



Michele Taruffo

Sobre las fronteras

Escritos sobre la justicia civil

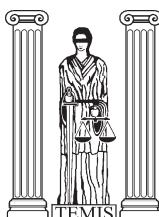
TEMIS

SOBRE LAS FRONTERAS
ESCRITOS SOBRE LA JUSTICIA CIVIL

MICHELE TARUFFO

SOBRE LAS FRONTERAS

ESCRITOS SOBRE LA JUSTICIA CIVIL



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

Traducción de BEATRIZ QUINTERO

Título del original italiano:

Sui confini. Scritti sulla giustizia civile, Il Mulino, Bologna, 2002.

© Michele Taruffo, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0583-8
2245 200600074000
ISBN e-book 978-958-35-1352-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

“Si ves un límite, traspásalo. Luego vuélvete: descubrirás que no existía”.

(Del diario apócrifo de GENGIS KHAN)

EXORDIO

He traducido del italiano la obra del profesor MICHELE TARUFFO *Sobre las fronteras*. Creo haber entregado prístino su pensamiento aun a riesgo del sacrificio de la elegancia del estilo en la redacción castellana. Sólo tengo un propósito: el de transmitir el impacto de su impresionante fuerza conceptual.

No es tan fácil derrumbar fronteras, borrar límites de tradición milenaria; TARUFFO lo logra. Su discurso, muy complejo pero claro y encendido por una luminosidad precursora y atrevida, convence.

“El lector que busque en estas páginas el indiferentismo del estudio-
so «neutral» que cierre sin dudar el libro, que no está escrito para él”¹.

TARUFFO dice que con la presentación de los temas escogidos piensa haber derribado algunas fronteras; pero se queja: “una vida no es suficiente” y agrega que muchos otros límites rancios están destinados a caer. El *civil law* y el *common law* no son hemisferios aislados sino partes de un solo universo que hoy se mezcla en la apertura de una heterodoxia ecléctica e interdisciplinaria. El derecho no es una isla de normas disecadas avejancándose paulatinamente en corredores muy bien encerrados por linderos que se hacen creer infranqueables. Él, como la psicología, la sociología, la filosofía y la economía conforman el mundo de la ciencia para el servicio del hombre

El profesor MICHELE TARUFFO es un representante, el más significativo, del derecho procesal actual. Algún día le pregunté al profesor JAIRO PARRA QUIJANO, maestro insigne, quién era hoy el mejor procesalista del mundo y me respondió que lo era MICHELE TARUFFO. Buscando quién era MICHELE TARUFFO me devolví por una estela novedosa y recia desde alguno de sus escritos y llegué en ese viaje de exploración hasta MAURO CAPPELLETTI y EMILIO DENTI.

Cuando los grandes genios de la dogmática jurídica procesal faltaron, en los años 50 y 60 nace esta nueva escuela, la misma que dijo remontarse a PIERO CALAMANDREI y a TULLIO ASCARELLI y empezó a caminar por los senderos que abría, empleando un método novedoso, el método comparatista. TARUFFO es un comparatista.

Las guerras golpean al hombre y suscitan la necesidad del cambio. El cambio reclama la aventura y la imaginación porque es entonces cuando se hace necesario concebir algo diverso de lo que existe. Para conservar un *statu quo* no es necesario imaginar².

¹ MAURO CAPPELLETTI, *Proceso, ideología, sociedad*. Así presentó su libro.

² BERTRAND RUSSEL, *Education and the social order*, London Allen y Unwin. Cita de MAURO CAPPELLETTI en su introducción a la obra antes citada.

Las épocas de fe proporcionan tranquilidad, dan seguridad, también seguridad jurídica en toda la gama de su significado; permiten una pose de objetividad y de autosuficiencia, defienden la generalidad y la igualdad formal que apoyan en las leyes, como reglas. Los tiempos convulsionados reclaman respuestas para las necesidades de justicia y buscan soluciones aun en la penumbra del principio y del valor. Un remedio para un mundo peligroso solo puede ser un remedio peligroso.

Después de la segunda guerra, el mundo ha asistido a una completa revolución del pensamiento jurídico. Superando la barrera del ingenuo provincialismo el jurista de hoy tiene que proyectarse hacia la construcción de un orden social siempre más humano, hacia una justicia menos esquiva para el pobre y por ende, hacia el significado pleno de la efectiva tutela judicial. El derecho procesal moderno tiene que responder a las tendencias del mundo contemporáneo Y cuán lejos de ellas está nuestro mundo latinoamericano, heredero del pomposo y dogmático *civil law*, del derecho romano-canónico, de la misma Italia de CAPPELLETTI y de TARUFFO.

No pretendo, como ya lo advertí, trazar un derrotero explicativo de los temas que TARUFFO aborda en su libro. Voy a hacer una sencilla enumeración de ellos con el propósito simple de subrayar el acierto de su selección como corresponde al meollo de un derecho procesal moderno.

En la recopilación de los escritos de TARUFFO hay un centro: *la decisión judicial*. Ese tropos ha sido cambiante en la historia del derecho procesal: desde la práctica forense, pasando por los procedimientos como leyes procesales, hasta el derecho procesal configurado dogmáticamente en los gigantes clásicos, hasta la jurisdicción como función, y hasta *la decisión judicial*³.

Lo que verdaderamente importa es cómo se decide la controversia y para ello cuenta, en primer lugar, la distinción de su naturaleza *trasnacional, internacional, interna de un Estado-nación, localizada*, como conviene al fenómeno multicultural.

Las constituciones que siguieron a la segunda guerra mundial significan un giro copernicano en el derecho. Especialmente en países como el nuestro, incrustado en los aspectos más conservadores y rígidos, la Carta Política derrumbó fronteras: satanizó los ejes sobre los cuales rotaba la seguridad jurídica para erigir como ídolos apoyos significativos de justicia material. El sistema colombiano se fue impregnando de institutos que

³ En Bologna los prácticos: BARTOLO DI SASSOFERRATO, por ejemplo, dejaron sus obras de práctica forense. Los proceduralistas se inspiran en la escuela de la exégesis, un MATTIROLO por ejemplo. CHIOVENDA y CARNELUTTI reclaman el estudio de la dogmática jurídica procesal y hablan de la ciencia del proceso. MONTERO AROCA en España clama por un derecho jurisdiccional. Creo que los comparatistas están presentando otro foco y es este de la decisión judicial.

las películas nos mostraban en los argumentos del *common law*, ante el desconcierto del ortodoxo que vigilaba la frontera de los consabidos sistemas jurídicos. TARUFFO, apoyándose en DAMAŠKA⁴ otro comparatista insigne, demuestra que el *civil law* y el *common law* han visto desmoronarse la frontera que los separó por siglos. Por eso irrumpió hoy en nuestro sistema jurídico el modelo de la decisión judicial que clama por la consideración del caso concreto, pero mantiene la exigencia del criterio de fallo que respeta la generalidad de la decisión. Por eso, el juez crea derecho, maneja su arbitrio pero es controlado por el pueblo que juzga la razonabilidad de las decisiones.

TARUFFO encuentra que la ley procesal es lenta y se rezaga ante el ritmo del vértigo de la mundialización. Que existe una disfunción judicial que alienta métodos alternativos de solución de conflictos, manejados por las partes económicamente fuertes en contra de las débiles. Que la decisión debe ser justa y que es allí, en el concepto de justicia donde desempeña su papel preponderante la exigencia de un proceso que garantice la cualidad del juicio final. Que el juicio como proceso, como procedimiento y también como elección de la decisión correcta ocupa el primer lugar en la estructura nacional, posnacional e infranacional.

El profesor MICHELE TARUFFO es un ciudadano del mundo y un muy buen amigo de Colombia. Lo hemos recibido en congresos y jornadas, en encuentros y coloquios. Es un enamorado de las selvas sin fronteras, de las selvas amazónicas. Utiliza el lenguaje de WITTGENSTEIN y como él, descubre e imagina: como la paloma de KANT se aventura con fantasía, crea, pero lo hace sobre sólido piso jurídico, y jamás se precipita en un espacio vacío, recuerda siempre que dialoga con la razón humana y mantiene bajo el ropaje de un lenguaje polémico una lógica impecable.

Este, como puede el lector adivinarlo, es un escrito que brota espontáneo luego de una tarea gratificante que ha sacudido mi entusiasmo. Si quien lea esta obra del profesor TARUFFO experimenta tal sensación, habré logrado mi cometido.

BEATRIZ H. QUINTERO DE PRIETO

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Exordio	IX
Premisa	1

I

DIMENSIONES TRANSCULTURALES DE LA JUSTICIA CIVIL

1. Multiculturalismo procesal	5
2. Globalización y proceso civil	17
3. Diferencias culturales y justicia civil	21
4. Interpretación transcultural	32
5. Un experimento mental	37
6. Observaciones conclusivas	42

II

RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY PROCESAL 45

III

EL PROCESO CIVIL DE “CIVIL LAW” Y EL PROCESO CIVIL DE “COMMON LAW”: ASPECTOS FUNDAMENTALES

1. Introducción	57
2. La crisis de los modelos tradicionales	60
3. La evolución de los modelos: los ordenamientos de “common law”	64
4. Los ordenamientos de “civil law”	71
5. Tendencias de superación de la distinción	76
6. Hacia nuevos modelos	81

IV

NOTAS SOBRE LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DE LAS CONTROVERSIAS CIVILES

1. Premisa	87
2. La dimensión nacional	89

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

3. Tendencias de superación	93
4. La dimensión globalizada	96
5. ¿Un derecho procesal para las controversias transnacionales? ...	99

V

SENTIDO COMÚN, EXPERIENCIA Y CIENCIA
EN EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ

1. Introducción	107
2. El recurso al sentido común	109
3. El recurso a la experiencia	117
4. Las máximas de la experiencia	125
5. El recurso a la ciencia	130
6. Conclusiones	136

VI

JUICIO: PROCESO, DECISIÓN 141

VII

EL JUEZ Y LA “RULE OF LAW”

1. Significados de “rule of law”	159
2. El juez y la “rule of law” en Inglaterra	161
3. La “judicial review” en Estados Unidos	163
4. Teorías norteamericanas de la interpretación	168
5. Interpretación y papel del juez	172

VIII

LEGALIDAD Y JUSTIFICACIÓN
DE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

1. Observaciones sobre el poder creador del juez	177
2. Los peligros del arbitrio	181
3. La justicia de la decisión	185
4. La congruencia de la decisión	188
5. La justificación de la decisión	194

IX

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

	PÁG.
1. Introducción	199
2. El problema de la decisión justa	201
3. Criterios de justicia de la decisión	203
4. Naturaleza de los criterios de justicia de la decisión	205
5. Aplicación de los criterios de justicia	208

X

**ELEMENTOS PARA UN ANÁLISIS
DEL JUICIO DE HECHO**

1. Introducción	213
2. La determinación de las hipótesis de hecho	214
3. Aducción y admisión de las pruebas	229
4. Adquisición de las pruebas	234
5. El juicio final sobre los hechos	246

XI

**CONSIDERACIONES
SOBRE PRUEBA Y VERDAD**

1. Enunciados fácticos	253
2. El contexto procesal	260
3. La prueba	267
4. Prueba y verdad	273

XII

**FUNCIONES DE LA PRUEBA:
LA FUNCIÓN DEMOSTRATIVA**

1. Prueba y demostración	279
2. La credibilidad de la prueba	280
3. La escogencia de la hipótesis sobre el hecho	282
4. La referencia al sentido común	284

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
5. La decisión sobre los hechos	292
6. La motivación del juicio de hecho	296
7. Conclusiones	299

XIII

**EL JUICIO PRONÓSTICO DEL JUEZ
ENTRE CIENCIA PRIVADA Y PRUEBA CIENTÍFICA**

1. Los juicios pronósticos	303
2. Estructura del razonamiento pronóstico	305
3. La valoración del fundamento de las previsiones	308
4. El papel de la “experiencia común”	310
5. El uso de los conocimientos científicos	313
Índice de autores.....	319

PREMISA

El hilo que pretende unir los escritos aquí recogidos no es temático, porque ellos se refieren a problemas diversos, aunque en parte conexos o adyacentes, y ni siquiera cronológico, porque muchos de estos escritos, pero no todos, pertenecen a los últimos años, y el volumen no incluye todo lo que el autor ha escrito o publicado recientemente.

La justificación que debería “dar unidad” al volumen se expresa en el título, tal vez inusual para un grupo de escritos que, de un modo o de otro, tienen que ver con un fenómeno esencialmente jurídico, aunque no solo tal, como la justicia civil. Quizás, sin embargo, este título —que no ha sido escogido al acaso— tiene necesidad de alguna explicación. El volumen no *describe* límites (no es *de finibus* o *about borders*) y mucho menos tiende a sugerir la oportunidad de poner o reforzar límites entre nada. Al contrario, él quiere sugerir un punto de vista, un lugar hipotético en el cual uno se podría colocar para mirar hacia lo que se ve. Este lugar de la mente es aquel en el cual el observador se coloca *sobre* un límite, casi a caballo sobre el muro (metafórico o real) que lo señala, para poder mirar a lo que aparece a los dos lados del límite, en los dos terrenos que el límite separa, para poder captar identidades y diferencias, separaciones e interdependencias, divergencias y convergencias, y poder poner así —por tanto— en duda la consistencia, el significado y —en último análisis— la existencia misma del límite.

Una tipología analítica de los límites estaría aquí fuera de lugar, incluso así fuera útil para esclarecer la función del hilo que mantiene unido el volumen. Bastará la trivial comprobación del hecho de que existen muchos límites en la realidad: no solo los señalados por aduanas, barrotes, metralletas y tierras de nadie o fajas deforestadas en el bosque, sino también aquellos dentro de los cuales se recluyen los cultores de una (verdadera o pretendida) ciencia, cuando quieren erigirse en custodios de un saber que ellos entienden puro y cristalizado posiblemente *in aeterno*, y buscan protegerlo de lo *otro*, o sea de todo lo que está más allá del límite y podría perturbar el pacífico sueño de quien está de este lado del límite. Los “límites de la disciplina X o Y”, por tanto, son entendidos como instrumentos de cerradura para proteger *lo que está adentro contra lo que está afuera* de esa disciplina o de esa área del saber. Que este uso defensivo de los límites presuponga la debilidad intrínseca de aquello que se quiere proteger —que no tendría necesidad de ser protegido si no fuera débil— es otra cosa. A propósito solo se recuerda que no raramente lo que se cierra fuera del límite, aquello de lo cual el límite debería proteger al que allí se recluye, es la realidad de los fenómenos de los cuales la “ciencia encerrada” dice quererse ocupar.

Cosas de este tipo acaecen, con toda probabilidad, en todos los ramos del conocimiento en los cuales se incrustan castas académicas, concursos universitarios, empresas editoriales, distribuciones de dinero y de prebendas de la más diversa índole. En efecto, de manera a veces oculta y subrepticia, y raras veces consciente y declarada, un criterio que determina tales operaciones es la ortodoxia de los sujetos involucrados, o sea el rigor y la coherencia con que ellos reconocen los límites (“nuestra materia”) y allí se encierran con triple llave, resistiendo impávidos el canto de las sirenas que llaman a otras tierras, a otros mares, a otros pensamientos y a otras aventuras de la mente. Y bien, para permanecer aún un instante en la metáfora de Odiseo (*y si parva licet*), el que escribe siempre ha quedado fascinado por los cantos de las sirenas más diversas, y ha sido y es un cultor de la apertura y de la heterodoxia, no temiendo más de lo necesario el eclecticismo y por el contrario, intentando hacer de él una virtud, más que del aire enrarecido y sofocante que circula por los corredores —bien limitados— de la pretendida ortodoxia.

El problema de los límites, de su uso y de su superación, se plantea en cualquier área del saber y, por tanto, también en aquella zona del saber jurídico que se ocupa de la justicia civil. Según la opinión más generalizada, esta zona está delimitada objetivamente por el Código de Procedimiento Civil y por algunas leyes especiales (aquellas que se repiten en todos los apéndices de las ediciones del código). Ha sido bastante dificultosa, y todavía suscita dudas, la inclusión de las garantías constitucionales del proceso en esa zona. Aún más difícil ha sido, y lo sigue siendo, la tentativa de extender los límites de la materia a otros ordenamientos, o al menos de hacer permeables estos límites a los conocimientos producidos por el análisis comparativo.

En cuanto al método, la construcción autárquica de los conceptos dogmáticos, por una parte, y por otra, el microanálisis de la jurisprudencia doméstica aparecen todavía como los caracteres dominantes de un *sano* provincialismo científico, con alguna no despreciable caída de nivel a medida que se pasa de los grandes maestros del derecho procesal civil a sus mucho más modestos discípulos.

Existen pues límites determinados por el modo de concebir el objeto de la materia, y límites determinados por la restricción del punto de vista metodico que se suele adoptar para ocuparse de ese objeto.

Son esencialmente estos los límites sobre los cuales los escritos recogidos aquí quisieran situarse. Naturalmente lo que está *más allá* de estos límites puede ser muy variado, y fundamentalmente ilimitado. El lector encontrará sometidas a duda distinciones tradicionales, como aquella entre sistemas procesales de *civil law* y de *common law*, pero también encontrará violación de límites desde el derecho procesal civil hacia la filosofía y la teoría general del derecho, hacia la antropología y la sociología, ha-

cia la lógica e incluso hacia la teoría de los flujos de conocimiento. Empero, estos no son los únicos quebrantos posibles y mucho menos los únicos útiles: muchos otros también se producirían, primero que todo hacia la psicología social y judicial, y hacia el análisis económico de los mecanismos y de las disfunciones de la justicia civil.

Sin embargo, una sola vida no es suficiente para traspasar todos los límites y para ver de veras todo el mundo, de tal manera que es necesario adaptarse a padecer límites prácticos en la investigación propia, por muy difíciles de tolerar que puedan resultar. Esta consideración puede tal vez justificar la extensión modesta de los escritos recopilados aquí, pero también delinear la hipótesis de violaciones de fronteras, y de la superación definitiva de los límites, de los cuales poco a poco se mostrará la inconsistencia.

* * *

Los capítulos II, XI y XIII son inéditos; en seguida se dan las indicaciones relativas a la publicación originaria de los otros escritos recopilados en este volumen:

- I. 54 *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2000, pp. 1047-1084.
- III. *Il Foro Italiano*, 2001, pp. 346-360.
- IV. 55 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 1055-1069.
- V. 55 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 667-695.
- VI. *Il giudizio: filosofia, teologia, diritto, estetica*, a cargo de S. NICOSIA, Roma, Carocci, 2000, pp. 173-188.
- VII. 53 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1999, pp. 931-943.
- VIII. 55 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 11-31.
- IX. 51 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 315-328.
- X. 49 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1995, pp. 785-821.
- XII. 51 *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 553-573.

I

DIMENSIONES TRANSCULTURALES DE LA JUSTICIA CIVIL

1. MULTICULTURALISMO PROCESAL

Si se mira al panorama general del derecho procesal de los últimos decenios, se pueden individualizar dos grandes tendencias que parecen moverse en direcciones diversas e incluso opuestas, aunque puedan aparecer —en un análisis más profundo— en alguna medida conexas. En consecuencia surge una contraposición, que se va haciendo más evidente y a un ritmo siempre más rápido, en el ámbito de la administración de la justicia y de la cultura procesal.

Una de estas tendencias puede ser definida como “multiculturalismo” con el fin de subrayar el surgimiento de una especial atención con respecto a culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos¹. Esta percepción de las diferencias culturales existentes en el mismo contexto es un fenómeno muy general que concierne a cualquier cultura (independientemente de lo que se entienda por “cultura”), pero este tema sin límites no puede ser abordado aquí². Con todo, un aspecto importante de este fenómeno es el que se puede denominar “multiculturalismo jurídico” para indicar la creciente conciencia del hecho de que en el ámbito del derecho existe una variedad de culturas³. La

¹ Cfr. en especial FRIEDMAN, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999, pp. 112 ss. (trad. it.: *La società orizzontale*, Bologna, 2002), donde se subraya que “each country has its own precise mix of multicultures” y que “nothing remotely resembling a global identity has emerged”, no obstante “the rampant growth of consensus about fundamental human rights”. En sentido análogo cfr. las consideraciones de TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, en HABERMAS y TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it., Milano, 1999, pp. 24 ss., 28 ss., 51.

² Para un reciente e interesante análisis de estos temas, cfr. FRIEDMAN, *op. cit.*, esp. pp. 12 ss., 21 ss.

³ Cfr. principalmente FRIEDMAN, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Mass., 1990, p. 213, pero antes Id., *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975, p. 199, y más reciente Id., *Is There a Modern Legal Culture?*, en *7 Ratio Iuris*, 1994, p. 117.

misma cosa se verifica igualmente entre áreas particulares más específicas, como la de la administración de justicia y de la resolución de las controversias.

Es sabido que el concepto de “cultura jurídica” puede ser vago y en alguna medida indeterminado, y que ha sido objeto de discusiones desde el momento en el cual LAWRENCE FRIEDMAN lo propuso⁴. Pese a ello este concepto puede tener alguna utilidad heurística —por lo menos para los juristas— a fin de superar el nivel del puro y simple análisis técnico de normas específicas y precedentes, y de ocuparse también de valores, actitudes, orientaciones e ideologías⁵ que circundan, fundan o pasan a través de las instituciones y de los conceptos jurídicos, en general, así como también en el ámbito del derecho procesal⁶. Por lo demás, varias ideas de “cultura jurídica” se usan comúnmente en el derecho comparado toda vez que la comparación no se limita a los detalles técnicos de los institutos. También vale la pena subrayar que los factores culturales son a menudo importantes en varias situaciones en la práctica del derecho, como, por ejemplo, cuando se trata de decidir si se inicia una causa, y sobre cuál objeto, en vez de transigir⁷.

En efecto, el estudio comparado del derecho ha sido y es todavía un factor muy relevante en el descubrimiento del multiculturalismo jurídico; no es sorprendente, por tanto, la conciencia de la existencia de una multiplicidad de culturas como condición fundamental para una adecuada comparación jurídica⁸. Sin embargo,

⁴ Cfr. por ej. COTTERRELL, *The Concept of Legal Culture*, en *Comparing Legal Cultures*, a cargo de D. NELKEN, Aldershot, 1997, p. 13, y FRIEDMAN, *The Concept of Legal Culture. A Reply*, ibi, p. 33.

⁵ Para una definición muy semejante de la cultura jurídica cfr. FRIEDMAN, *Is There a Modern Legal Culture?*, cit., p. 118; Id., *Total Justice*, Boston, 1985, p. 38. Específicamente a propósito de la conexión entre cultura jurídica e ideología, v. COTTERRELL, *op. cit.*, p. 21.

⁶ Cfr. en particular FRIEDMAN, *The Legal System*, cit., pp. 19 ss., 233 ss.; COTTERRELL, *op. cit.*, pp. 17 ss.

⁷ Cfr. GESSNER, *Introduction*, en *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Cultures*, Aldershot- Brookfield-Singapore-Sydney, 1996, pp. 10 ss.

⁸ Sobre este tema vale la pena considerar la opinión de un no jurista. Clifford Geertz, el famoso antropólogo, dice que el estudio comparado del derecho “cannot be a matter of reducing concrete differences to abstract commonalities”, ni “a matter of locating identical phenomena masquerading under different names”, y que este estudio es un ejercicio de traslación cultural; cfr. Id.,

algunos aspectos del multiculturalismo jurídico merecen una atención más específica.

Dos de estos aspectos son especialmente importantes: a) la estructura en varios niveles del multiculturalismo en el derecho; b) la tendencia hacia la fragmentación y el localismo en la evolución de los sistemas jurídicos y de las culturas jurídicas. Naturalmente estos temas no pueden ser discutidos aquí en términos generales, pero el área del derecho procesal y de la solución de las controversias puede ofrecer ejemplos interesantes.

a) La estructura en varios niveles del multiculturalismo procesal puede ser analizada distinguiendo tres niveles principales.

a1) El primer nivel y también el más general es el de la diferencia *entre sistemas* (o, si se prefiere, entre *familias jurídicas*)⁹. En este plano podemos encontrar por ejemplo la vieja y tradicional distinción —en gran medida ya superada e incierta¹⁰— entre los sistemas procesales de *common law* y de *civil law*. No es preciso analizar aquí esta distinción, porque muchos de sus aspectos son bien conocidos (presencia o ausencia del jurado; concentración o no concentración del procedimiento; iniciativa probatoria de las partes o papel inquisitivo del juez, y así sucesivamente). A propósito de esta distinción, bien vale la pena subrayar que ella no hace referencia solamente a los detalles técnicos de los mecanismos del proceso en los dos sistemas, sino también —y sobre todo— a las bases funda-

Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, en Id., *Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, 1983, pp. 215 s., 218 y 232 (trad. it., *Antropología interpretativa*, Bologna, 1988).

⁹ Sobre el concepto de “familia” de ordenamientos jurídicos v. en general DAVID, *Les grands systèmes du droit contemporain*, Paris, 1973, pp. 614 ss. Para una aproximación crítica cfr. FRIEDMAN, *The Legal System*, cit., pp. 202 ss. Para una discusión más general, que subraya el carácter relativo de toda taxonomía de los sistemas jurídicos, cfr. ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiet des Privatrechts. I. Grundlagen*, Tübingen, 1971, pp. 67 ss.

En el presente contexto el término “sistema” parece más apropiado porque “familia” indica un grupo de ordenamientos, mientras que un “sistema” puede existir incluso en un solo ordenamiento nacional.

¹⁰ Sobre esta distinción v. en especial MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, ahora en Id., *The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague-London-Boston, 1999, pp. 17 ss. V. también *infra* III.

mentales, de naturaleza política y cultural, de los respectivos modelos¹¹. Por ejemplo, las orientaciones históricas y políticas en cuanto a los valores, *adversarial* que está en la base del sistema procesal de *common law*, de un lado, y de otro lado la concepción del Estado como el centro de la administración de justicia que está en la base de los sistemas procesales de *civil law*, se cuentan entre los más importantes factores culturales e ideológicos que explican los dos grandes modelos de proceso y sus diferencias sistemáticas¹².

Sin embargo, las diferencias culturales entre *common law* y *civil law* no son la única variante significativa en cuanto a los sistemas procesales. En realidad habría que considerar que hay tipos importantes de sistemas “mixtos” con estructuras complejas que han sido influenciadas y determinadas por específicos factores políticos, históricos y culturales. Tómese por ejemplo el Japón, con su complicada mezcla de elementos tradicionales y de elementos de origen europeo y americano¹³ o Israel, con su combinación de factores ingleses, locales y religiosos. Muchos otros ejemplos, por lo demás, podrían ser aducidos.

a 2) El segundo y —por así decirlo— nivel intermedio de distinción incluye los sistemas procesales *grosso modo* correspondientes a ordenamientos nacionales. Este es el nivel al cual una “familia” de ordenamientos procesales aparentemente similares puede revelarse compuesta por “parientes” diversos, a veces empeñados en desarrollar sus diferencias más que sus analogías. Este nivel de

¹¹ Cfr. en especial DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. Bologna, 1991, pp. 49 ss., 133 ss., 175 ss., 249 ss.

¹² Cfr. *ibidem, op. cit.*, pp. 30. ss., 52 ss., 147 ss., 192 ss., 291 ss. Para un examen del sistema *adversarial* cfr. TARUFFO, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979.

¹³ Para un panorama del sistema procesal japonés cfr. DAVIS, *Dispute Resolution in Japan*, Den Haag, 1996, *passim*; para una presentación del nuevo Código japonés de Procedimiento Civil cfr. TANIGUCHI, *The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A Procedure for the Coming Century?*, en 45 Am. J. Comp. Law, 1997 pp. 767 s.

Para análisis profundos de las diversas influencias que se han manifestado sobre el sistema japonés cfr. HIDEO NAKAMURA, *Japan und das deutsche Zivilprozessrecht*, en Id., *Japan und das deutsche Zivilprozessrecht – Sammelband der zivilprozessualen Abhandlungen*, Tokyo, 1996, pp. 1. ss.; Id., *Der Einfluss des amerikanischen Rechts auf dem japanischen Zivilprozess*, ibi, pp. 131 ss.; Id., *Das japanische im japanischen Zivilprozess*, ibi, pp. 163 ss.

diferenciación es particularmente importante por varias razones, una de las cuales es la «stubborness of national differences» que todavía opone una fuerte resistencia a las tentativas de armonización¹⁴.

Ejemplos evidentes pueden ser individualizados en el interior de los tradicionales “grandes sistemas”. El sistema de *common law* ya no es, desde hace mucho tiempo, “completamente” uniforme e idéntico (aun suponiendo que lo haya sido alguna vez, lo que probablemente es verdad solo en parte). Análisis interesantes de las diferencias entre Estados Unidos e Inglaterra pueden ser desenvueltos desde varios puntos de vista¹⁵, pero incluso considerando solamente los dos respectivos ordenamientos procesales hay un número sorprendente de diferencias que saltan a los ojos: el jurado civil existe todavía en un caso y ya no en el otro; la *discovery* es limitada en un caso e ilimitada en el otro; las fases preliminares del juicio son diversas; existen diferentes vías procesales, y así sucesivamente¹⁶. Estas diferencias resultan siempre más relevantes a medida que vienen siendo introducidas reformas a la disciplina procesal¹⁷, al paso que las analogías se están desvaneciendo. Resulta entonces impropio hablar de *un* sistema procesal de *common law*, y sería aún más impropio si se tuvieran en cuenta los otros ordenamientos históricamente derivados del modelo de *common law* inglés, como India y Canadá.

¹⁴ Cfr. GESSNER, *The Institutional Framework of Cross-Border Interaction*, en *Foreign Courts*, cit., p. 34 ss. Para un análisis de este fenómeno en el ámbito europeo cfr. LEGRAND, *European Legal Systems Are Not Converging*, en 45 *Int'l & Comp. L. Q.*, 1996, pp. 52 ss.

¹⁵ Cfr. por ejemplo ATIYAH y SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.

¹⁶ Para un sintético parangón entre el proceso civil inglés y el americano cfr. TARUFFO, voz *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI Torino, 1990, pp. 324 ss. La comparación, sin embargo, sería actualizada teniendo en cuenta las novedades acaecidas en ambos sistemas (sobre las cuales v. la nota siguiente) que acentúan posteriormente las diferencias entre los dos ordenamientos.

¹⁷ V. por ejemplo las nuevas normas procesales que han entrado a regir en Inglaterra el 26 de abril de 1999 (*The Civil Procedure Rules, 1998*, SI, 1998, 3132 (L. 17)), y los efectos producidos en el sistema estadounidense por la *Civil Justice Reform Act* de 1990 (sobre la cual cfr. por ej. BURBANK y SILBERMAN, *Civil Procedure Reform in Comparative Context: the United States of America*, en 45 *Am. J. Comp. Law*, 1997, pp. 675 ss.; ROBEL, *Factured Procedure: The Civil Justice Reform Act of 1990*, en 46 *Stanf. L. Rev.*, 1994, pp. 1447 ss.; MURRAY, *Civil Justice Reform in America: the 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences*, en 3 *ZZP Int.*, 1998, pp. 319 ss.).

El sistema procesal de *civil law* es, por otra parte, más complicado y diferenciado. Incluso pensando solo en los ordenamientos europeos (aunque subcontinentes enteros como América Latina y gran parte del Asia, incluida la República Popular China, pertenecen al mundo de *civil law*) sería necesario distinguir diversos subtipos. Por ejemplo, el actual proceso civil alemán no tiene mucho en común con el francés o con el italiano; por su parte, Francia e Italia pertenecen históricamente a la misma rama de la familia continental, pero los dos ordenamientos procesales presentan ahora más diferencias que semejanzas. El ordenamiento procesal español es europeo, pero hasta ahora ha sido muy distinto de los modelos fundamentales alemán y francés; además ha sido históricamente un punto de referencia fundamental para la mayoría de los ordenamientos de América Latina (para todos estos ordenamientos, si se incluye la variante portuguesa exportada al Brasil).

No es posible analizar aquí los múltiples e importantes factores que han vuelto tan diferenciado el grupo de los ordenamientos procesales de *civil law*¹⁸. De todas maneras debe subrayarse el hecho de que en los sistemas procesales nacionales surge un grandísimo número de diferencias en los detalles de las normativas procesales, lo que es obvio y no particularmente interesante. El hecho realmente importante es que en muchos casos las diferencias nacionales son estructurales y profundamente enraizadas en la historia local, en las tradiciones y en las orientaciones políticas, en diversos valores morales y religiosos¹⁹. En otras palabras, muchas diferencias importantes se derivan de las culturas nacionales que influencian directa o indirectamente la estructura de cada sistema procesal y el modo en el cual estos funcionan concretamente²⁰.

¹⁸ Para un interesante análisis de las diferencias entre jueces franceses y jueces alemanes, desarrollado desde el punto de vista “externo” de un jurista americano, cfr. MERRYMAN, *How Others Do It. The french and German Judiciaries*, en *Id.*, *The Loneliness*, cit., pp. 96 ss.

¹⁹ Sobre las diferencias nacionales en el ámbito del contexto europeo cfr. por ej. GESSNER, *Global Interaction and Legal Cultures*, en *7 Ratio Juris*, 1994, pp. 135 ss. Sobre aspectos de semejanza y de diferenciación en las culturas jurídicas de los ordenamientos europeos cfr. los fragmentos recopilados en el volumen *European Legal Cultures*, a cargo de V. GESSNER, A. HOELAND y C. VARGA, Aldershot- Brookfield-Singapore-Sydney, 1996.

²⁰ Para un análisis muy interesante de los modos en que las culturas nacionales influyen el funcionamiento efectivo de los mecanismos procesales de resolución de las controversias cfr. BLANKENBURG, *Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Cultures*, en *Comparing Legal Cultures*, cit. pp. 41 ss.

Esto es cierto en general, y no solo en relación con los sistemas de *civil law*. En efecto, se encuentran ejemplos interesantes en Asia donde existen diversos sistemas procesales como resultado de diversas culturas²¹. Así, por ejemplo, es claro que la aludida “resistencia asiática” a usar instrumentos jurídicos para la actuación de los derechos (sobre lo cual v. más adelante, par. 3, *sub a*) no es un carácter común o uniforme en todas las culturas jurídicas del continente asiático y que —por el contrario— se trata de un fenómeno complejo y variable²².

a 3) El nivel más bajo, pero no menos (y hasta tal vez más) importante de diferenciaciones puede ser individualizado *en el interior* de cada uno de los ordenamientos procesales nacionales. Esto significa que un ordenamiento nacional puede estar internamente dividido en algunos o en muchos subordenamientos procesales, o en diversos mecanismos de administración de justicia.

En algunos casos estas fragmentaciones internas son institucionales puesto que son directamente conexas con la estructura de los sistemas políticos nacionales, como acaece por ejemplo en los Estados federales. De todos modos, inclusive estas distinciones institucionales están orientadas e influenciadas por factores culturales. *Grosso modo* se puede decir en efecto que en muchos casos la escogencia a favor de una organización federal es o ha sido un medio para conciliar —dentro de un esquema político único— diferentes tradiciones políticas, religiosas y culturales, y valores distintos que no se podían refundir en una unidad homogénea. En cuanto una estructura federal signifique también la presencia de normativas procesales diversas, como sucede en varios casos, esto implica una relevante fragmentación en el interior de un ordenamiento nacional formalmente unitario, a veces con variaciones importantes entre las diversas regulaciones del proceso civil. Además, en los Estados federales, por regla general, los distintos ordenamientos judiciales estatales son diferenciados, incluso cuando —como sucede en Alemania— la regulación del proceso civil es unitaria. Los Estados Unidos son un buen ejemplo de un Estado federal con una regulación procesal federal (las bien conocidas *Federal Rules of Civil Procedure*

²¹ Cfr. TAYLOR y PRYLES, *The Cultures of Dispute Resolution in Asia*, en *Dispute Resolution in Asia*, a cargo de M. PRYLES, The Hague-London-Boston, 1997, pp. 1 ss.

²² Cfr. TAYLOR y PRYLES, *op. cit.*, p. 13.

adoptadas en 1938 y luego continuamente reformadas) y 50 normativas estatales que a veces son bastante diversas unas de otras, a pesar de la existencia de varias tendencias sustancialmente análogas y en diversa medida inspiradas en el modelo de derecho procesal federal. Suiza, con 26 códigos procesales cantonales y un código federal, es un ejemplo interesante de cómo incluso una nación relativamente pequeña pueda tener un número elevado de normativas procesales distintas en razón de su estructura federal²³.

De todas maneras, la estructura federal del Estado es el factor de diferenciación interna más sencillo de individualizar y menos problemático. Empero, existen otros factores más importantes y complejos, que tienen significativas implicaciones culturales. En efecto, es preciso considerar que muchos Estados nacionales son internamente multiculturales a causa de su composición étnica, religiosa o política, y que una pluralidad de culturas jurídicas existe a menudo dentro de un mismo país²⁴. En cierto sentido, esta es una consecuencia obvia de la fragmentación y complejidad de las sociedades evolucionadas: una sociedad compleja tiene una cultura jurídica compleja²⁵. Por lo demás, sociedades multiculturales han existido siempre en la historia de todas las áreas políticas y jurídicas del mundo²⁶.

²³ La diferenciación interna del sistema suizo es todavía más evidente si se consideran los ordenamientos judiciales cantonales, que son a su vez significativamente diversos entre sí y contemplan en muchos casos la elegibilidad directa de los jueces de primer grado, como consecuencia del hecho de que han sido rigurosamente conservadas las respectivas tradiciones históricas. La situación no ha cambiado con la nueva Constitución suiza entrada en vigor al comienzo de 2000, dado que los arts. 122.2 y 123.3 dejan todavía a los cantones la regulación del proceso civil y de la organización judicial, conservando, por tanto, las autonomías cantonales relativas a la administración de la justicia civil.

²⁴ Cfr. en particular FRIEDMAN (*The Republic of Choise*, cit., p. 213), el cual habla de un “dizzying array of cultures”. Cfr. también KYMLICK, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995 (trad it., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999). Para un panorama general del problema de la pluralidad de culturas y de sistemas jurídicos en el interior del mismo contexto social, y para indicaciones bibliográficas, cfr. MERRY, *Legal Pluralism*, en *22 Law & Soc. Rev.*, 1998. pp. 869 ss. Cfr. también GEERTZ, *Local Knowledge*, cit., pp. 220, 226.

²⁵ Cfr. además FRIEDMAN, *op. ult. cit.*, p. 96. V. también COTTERRELL, *op. cit.*, pp. 16 s.

²⁶ Cfr. además KYMLICKA, *op. cit.*; MERRY, *op. cit.*, p. 870 ss.

Considérese por ejemplo la tendencia —que se observa en muchos ordenamientos— a elaborar procedimientos especiales para situaciones o controversias particulares, o sea para sujetos o grupos particulares. Procedimientos especiales para las controversias de trabajo existen en la mayoría de los ordenamientos. Remedios procesales particulares son adoptados con el fin de prevenir o eliminar discriminaciones sexuales o raciales en los lugares del trabajo, así como para afrontar otros tipos de discriminaciones en diversos contextos (como en el ámbito de la educación o de la asistencia social). Es fácil comprender que la mayor parte de estas normativas procesales especiales deriva de premisas culturales y políticas peculiares, como por ejemplo la necesidad —generalmente advertida— de proteger la “parte débil” de una relación de trabajo, o de tutelar los valores de la igualdad de tratamiento como los que fundamentan la irrelevancia de las diferencias de sexo o el necesario “daltonismo racial” del derecho.

Consideraciones análogas pueden hacerse también a propósito de algunas de las más importantes tendencias evolutivas surgidas en los últimos decenios, por ejemplo en el ámbito de la tutela de los derechos colectivos o generales, y en especial en las áreas de la protección del ambiente y de los consumidores. Los instrumentos procesales especiales que han sido adoptados en muchos países para tutelar estos derechos se derivan directamente de la “revolución cultural” que ha estado en el origen del ambientalismo y del movimiento para la protección del consumidor. Ha sido un cambio cultural el que ha producido la inserción de estos nuevos valores en la cultura general y, por consiguiente, también en la cultura jurídica, de la mayor parte de las sociedades evolucionadas. Una vez más, sin embargo, estos cambios culturales han dado lugar a diferenciaciones dentro de los varios ordenamientos procesales²⁷.

Por otra parte, el número creciente de sociedades multiétnicas (o en otros términos: la creciente sensibilidad hacia las realidades multiétnicas presentes en muchas sociedades) está destinado a tener efectos relevantes sobre la cultura jurídica, incluso en el contexto aparentemente uniforme de la globalización del derecho. En cierto

²⁷ En la inmensa literatura sobre estos temas cfr. en especial *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, a cargo de GAMBARO, Milano, 1976, *passim*; CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, pp. 268 ss.

sentido este es uno de los efectos de un fenómeno más general, o sea, de la casi paradojal pero fuerte tendencia hacia el localismo y el particularismo directamente conectados con la globalización²⁸. Tal como lo subraya MERRYMAN, en el interior de los sistemas nacionales “a particularizing force is powerfully at work, opposing uniformity, standardization, and the loss of those characteristics by which people define themselves and establish their unique identity”²⁹.

Además, la idea tradicional de un único, uniforme y abstracto “sujeto de derecho”³⁰ está cada vez más en discusión en un mundo en el que ha crecido mucho la sensibilidad por las diferencias reales y las correspondientes discriminaciones³¹. Estos problemas están destinados a desempeñar un papel importante en una puesta en discusión de la idea de una igualdad meramente formal frente a la ley, incluso en sus implicaciones que se relacionan con la administración de justicia. No sorprende que la teoría del derecho sea a veces sensible a estos factores de crisis de las tradicionales concepciones del derecho y de la justicia³². Existe incluso una moda del pluralismo

²⁸ Cfr. en general BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, trad. it., Bari, 1999.

²⁹ Cfr. MERRYMAN, *On the Convergence*, cit., pp. 33 ss. Cfr. también TAYLOR, *op. cit.*, pp. 24 ss.

³⁰ La “unificación del sujeto de derecho” ha sido una de las conquistas más importantes de la teoría jurídica y de las codificaciones en el período del iluminismo y en el siglo XIX. Se ha tratado de una reacción general contra la fragmentación de las reglas jurídicas y de la desigualdad de los sujetos que durante siglos habían sido el carácter más importante de los ordenamientos jurídicos europeos. Sobre este cambio fundamental en la cultura jurídica occidental cfr. el esencial análisis de TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 150 ss., 244 ss., 342 ss., 517 ss., 605 ss.

³¹ Una “deconstrucción racional” de la subjetividad jurídica es propuesta por BALKIN, *Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice*, en 92 *Mich. L. Rev.*, 1994, pp. 1131 ss., 1142 ss. y *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, en 103 *Yale L. J.*, 1993, pp. 105 ss.

³² Es por ejemplo el caso de las críticas hechas por la corriente de la *critical race theory*; cfr. por ej. LAWRENCE, *Race and Affirmative Action: A Critical Race Perspective*, en *The Politics of the law. A Progressive Critique*, a cargo de D. KAHRIS, 1998, pp. 312 ss.; CRENSHAW, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, ibi, pp. 356 ss. Para una síntesis de la *critical race theory* cfr. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York-London, 1995, pp. 167 ss. (trad. it., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001).