civil*, su característica de ser esencialmente privada (es decir: de tener especial interés para a los sujetos privados, que son quienes voluntariamente acuden a ella) podría explicar por qué su existencia no estaría completamente justificada *a priori*, a diferencia de lo que ocurre con el sistema de justicia penal: en éste, los «usuarios» solo concurren a hacerlo funcionar a su pesar y por ello, evidentemente, no quieren pagar por ese «servicio», de tal suerte que debe ser el Estado quien sufrague los costos de su funcionamiento[13]. Por el contrario, la justicia civil es una maquinaria que está primariamente orientada a la satisfacción de intereses privados, lo que permite al menos formular la pregunta acerca de si los «usuarios» del sistema deberían contribuir de alguna manera con los costos de su funcionamiento. Vinculada a esta cuestión está, entonces, la pregunta acerca de la legitimidad misma de la institución como servicio público. Cuestionada —parcialmente— desde este punto de vista su legitimidad, uno de los principales problemas teóricos de la justicia civil tiene que ver con quién elige, y cómo, a quienes la administran, para reducir o paliar los costos de legitimación de un servicio que, al menos primariamente, está orientada a la satisfacción de intereses privados.

En un sistema en el que los jueces llevan a cabo una tarea potencialmente creadora de derecho, su designación tiene un carácter decididamente político, que no depende ni de un sistema de carrera o antigüedad, ni de los méritos en función de oposiciones o concursos (Hazard y Taruffo, 1993: 76), de tal suerte que la legitimidad del funcionario pasa en buena medida por la legitimidad del órgano político que interviene en su nombramiento. Como se ha advertido al examinar el llamado modelo burocrático de

13. Un ejemplo de esta discusión lo suministra Genn: en Inglaterra la cuestión del financiamiento de la justicia civil se ha suscitado en diferentes ocasiones, que han llevado a proponer que sus fondos provengan completamente de tasas o aranceles judiciales, para que no tenga que competir por recursos con otros servicios públicos (Genn, 2010: 45).

administración de justicia, en los países que lo adoptan tal incidencia del poder ejecutivo es teóricamente inadmisible, mientras que en otros —como Estados Unidos— hay una influencia política expresa en la designación de, al menos, los jueces federales, al tiempo que en los estatales se despliega una amplia variedad de posibilidades, que van desde la elección popular, pasan por el plebiscito y llegan en casos excepcionales hasta el nombramiento directo por parte del gobierno local o nacional. En estos sistemas, el ideal regulativo en unos y otros casos consiste en que quien acceda a una posición judicial debe ser ya un jurista prestigioso. En Estados Unidos, por ejemplo, esa es la razón —tanto en los casos federales como en los estatales—, por la cual la cuestión de la formación de los jueces es algo que se da por descontado, y la responsabilidad del Estado no es proveerla sino asegurarse de que ya venga garantizada. No obstante, como señalan Hazard y Taruffo, entre los jueces de ese país en realidad existen *de facto* diferencias relevantes en cuanto al nivel de educación, experiencia y entrenamiento (Hazard y Taruffo, 1993: 79).

Quién es el juez, cómo se selecciona a quienes van a desempeñar las funciones judiciales y qué formación deben tener (o recibir), entonces, concreta algunas particularidades de la noción de jurisdicción y de la forma en la que esta se ejerce a través de la adopción de resoluciones judiciales en concreto. En efecto, la llamada juridificación de la vida ha servido para llamar la atención sobre quién es el juez y cuestiones tales como cuál es su formación o cómo y por qué, al adoptar decisiones judiciales con incidencia en alguna *policy*, puede hablar en nombre de la sociedad en lugar de hacerlo el parlamento (Genn, 2010: 152). Ese incremento en la curiosidad acerca del poder judicial no es igual en todos los niveles de la jerarquía de la magistratura, pero resulta evidente que existe una demanda en aumento por mayor diversidad e inclusión en la conformación de los órganos judiciales, que va (o debe ir) de la mano de la exigencia de mejor y mayor comprensión empírica no sólo de quiénes son los jueces[14], sino también acerca de qué es lo que hacen. En palabras de Stammler, «si hay alguna profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad, es precisamente la profesión de juez» (Stammler, 2013: 87).

De acuerdo con Taruffo, el año 1215 es el punto de referencia para la reconstrucción histórica de casi todo cuanto tiene que ver con la administración de justicia moderna occidental, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque en ese año tuvo lugar el otorgamiento de la *Magna Charta Libertarum* por parte de Juan Sin Tierra, que en su capítulo 29 instituyó el sistema de *jury trial* más próximo al que conocemos actualmente[15]; en segundo lugar, por la prohibición de las ordalías en el Concilio de

14. Malem ha destacado el auge que ha tenido en tiempos recientes la «necesidad» de averiguar sobre la vida privada de los jueces y magistrados. Según él, la posibilidad de decisiones discrecionales hace que en algunos casos el juez deba hacer uso de su moralidad y sus creencias personales, aunque no haya necesariamente un consenso acerca de cuáles aspectos de la vida privada del juez deban ser conocidos por todos (Malem, 2003: 167): se habla entonces de su salud física y mental, sus virtudes personales (sobriedad, equilibrio, paciencia, etcétera), sus hábitos de consumo (por ejemplo, de alcohol o tabaco), sus prácticas sexuales, su situación económica, entre otros que puedan tener impacto directo en el desempeño de sus funciones.

15. No son pocas las investigaciones que sitúan el origen del jurado británico en momentos anteriores a 1215 (investigaciones que, además, no son desconocidas por Taruffo, quien ve en 1215 el origen del *mito* del

Letrán por el papa Inocencio III. Evidentemente, fue la introducción del jurado como juez de los hechos, es decir, como una función separada de la del juez del derecho, lo que supuso la reforma más importante para la justicia inglesa, de la cual se derivan las construcciones teóricas más prominentes del mundo anglosajón en relación con la facultad de juzgar (Taruffo, 2009b: 3 y ss.). Con todo, para Taruffo esa reforma no supuso una transformación de fondo en la tarea judicial y ni siquiera en la manera de fijar los hechos en el proceso, pues inicialmente el jurado era optativo para las partes y, por lo tanto, no se constituía en todos los casos (Taruffo, 2009b: 33). Solo cuatro años después, cuando se hizo efectiva la prohibición de las ordalías, el jurado terminó siendo obligatorio. Esa separación de las funciones en 1215, en opinión de Taruffo, fue el momento final (y quizás simbólico) de una serie de eventos que terminó confirmando el abandono de los juicios de Dios como mecanismo para resolver controversias. Ese año, entonces, decidió la suerte de los sistemas probatorios y marcó una diferencia —que persiste hasta nuestros días— entre los sistemas de derecho continental y de *common law*. El jurado —que en opinión de muchos tiene en realidad un origen romano (Nieva, 2016a: 53)— llegó a ser «el símbolo de la libertad de los ingleses contra el poder», y la aceptación de su veredicto se convirtió en un acto de fe (Taruffo, 2009b: 24), mientras que en Europa continental las ordalías fueron reemplazadas por medios de prueba racionales que se derivaban de la tradición romana, como la transformación de la prueba testimonial en su concepción moderna, al reconocerse el descubrimiento de la verdad como fin al que estaba dirigida la actividad probatoria.

Pero aunque el juez profesional o juez-jurista, que es al que Taruffo dedica su atención de manera primordial (si bien reconoce la existencia de otro tipo de jueces que suelen ser excepciones respecto de la regla general) existe ya desde las cortes longobardas entre los siglos VI y VIII, es solo a partir de las reformas napoleónicas que, en Europa continental, se convierte en el modelo de juez que hace parte de un aparato burocrático y piramidal, que mayoritariamente se ocupa de decidir tanto las cuestiones de hecho como las de derecho y que está obligado a motivar sus decisiones (Taruffo, 2009b: 180). Ese juez, por el hecho de ser tal, sólo tiene una formación técnica en derecho y carece de formación específica en conocimientos necesarios —filosóficos, científicos, psicológicos, por ejemplo— para adoptar la decisión fáctica. Dicha formación, al mismo tiempo empírica y precaria, se adquiere de manera fundamental en la experiencia judicial, de tal manera que en su desempeño sobre esta cuestión influyen factores muy diversos y

jurado). Por ejemplo, Levy —en un interesante estudio histórico sobre el jurado estadounidense— también ve en la Carta Magna el origen formal del jurado de su país. Sin embargo, encuentra que bajo el reinado de Henry I, se intentó el establecimiento de jueces permanentes, que fueron puestos en marcha de manera formal durante el reinado de Henry II entre 1154 y 1189, de tal manera que cuando llegó la Carta Magna en 1215, el procedimiento a través de los *inquest* en los casos civiles ya se encontrada establecido (Levy, 1999: 15). No obstante lo anterior, Nieva Fenoll cree que el jurado inglés tiene un origen que se remonta incluso al derecho romano: «(…) existe una sorprendente similitud entre el jurado inglés previo a la *Carta Magna* y el proceso formulario romano, que se practicó en varias provincias romanas hasta inicios del siglo IV. Es decir, se trataba del proceso romano vigente, originalmente concebido para los ciudadanos no romanos, justo en el momento en que se produce la ocupación romana de Britannia y mucho después» (Nieva, 2016b: 63 y ss.).

predominantemente culturales. Incluso, en las labores no judiciales que desempeñan los jueces (aun aquellas reguladas por la ley) la preparación que se demanda también es eminentemente jurídica y solo en ocasiones complementaria o derivada de la experiencia judicial: participar en comisiones, desempeñar funciones gerenciales, cumplir un papel de intelectuales públicos, entre otras (Garoupa y Ginsburg, 2015: 75). Estas funciones, según Garoupa y Ginsburg, abarcan un rango amplio: desde las que son aparentemente judiciales, hasta las completamente administrativas, y de ellas podrían los jueces obtener algún provecho —como incrementar su reputación al involucrarse en actividades académicas— aunque con riesgo para las labores consistentes propiamente en el ejercicio de la jurisdicción.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LOS RASGOS GENERALES DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN EL MODELO DE TARUFFO

El razonamiento jurídico, del cual es paradigma el razonamiento propiamente judicial, se ha convertido en tema central de estudio de la teoría del derecho en la segunda mitad del siglo XX por tres razones que Aarnio, Alexy y Peczenick explican de la siguiente manera, a pesar de que aceptan que no hay una teoría del derecho que suscite amplios consensos: (i) porque la teoría del derecho ha superado las viejas fronteras entre diferentes aproximaciones, para tender a la construcción de una teoría integral y comprensiva; (ii) porque se produjo una rehabilitación de la razón práctica (con impacto en la sociología, en filosofía de la ciencia, y en la filosofía en general), lo cual ha permitido a la teoría del derecho emplear ideas de diverso origen filosófico, y esto a su vez le permite contribuir a solucionar problemas comunes a otras áreas del conocimiento; y (iii) porque la teoría del razonamiento jurídico ofrece una estructura que permite un desarrollo óptimo de una teoría jurídica integral que, acompañada del interés práctico que tiene el razonamiento jurídico mismo, tienden a mejorar el procedimiento de *legal decision-making* y a dotar de legitimidad su pretensión de resolver conflictos sociales (Aarnio, Alexy y Peczenick, 1987: 122).

Para Taruffo —como también pusieron en evidencia los realistas estadounidenses[16]— es obvio que el razonamiento jurídico (y judicial) así reivindicado, va más allá del derecho mismo. El problema de ese razonamiento pasa, más bien, por determinar cuáles son las garantías de racionalidad, razonabilidad, aceptabilidad y posibilidad de control de la decisión judicial, las cuales no dependen de manera necesaria y exclusiva del ordenamiento positivo (Taruffo, 2002a: 108). Nieto, por ejemplo, ha sostenido que el arbitrio judicial y la licitud de su ejercicio han acompañado siempre a la actividad de los jueces, pero con influencia variable en función de los tiempos: «Negarse a admitir la existencia del arbitrio es una actitud infantil […] Guste o no guste, en cada sentencia

16. Es célebre el pasaje, citado entre nosotros por Pérez Lledó, según el cual «los realistas fueron quienes nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo» (Pérez Lledó, 2008: 151).

hay una dosis mayor o menor de arbitrio, del que no pueden prescindir —aunque intenten ocultarlo o ignorarlo— los jueces legalistas más rigurosos» (Nieto, 2000: 207). Pero ese arbitrio supone como contrapartida una carga racional de argumentación, que en la versión que adopta Taruffo se remonta, como se ha advertido ya, a la llamada ideología «legal-racional» de Wróblewski según la cual la decisión judicial puede ser aceptada solo si es la conclusión de un razonamiento que se ajuste a derecho y a criterios de racionalidad cognoscitiva y argumentativa, de imparcialidad y de justificación de las elecciones judiciales. Tal racionalidad no es unívoca: el sentido común (esto es, la *episteme* de estirpe foucaultiana) que es quizás el material fundamental del que se sirve el juez, depende en buena medida del contexto, de la cultura y del momento en que se adopta la decisión (Taruffo, 2002a: 109). Una parte de ese sentido común se expresa bajo la forma de enunciados cuya autoría se atribuye a la experiencia colectiva, mientras que otros se refieren al uso del lenguaje, algunos más a modelos de interpretación de la realidad que se consideran típicos, y otros tienen la forma de datos precisos que conforman la cultura media de lo que, en otros ámbitos jurídicos, se ha denominado la persona razonable como patrón de conducta. Ese sentido común, pues, para Taruffo se utiliza en operaciones tan diversas como la interpretación y aplicación de normas (en especial las llamadas «cláusulas generales»), la verificación de hechos (al evaluar la credibilidad de testigos, por ejemplo, o al determinar la aceptabilidad del medio probatorio) o la aplicación del denominado «razonamiento justificativo» a la motivación de la decisión. En efecto, según Taruffo, el recurso a datos y a argumentos metajurídicos permite situar la decisión judicial en el amplio marco del sentido común; y, en suma, permite también hacer uso racional de la discrecionalidad cuando el ordenamiento correspondiente se la concede al operador judicial. Así, y pese a que nuestro autor no pertenece propiamente a la tradición hermenéutica, acepta con Gadamer que la tradición y la cultura influyen en los rasgos del razonamiento judicial que las denominadas teorías lógicas habían descuidado (Taruffo, 2002a: 128). De manera reciente Taruffo —que ya al publicarse la traducción al español de *La motivazione della sentenza civile* consideraba que debía prestársele más atención a las contribuciones de la hermenéutica— analizó algunas de las que, desde su perspectiva, son las más importantes contribuciones de esta corriente del pensamiento filosófico en el derecho, y que ha tenido especial éxito en Italia. Para Taruffo, estos aportes se evidencian en la definición de lo que es un hecho y, sobre todo, en la idea de la *construcción* del juicio de hecho pues al proceso entran las diferentes narraciones que hacen las partes, de tal manera que puede interpretarse el proceso como un contexto de narraciones fácticas, que determina la selección de las premisas normativas, a la manera del círculo hermenéutico (Taruffo, 2018).

Ahora bien: como puso de presente el profesor de Pavía desde los años setenta del siglo XX, la motivación de la decisión judicial puede ser, en sí misma, fuente de numerosos indicios: lo ostensible en la motivación puede indicar lo que hay de oculto en ella. Por ejemplo, sobre juicios de valor o sobre aspectos de la decisión que no se expresan de manera directa en la argumentación de la resolución (Taruffo, 1975: 77 y ss.). En ese sentido, Taruffo considera que hay ciertas características estructurales de la

motivación, e incluso su ausencia, que pueden ser interpretadas o bien para destacar el contexto cultural o histórico social desde el que escribe (o mejor: razona) el juez, tales como cierto estilo, léxico, jerga técnica, etcétera, que podrían revelar elecciones políticas o incluso el ocultamiento de un cierto discurso «real» suyo. Así mismo, la motivación podría revelar su ideología respecto de la función judicial o del derecho mismo, de tal suerte que, por ejemplo, la alusión a la completitud del derecho podría reflejar alguna forma de iuspositivismo (Taruffo, 1975: 95).

Con la mirada puesta en las teorías de la argumentación jurídica, para Atienza en el razonamiento jurídico deben tenerse en cuenta las tres dimensiones que lo configuran (formal, material y pragmática), «aunque alguna de ellas pueda ser predominante, según el campo del derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etcétera) que se tome en consideración» (Atienza, 2015: 204). Por su parte, Toulmin, Rieke y Jani —desde afuera del derecho— parecen tener una visión más aséptica de las prácticas jurídicas y destacan únicamente los dos aspectos centrales del razonamiento de los juristas: las cuestiones de hecho y de derecho (que interactúan entre sí, en su opinión, a través de las nociones de presunción, carga de prueba y caso *prima facie*), aunque advierten que desde el punto de vista de las partes, solo hay una única cuestión y es la de quién tiene la razón (Toulmin y otros, 1984: 285). Esta simplificación que operaría desde el punto de vista de las partes es excesiva: las funciones de la motivación rebasan los intereses inmediatos de las partes, y pasan por alto el universo complejo de cuestiones de las que se ocupa el juez cotidianamente. Como señala Hernández Marín, la obligación de juzgar que tiene el juez es sin duda la más importante de las que están a su cargo, pero no es la única. Una decisión que sea conforme al derecho, tanto procesal como materialmente, podrá poner fin al litigio, pero ante un litigio un juez tiene al menos tres actividades por delante: la actividad *procesal*, que consiste en administrar el procedimiento para dirimir el litigio de tal manera que éste se desarrolle conforme a las normas procesales; una actividad decisoria, que consiste en dictar una decisión que resuelva el litigio, de tal manera que el contenido de esa actividad se satisface con cualquier decisión; y finalmente, una actividad *justificatoria*, que consiste en motivar la decisión (Hernández, 2013: 100).

Pues bien: Taruffo considera que el razonamiento judicial es, en sí mismo —y sin considerar aun las demás operaciones a cargo del juez— una operación compleja, en la que inciden numerosos factores: el tamaño y formato de la corte correspondiente, la composición de la misma (jueces legos o profesionales), las reglas procesales, los hechos del caso, la forma y contenido de las reglas sustantivas, los métodos y estándares para decidir sobre las pruebas y las cuestiones propiamente jurídicas (Taruffo, 1998: 311).

En tal complejidad, resulta necesario distinguir al menos tres cosas diferentes implicadas en el razonamiento decisorio. En primer lugar, (i) el razonamiento propiamente dicho, es decir, el razonamiento como actividad y no como resultado; (ii) en segundo lugar, el resultado de ese razonamiento, es decir, la resolución judicial; y finalmente, (iii) la justificación o motivación de lo decidido, que es cuestión de la que nos ocuparemos más adelante (Taruffo, 2012a: 107). Esta triple distinción permite una afirmación

recurrente en Taruffo y en buena parte de las teorías de la argumentación desde los años setenta: el silogismo judicial, en tanto ideal de certeza lógica, «si se toma como una descripción de lo que hace el juez, siempre ha sido falsa» (Taruffo, 2012a: 108; 2009a: 522), aunque se le pueda considerar como un «punto de referencia ideal», lo que justifica calificarlo como ideología. Taruffo, en ese orden de ideas, prefiere hablar de la decisión judicial como una actividad dialéctica y no lineal, más que como un silogismo. En este sentido, el esquema dialéctico que debe emplear la decisión judicial es un razonamiento heurístico, y no demostrativo, tan complejo que «no tolera la descripción con esquemas elementales» (Taruffo, 2012a:110). En ese recorrido decisional el juez debe enfrentarse a las relaciones entre hecho y derecho, que se establecen en un camino de ida y vuelta semejante a las metáforas del círculo hermenéutico, para seleccionar las normas aplicables y los hechos relevantes. En algunas ocasiones puede haber relaciones claras entre normas y hechos (serían al menos una de las modalidades de los llamados casos fáciles), y en tales eventos en el cual parece posible hablar, al menos en un sentido preliminar, de subsunción, pero ese no es el caso siempre y ni siquiera la mayoría de las veces, en opinión de Taruffo: un caso fácil puede volverse inmediatamente difícil si se cuestiona el significado de la norma que se está aplicando. Por eso, para Taruffo, los límites de la interpretación de los que hablaba Umberto Eco son trasladables perfectamente al derecho[17]. En el nivel del lenguaje, por ejemplo, hay límites respecto de significados consolidados; pero también hay límites —afirma— en las convenciones interpretativas de una comunidad lingüística (Taruffo, 2012a: 131), pues estas filtran el universo de significados posibles, incluso con efectos jurídicos, como en los casos de las normas sobre interpretación que suelen existir en los títulos preliminares de diferentes códigos civiles: normas sobre interpretación de normas, normas sobre interpretación de contratos, cánones interpretativos, etcétera.

En cuanto al juicio de hecho[18], la cuestión no es esencialmente diferente, al menos en lo relacionado con las complejidades y límites que entraña. Desde «Il giudice e lo storico» en 1967, ya advertía Taruffo que la tarea fundamental del juez, en cuanto al juicio de hecho, consiste en reconstruir una situación concreta que tuvo lugar con anterioridad, sobre la base de cierta cantidad de datos empíricos respecto de los que nunca tuvo experiencia directa (Taruffo, 1967: 442), para confirmarlos a través de una operación de confirmación probabilística. De esta manera, para él el juicio de hecho consistiría en una especie de vinculación lógica de hechos conocidos y considerados relevantes, con un hecho inicialmente desconocido. Las tareas del historiador y del juez, entonces, se asemejarían en tanto ninguno de ellos se enfrenta al hecho como una

17. Eco se refiere a límites tales como la creación y uso de idiolectos, dificultades en la interpretación de las metáforas, falsas identificaciones, entre otros (Eco, 2004: 101 y ss.)

18. Una forma inicial de distinguir el juicio de *hecho* del de *derecho* consiste en advertir que éste tiene que ver con la elección de las normas jurídicas que regulan el caso y con su interpretación y aplicación (e incluye la referencia a normas escritas, precedentes, argumentos, etcétera), mientras que aquél tiene que ver con la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos fundamentales del caso, lo cual se resuelve a partir de los medios de prueba presentados, y de lo que dichos medios de prueba revelan (Taruffo, 1998: 312).

realidad existente sino como algo a reconstruir. Esta analogía, con todo, nada dice sobre las características de lo que se averigua en uno y otro caso, ni sobre los procedimientos para hacerlo, ni sobre los datos de los que se parte. Pese a esta semejanza, la principal diferencia entre el juez y el historiador en cuanto al juicio de hecho (tarea que se suele asimilar en la doctrina, al menos desde Calamandrei) es que el juez no elige su objeto de averiguación, sino que se lo proponen —o mejor, se lo imponen— las partes (Taruffo, 1967: 443) lo cual le obliga, además, a considerar verdaderos los hechos no discutidos por aquellas y a sujetarse a los procedimientos probatorios y a las pruebas sobre las que el legislador haya fijado una tarifa legal, en claro contraste con la libertad de la que dispone el historiador incluso para valorarlas[19].

De acuerdo con Taruffo, una especie de metateoría sobre la decisión judicial que ha construido la cultura jurídica occidental giraría alrededor de la determinación de cuál de las teorías específicas es la que mejor se ajusta a la *experiencia* del proceso de construcción de la decisión misma, pues todas ellas serían racionalizaciones de la experiencia de decidir. De esta manera, el número y variedad de las teorías existentes depende de las experiencias concretas que se han tenido (Taruffo, 1998: 311). Por ello, una única teoría no es válida en todos sus detalles: si la decisión judicial supone un conjunto de decisiones entre hipótesis alternativas, hasta el momento de la decisión misma hay al menos dos posibilidades de decidir. Pero elegir, a su vez, no es un problema sencillo pues un «caso» es un conjunto de cuestiones fácticas y jurídicas, cuyo número es tendencialmente ilimitado, de tal manera que las combinaciones entre esas posibles cuestiones también lo son.

Ahora, el razonamiento judicial —tanto fáctico como jurídico— tiene una estructura dialógica, pues (i) se fundamenta en la comparación y el contraste entre las diferentes hipótesis, algunas de las cuales son propuestas (e, incluso, discutidas) por las partes; (ii) es evidente que las partes de un proceso civil proponen soluciones enfrentadas, de entre las cuales el juez debe elegir; y (iii) el razonamiento puede interpretarse, también, como un diálogo del juez consigo mismo, a través de un procedimiento de ensayo y error, en relación con la corrección de cada hipótesis posible (Taruffo, 1998: 313 y ss.). Cuestión diferente a la estructura dialógica es que la forma final de la decisión deba incluir su justificación: un razonamiento articulado que exprese los argumentos a la luz de los cuales el juicio en sí mismo debe ser válido, confiable, justo y razonable (Taruffo, 1998: 314). Pero esto implica reconocer que, analíticamente, hay dos «productos» diferenciables: la decisión con sus complejidades, y su justificación. Para Taruffo, la primera cuestión (la complejidad de la decisión) influye de manera evidente en la segunda (el contenido de la justificación), a pesar de que no exista correspondencia conceptual entre una y otra. En efecto, el razonamiento justificatorio asume como punto de partida el resultado del razonamiento decisorio, de tal manera que, si la decisión ha sido compleja, el discurso justificativo reflejará esa complejidad.

19. Con todo, Taruffo destaca, como Calamandrei, que en cualquier caso tanto el juez como el historiador formulan su juicio de hecho en términos de probabilidad y verosimilitud (Taruffo, 1967: 444).

Como no hay prácticas comunes entre los diferentes sistemas jurídicos en relación con la justificación de las decisiones judiciales, hay diferentes estilos —personales o institucionalizados— para la expresión de las *opinions* de los jueces (Summers y Taruffo, 1991: 461), que en general cumplen la misma función y respetan una estructura aproximadamente igual. En opinión de Taruffo, los estilos de las *opinions* casi siempre tienen —también— estructura dialógica pues (i) constituyen la respuesta que el juez da a los argumentos de las partes y (ii) usualmente al juez se le exige exponer las razones que fundamentan sus propias elecciones, sea tanto por razones positivas —por qué es válida o aceptable, por ejemplo, la elección realizada— como por razones negativas —por qué la alternativa rechazada no es mejor que la elegida— (Taruffo, 1998: 316)[20].

De esa estructura dialógica se derivaría parte de la desconfianza —de raigambre holmesiana,— en la posibilidad de una formalización estrictamente lógica del razonamiento judicial y, por esa vía, de una lógica computacional para la decisión judicial[21], bajo la idea general de que la inteligencia artificial no lograría aprehender algunos de los rasgos esenciales del modelo que pretende describir Taruffo: su complejidad, variabilidad, incertidumbre y carga valorativa, fundamentalmente. En efecto, para nuestro autor, el intento por racionalizar las decisiones discrecionales es uno de los grandes retos de la inteligencia artificial en el derecho. Tanto si se trata de discrecionalidad en sentido *fuerte* como si se trata de discrecionalidad regulada (o en sentido *débil*), no sería posible racionalizarla *ex ante* en operadores lógicos aptos para el diseño de un programa computacional. En efecto, para él a los jueces únicamente se les exige justificar sus elecciones *ex post*, pues considera que sólo es posible —y, debería añadirse, necesario— mostrar bajo qué circunstancias una elección es razonable y válida de acuerdo con las premisas de las que se parte. Como señala Atienza, se puede hablar de decisiones jurídicas razonables en sentido estricto y en sentido amplio (Atienza, 1987: 192). Según el primero de los sentidos, la razonabilidad solo es predicable de las decisiones que no

20. Ya se ha señalado que Taruffo, como la inmensa mayoría de los autores que adoptan una concepción —en sentido amplio— argumentativa de la decisión judicial, considera que la interpretación del razonamiento judicial de acuerdo con modelos y reglas lógicas está condenada al fracaso (Taruffo, 1998: 316).

21. Con todo, buena parte de las reflexiones de Taruffo sobre la materia datan de finales del siglo XX. Si bien los desarrollos posteriores eran impensables aun entonces, se basan en buena medida en las lógicas no clásicas, de las que el propio autor dio cuenta en *La prueba de los hechos* (Taruffo, 1992: 223 y ss.). Taruffo no es ingenuo y advierte, aun entonces, los rápidos avances de la inteligencia artificial, de entre los cuales destaca las importantes herramientas analíticas que ofrece (Taruffo, 1998: 317). Pero hace casi tres décadas ya encontraba serias dificultades. En primer lugar, el tipo de estudios dirigido a estandarizar procedimientos judiciales de acuerdo con modelos computarizados, pero que exigen características que difícilmente se encontrarían en los procedimientos judiciales, ni siquiera en los llamados casos fáciles: simplicidad, repetitividad y frecuencia. En segundo lugar, la simplicidad o complejidad de un procedimiento depende de elecciones políticas del legislador (por ejemplo, facilitar la satisfacción del acreedor o la defensa del deudor), que no son racionalizables en sistemas informáticos. Tercero, la simplicidad misma es una cuestión de grado, de tal manera que no hay estándares de simplicidad o complejidad *a priori*: «un gran peligro que existe en la tendencia a simplificar los procedimientos judiciales (para eventualmente estandarizarlos y traducirlos en programas de computador) es, no obstante, el de perder la complejidad relevante de los casos reales o tener procedimientos que, al no ser capaces de aprehender esa complejidad y tratarla, llevarían a decisiones imprecisas o inapropiadas» (Taruffo, 1998: 319).

deberían (o no podrían) adoptarse según criterios estrictamente racionales mientras que, según el segundo criterio, todas las decisiones jurídicas deberían ser razonables porque la razonabilidad es un criterio general que afecta a las decisiones «propiamente razonables» y a las «estrictamente racionales». Para Atienza, pues, hay escenarios en los que los criterios de racionalidad estricta[22] —que serían esencialmente procedimentales— no permiten llegar a una decisión aceptable. Tales serían los casos de resultados racionales que entran en contradicción con los objetivos del sistema jurídico, o con los valores que el sistema jurídico incorpora, de manera explícita o implícita. Parece que a ese mismo tipo de casos apunta Taruffo cuando menciona la desconfianza en sistemas de inteligencia artificial que puedan decidir en aquellos supuestos en los que opera la discrecionalidad judicial, especialmente si se trata de discrecionalidad fuerte o no regulada (pues en la discrecionalidad débil —como sería el caso, por ejemplo, de la que se ejerce en materias penales al determinar la pena imponible en un marco con máximos y mínimos— habría al menos una racionalización de los criterios discrecionales de elección que definen el contexto en el que debe ejercerse la discrecionalidad).

Con todo, Taruffo no se muestra completamente categórico, sino desconfiado —como corresponde a la época en la que escribe—, de tal manera que la única consecuencia necesaria de todo ello sería la reivindicación de que la decisión judicial no puede plantearse en términos de la oposición fatal entre deducción silogística e irracionalidad, pues claramente puede haber razonamiento judicial, racional y lógico, aunque no sea deductivo.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, Alexy, Robert y Peczenick, Aleksander, 1987: «I fondamenti del ragionamento giuridico», en Comanduci, P. y Guastini, R: *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli, pp. 121-187.

Andrés Ibáñez, Perfecto, 2007: *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Atienza, Manuel, 1987: «Para una razonable definición de razonable», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 4, pp. 189-200.

Atienza, Manuel, 2001: *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara.

Atienza, Manuel, 2006: «Prólogo», en Courtis, C. (ed.): *Observar la ley.* Madrid: Trotta.

Atienza, Manuel, 2014: «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en Núñez, Álvaro (coord.): *Modelando la ciencia jurídica.* Lima: Palestra, pp. 115-159.

Atienza, Manuel, 2015: «Razonamiento jurídico», en González, D. (coord.): *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 203-217.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2007: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed. Barcelona: Ariel.

22. Señala Atienza, siguiendo a Aarnio, que la racionalidad estricta supone respeto a las reglas de la lógica deductiva, a los principios de la racionalidad práctica (consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad), la utilización de fuentes de derecho que sean vinculantes, y no se adopta a partir de criterios éticos o políticos no previstos específicamente por el ordenamiento (Atienza, 1987: 193 y ss.)

Buchely, Lina, 2014: «Más allá del modelo weberiano: el debate sobre las burocracias y el Estado», en *Las burocracias. Una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Los Andes – Pontificia Universidad Javeriana, pp. 13-95.

Comanducci, Paolo, 2000: «Ragionamento giuridico», en Bessone, M., Silvestri, E. y Taruffo, Michele (a cura di): *I metodi della giustizia civile*. Cedam: Padova, pp. 79-136.

Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado y Taruffo, Michele, 2005: *Lezioni sul processo civile*, v. I. Bologna: Il Mulino.

Courtis, Cristian, 2006: «El juego de los juristas», en *Observar la ley.* Madrid: Trotta, pp. 105-155.

Damaška, Mirjan, 1986: *The Faces of Justice and of State Authority*. New Haven: Yale University Press.

Denti, Vittorio, 1986: «Sistematica e postsistematica nella evoluzione delle dottrine del processo», en *Rivista Critica di Diritto Privato*, IV, pp. 469-492.

Denti, Vittorio y Taruffo, Michele, 1986: «Costo e durata del processo civile in Italia», en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 32, pp. 285-310.

Eco, Umberto, 2004: *I limiti dell'intepretazione*. Milano: Bompiani.

Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom, 2015: *Judicial Reputation. A Comparative Theory*. Chicago: Chicago University Press.

Genn, Hazel, 2010: *Judging Civil Justice*. *The Hamlyn Lectures 2008*. Cambridge: Cambridge University Press.

Guastini, Riccardo, 1982: *Lezioni di teoría analitica del diritto*. Torino: Giappichelli.

Ferrajoli, Luigi, 1995: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Citado por la traducción al castellano de P. Andrés, J. Bayón y A. Ruiz Miguel: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta, 4ª ed., 2000.

Ferrer, Jordi, 2016: «El gen iusrealista de Michele Taruffo», en *Debatiendo con Taruffo.* Madrid: Marial Pons, pp. 177-191.

Hazard, Geoffrey y Taruffo, Michele, 1993: *American Civil Procedure. An Introduction*. Citado por la traducción al español de F. Gascón: *La justicia civil en Estados Unidos*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.

Iglesias, Alberto, 2012: *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*. Madrid: Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III: Madrid.

Lasser, Mitchel, 2009: *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.

LaTorre, Massimo, Pattaro, Enrico y Taruffo, Michele, 1991: «Statutory Interpretation in Italy», en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.): *Interpeting Statutes. A Comparative Study.* Aldershot-Brookfield: Dartmouth, pp. 461-510.

Levy, Leonard, 1999: *The Palladium of Justice. Origins of Trial by Jury*. Chicago: Ivan R. Dee.

Malem, Jorge, 2003: «La vida privada de los jueces», en Malem, J., Vázquez R. y Orozco, J.: *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa-Tribunal Electoral-ITAM.

Nieto, Alejandro, 2000: *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

Nieto, Alejandro, 2002: *El pensamiento burocrático*, 2ª ed. Granada: Comares.

Nieto, Alejandro, 2004: *El desgobierno judicial*, 3ª ed. Madrid: Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero.

Nieva, Jordi, 2016a: *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid: Marcial Pons.

Nieva, Jordi, 2016b: «Ideología y justicia legal» (con una hipótesis sobre el jurado romano)

Núñez, Álvaro, 2014: «Ciencia jurídica: un mapa conceptual», en *Modelando la ciencia jurídica*. Lima: Palestra, pp. 13-51.

Pérez Lledó, Juan Antonio, 2008: *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Bogotá-Lima: Temis-Palestra.

Posner, Richard, 2011: *How Judges Think?* Citado por la traducción al castellano de V. Roca: *¿Cómo deciden los jueces?* Madrid: Marcial Pons, 2011.

Pound, Roscoe, 1906: *The Spirit of the Common Law*, en *The Green Bag*, No. 18, pp. 17-25.

Stammler, Rudolph, 2013: *El juez*. México: Coyoacán.

Summers, Robert y Taruffo, Michele, 1991: «Interpretation and Comparative Analysis», en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.): *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot-Brookfield: Dartmouth, pp.461-510.

Taruffo, Michele, 1967: «Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII (II Serie), pp. 439-465 (incluido en este mismo número, en trad. de M. Aramburo).

Taruffo, Michele, 1975: *La motivazione della sentenza civile*. Citado por la trad. al español de L. Córdova: *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta: 2011.

Taruffo, Michele, 1979: *Il processo civile* adversary *nell'esperienza americana*. Citado por la trad. al español de B. Quintero: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008.

Taruffo, Michele, 1988: «La fisionomia della sentenza in Italia», en *La sentenza in Europa. Metodo*, *tecnica e stile*. Padova: Cedam, pp. 180-214.

Taruffo, Michele, 1989: «La giustificazione della decisione fondata su standars», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIX-1, pp.151-173.

Taruffo, Michele, 1991: «Introduzione alla edizione italiana» de Damaška, Mirjan: *I volti della giustizia e del potere*. *Analisi comparatistica del processo*. Milano: Giuffrè, pp. 9-21.

Taruffo, Michele, 1992: *La prova dei fatti giuridici*. Citado por la trad. al español de J. Ferrer: *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

Taruffo, Michele, 1993: «Il modello burocratico di amministrazione della giustizia», en *Democrazia e Diritto*, 93-3, pp. 249-263.

Taruffo, Michele, 1998: «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6-4, pp. 311-324.

Taruffo, Michele, 1999a: «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización» (trad. S. Álvarez), en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1999, pp. 61-75.

Taruffo, Michele, 1999b: «Racionalidad y crisis de la ley procesal» (trad. M. Fernández), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22, pp. 311-320.

Taruffo, Michele, 2001: «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LV, pp. 11-31.

Taruffo, Michele, 2002a: *Sui confini*. *Scritti sulla giustizia civile*. Citado por la trad. al español de B. Quintero: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

Taruffo, Michele, 2002b: «Some Observations in Legal Decision-Making», en *Notizie di Politeia*, vol. XVIII, No. 66, pp. 219-224.

Taruffo, Michele, 2009a: *Páginas sobre justicia civil* (trad. de M. Aramburo). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, Michele, 2009b: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione del fatto*. Citado por la trad. al español de D. Accatino: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Taruffo, Michele, 2012a: *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal* (trad. al español de L. Bonifaz). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, Michele, 2018: «Hermeneutics, Evidence and Judgement», en *Ars Interpretandi*, 2018-1, pp. 29-42.