

JORDI FERRER BELTRÁN
CARMEN VÁZQUEZ
(Coeditores)

DEBATIENDO CON TARUFFO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| PRESENTACIÓN , <i>Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez</i> | 15 |

I

CUESTIONES DE DERECHO COMPARADO

| | |
|--|----|
| LOS PELIGROS DE LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO COMPARADO , <i>Ronald J. Allen</i> | 21 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 40 |
| MICHELE TARUFFO, ENTRE DERECHOS NACIONALES, COMPARACIÓN Y TEORÍA GENERAL , <i>Federico Carpi</i> | 45 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 52 |
| TARUFFO COMPARATISTA. UNA MIRADA ORIGINAL A LOS PROBLEMAS DEL PROCESO CIVIL , <i>Angelo Dondi</i> | 55 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 80 |

| | Pág. |
|---|------|
| EFFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL, MEDIDAS COERCITIVAS Y PAPEL DEL JUEZ EN LA COMPARACIÓN ENTRE <i>CIVIL LAW</i> Y <i>COMMON LAW</i>: LA EXPERIENCIA INGLESA, Carlo Vittorio Giabardo | 87 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 87 |
| 2. LA CUESTIÓN DEL MÉTODO DEL DERECHO COMPARADO Y EL PROBLEMA DE LA «COMPARABILIDAD» DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS..... | 91 |
| 3. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y «DESPATRIMONIALIZACIÓN» DEL DERECHO PROCESAL CIVIL..... | 93 |
| 4. EL OBJETO DE LA COMPARACIÓN (RASGOS GENERALES)... | 96 |
| 5. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL <i>CIVIL CONTEMPT OF COURT</i> | 97 |
| 6. OBSERVACIONES DISPERSAS SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ INGLÉS Y EL <i>CIVIL CONTEMPT OF COURT</i> | 100 |
| BIBLIOGRAFÍA | 104 |
| | |
| LA GÉNESIS DE LA AMBIGÜEDAD. APUNTES PARA UNA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA SOBRE LA CONMIXTIÓN ENTRE <i>JUS CONSTITUTIONIS</i> Y <i>JUS LITIGATORIS</i>, Francesco Campodonico ... | 109 |
| 1. UNA PREMISA SOBRE PASADO Y PRESENTE | 109 |
| 2. EL SENTIDO DE UNA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA SOBRE LA CONMIXTIÓN ENTRE DOS <i>JURA</i> | 111 |
| 3. EL ORIGEN DE LA SEPARACIÓN ENTRE <i>JUS CONSTITUTIONIS</i> Y <i>JUS LITIGATORIS</i> | 115 |
| 4. LA HERENCIA DE UNA SEPARACIÓN IMPERFECTA: EL PERIODO INTERMEDIO Y LA CUESTIÓN FRANCESA..... | 120 |
| 5. <i>JUS LITIGATORIS</i> Y <i>JUS CONSTITUTIONIS</i> ANTE EL CONSEJO DEL REY | 125 |
| 6. CONCLUSIONES | 127 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 129 |

II

SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL

| | |
|--|-----|
| EL PRECEDENTE INTERPRETATIVO COMO RESPUESTA A LA TRANSFORMACIÓN DEL <i>CIVIL LAW</i>: LA CONTRIBUCIÓN DE TARUFFO, Luiz Guilherme Marinoni | 133 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 133 |
| 2. TARUFFO Y LA IDEOLOGÍA DE LA CORTE DE CASACIÓN | 134 |
| 3. EL PRESUPUESTO TEÓRICO DE LA CORTE QUE TIENE LA UNIFORMIDAD COMO MEDIO DE CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN EXACTA DE LA LEY | 136 |
| 4. EL IMPACTO DEL CONSTITUCIONALISMO, EL USO CRECIENTE DE LAS CLÁUSULAS GENERALES Y LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN | 137 |
| 5. LA FUNCIÓN DE DEFINICIÓN DEL SENTIDO DEL DERECHO Y DE GARANTÍA DE SU UNIDAD. LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE COMO CONSECUENCIA | 142 |
| 6. EL ARGUMENTO DE QUE EL SISTEMA DE PRECEDENTES OBLIGATORIOS OBSTACULIZA LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO | 144 |
| 7. EL ARGUMENTO DE QUE LOS PRECEDENTES OBLIGATORIOS SON TÍPICOS DE UN SISTEMA EN EL QUE EL JUEZ CREA EL DERECHO | 145 |
| 8. LA ESTABILIDAD DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DE UNA CORTE DE PRECEDENTES | 147 |
| 9. EL PROBLEMA DE LAS PECULIARIDADES DEL CASO CONCRETO..... | 148 |
| 10. LA CONTRADICCIÓN INHERENTE A UNA «CORTE SUPREMA DE CORRECCIÓN»..... | 150 |
| 11. LA INEVITABILIDAD DE LA CORTE DE PRECEDENTES EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO: LA COHERENCIA DEL ORDEN JURÍDICO Y LA TUTELA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD | 151 |
| BIBLIOGRAFÍA | 153 |

| | Pág. |
|---|------|
| EL USO DEL PRECEDENTE EN EL DIÁLOGO ENTRE CORTES NACIONALES Y TRANSNACIONALES, Eduardo Oteiza | 157 |
| 1. LA AMBIGÜEDAD DEL VÉRTICE Y LA DESMATERIALIZACIÓN DE LOS CONFINES..... | 157 |
| 2. RETROSPECTIVA DE LAS IDEAS DE TARUFFO SOBRE JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE..... | 159 |
| 3. EL DIÁLOGO ENTRE CORTES COMO PRÁCTICA DELIBERATIVA..... | 162 |
| 4. LEY Y JURISPRUDENCIA EN LOS SISTEMAS EUROPEO Y AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS | 165 |
| 5. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. EL CONTEXTO Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS «LEYES DE PERDÓN» EN AMÉRICA LATINA..... | 167 |
| 6. LA DELIBERACIÓN EN LAS COMUNIDADES POSNACIONALES | 173 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 174 |
| | |
| EL GEN IUSREALISTA DE MICHELE TARUFFO: LA TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL, Jordi Ferrer Beltrán..... | 177 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 177 |
| 2. UNA TEORÍA GENERAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL..... | 179 |
| 2.1. Las dimensiones del precedente | 179 |
| 2.2. La eficacia del precedente..... | 180 |
| 2.3. La relación entre el precedente y los hechos | 181 |
| 3. LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN IMPLÍCITA EN LA TEORÍA GENERAL DEL PRECEDENTE DE TARUFFO: EL ESCEPTICISMO INTERPRETATIVO (REALISMO JURÍDICO)..... | 183 |
| 4. «EL PRECEDENTE ES LO QUE DICEN LOS JUECES QUE ES»... | 188 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 190 |
| | |
| COHERENCIA Y PROGRESIVIDAD EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE, Sandra Gómora Juárez..... | 193 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 193 |
| 2. TEORÍAS DE LA COHERENCIA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO | 195 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3. COHERENCIA GENERAL Y JURISDICCIONAL | 197 |
| 3.1. Coherencia jurisdiccional local..... | 202 |
| 4. LA DOBLE CONDICIÓN NECESARIA Y OTROS CRITERIOS PARA DECIDIR | 203 |
| 5. COHERENCIA Y PROGRESIVIDAD EN CONTEXTO..... | 206 |
| 6. LA DOBLE CONDICIÓN: CONCEPTOS DE GRADO..... | 213 |
| 7. CONCLUSIONES | 217 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 218 |

EL PROBLEMA DE LA FORMACIÓN DE PRECEDENTES EN MATERIA PROBATORIA POR TRIBUNALES SUPREMOS. El imperativo de que las decisiones judiciales relativas a la prueba de los hechos sean universalizables, *Simone Trento* 221

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 221 |
| 2. LOS FUNDAMENTOS NORMALMENTE SEÑALADOS PARA NO CONOCER MATERIAS RELATIVAS A LA PRUEBA DE LOS HECHOS EN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS Y LAS CRÍTICAS QUE SE LES PUEDEN HACER | 223 |
| 2.1. Casos limitados de admisión de recursos en los tribunales supremos..... | 223 |
| 2.1.1. El contexto probatorio y el punto de vista jurídico..... | 224 |
| 2.2. La distinción espuria entre el «mero» análisis de los hechos (cuestión de hecho) y el tratamiento jurídico a ellos aplicable (cuestión de derecho)..... | 227 |
| 2.2.1. El derecho como sistema abierto que regula su propia apertura | 235 |
| 2.2.2. Los conceptos jurídicos abiertos e indeterminados y el carácter argumentativo del derecho..... | 236 |
| 2.3. Los presupuestos particularistas insostenibles implícitamente contenidos en el argumento de que los tribunales supremos con función uniformizadora del derecho no deben apreciar cuestiones de hecho y de prueba | 237 |
| 3. LAS FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS Y SUS LIMITACIONES..... | 241 |
| 3.1. Las funciones de los tribunales supremos contemporáneos y la aparente paradoja de estas funciones con la tesis que se sostiene en este trabajo | 241 |

| | Pág. |
|---|------|
| 3.2. Decisiones basadas en reglas. El imperativo de que las decisiones judiciales sean universalizables y la autoridad de los precedentes de acuerdo con su fuerza argumentativa y con la posición del órgano que dicta la decisión | 245 |
| 4. CONCLUSIONES | 249 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 250 |

III

EL PROCESO JUDICIAL Y LA PRUEBA

| | |
|---|-----|
| PROCESO Y PRAGMATISMO, Stephen B. Burbank | 255 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 270 |
| LA PRUEBA JUDICIAL COMO CONOCIMIENTO: UNA CARACTERIZACIÓN POCO PERSUASIVA, Diego Dei Vecchi | 273 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 273 |
| 2. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS: JUSTICIA Y VERDAD | 277 |
| 3. LA PRUEBA JUDICIAL, ENTRE CONOCIMIENTO Y PERSUASIÓN: UNA MATIZACIÓN DE LA DICOTOMÍA..... | 282 |
| 4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA ... | 286 |
| 5. CONCLUSIONES | 291 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 291 |
| UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA-CONTEXTUAL AL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS EN EL PROCESO. EL MODELO DE MICHELE TARUFFO, ENTRE PERSPECTIVAS ANALÍTICAS Y APERTURAS INTERDISCIPLINARIAS, Flora Di Donato y Francesca Scamardella | 297 |
| 1. EL MODELO EPISTÉMICO DE MICHELE TARUFFO: RASGOS. | 297 |
| 2. EL MODELO EPISTÉMICO FRENTE A LOS ENFOQUES HERMENÉUTICO Y RETÓRICO-PERSUASIVO | 299 |
| 2.1. La dimensión hermenéutica | 301 |
| 2.2. La dimensión retórico-persuasiva | 302 |

| | Pág. |
|---|------------|
| 3. POR UN MODELO EPISTEMOLÓGICO-CONTEXTUAL: EXPANSIONES | 304 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 308 |
| LA JUSTICIA, LA VERDAD Y LA PRUEBA: NO TAN SIMPLE, DESPUÉS DE TODO, <i>Susan Haack</i> | 311 |
| 1. EN TEORÍA..... | 312 |
| 2. EN LA PRÁCTICA | 323 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 336 |
| POR QUÉ LAS REGLAS PROCESALES ASIMÉTRICAS HACEN IMPOSIBLE CALCULAR UN ESTÁNDAR DE PRUEBA RACIONALMENTE JUSTIFICADO, <i>Larry Laudan</i>..... | 341 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 352 |
| MICHELE TARUFFO Y LAS REFORMAS DEL PROCESO CIVIL, <i>Andrea Giussani</i> | 353 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 357 |
| PRESUNCIONES EN EL DERECHO CONTINENTAL Y EN EL COMMON LAW. UN ANÁLISIS COMPARADO, <i>Raymundo Gama</i>..... | 359 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 359 |
| 2. UN CONCEPTO PROBLEMÁTICO | 361 |
| 3. UNA TRADICIÓN INTELECTUAL COMÚN | 364 |
| 4. PRESUNCIONES COMO NORMAS Y PRESUNCIONES COMO RAZONAMIENTOS..... | 367 |
| 5. EL LUGAR DE LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO Y EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO..... | 371 |
| 6. PRESUNCIONES Y CARGA DE LA PRUEBA | 373 |
| 7. PRESUNCIONES GENUINAS Y FALSAS PRESUNCIONES..... | 378 |
| 8. CONCLUSIÓN..... | 382 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 382 |

| | Pág. |
|---|------|
| SOBRE LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LAS PRUEBAS NEUROCIENTÍFICAS (A propósito de «Proceso y neurociencia. Aspectos generales», de M. Taruffo), Daniel González Lagier..... | 385 |
| 1. LA NATURALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD | 385 |
| 2. LA NEUROCIENCIA Y LA PRUEBA DE LOS ESTADOS MENTALES..... | 388 |
| 3. LA BÚSQUEDA DE LA MENTE EN LA MATERIA: UN MAPA DE TEORÍAS DE LA MENTE | 392 |
| 4. TEORÍAS DE LA MENTE Y DETERMINISMO | 400 |
| 5. ¿ES REALMENTE FALAZ LA FALACIA MEREOLÓGICA? DE NUEVO SOBRE CONDUCTISMO LÓGICO Y FUNCIONALISMO | 404 |
| 6. PARA TERMINAR: TEORÍAS DE LA MENTE Y PRUEBAS NEUROFISIOLÓGICAS | 407 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 411 |
| COMENTARIOS, Michele Taruffo | 413 |
| 1. PREMISA | 413 |
| 2. DERECHO COMPARADO..... | 414 |
| 2.1. Sobre el proceso <i>adversarial</i> estadounidense..... | 416 |
| 2.2. Sobre las <i>class actions</i> | 420 |
| 3. SOBRE EL PRECEDENTE | 422 |
| 4. CUESTIONES EN MATERIA DE PRUEBAS | 433 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 436 |

PRESENTACIÓN

Jordi FERRER BELTRÁN
Carmen VÁZQUEZ

El proceso civil es un subsistema de la organización social, junto a la política, la economía, etcétera, al igual que lo es también la Administración de Justicia. Si uno concibe así el proceso, entonces se ve abocado a rechazar una imagen del derecho procesal como una técnica de los detalles organizativos del proceso. Y, claro está, estudiar entonces el derecho procesal ya no se puede hacer sin vincular el objeto de estudio a una concepción más amplia del derecho, sin tener presente la economía, la política, la historia o la sociología, entre otras ramas del saber.

Este es el punto de vista de Michele TARUFFO, que ha tenido un gran impacto en la forma en que ha conducido su investigación y ha desarrollado su obra. Las improntas históricas no solo son claras en obras netamente historiográficas, como *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi* (TARUFFO, 1980), sino especialmente en la forma de abordar y contextualizar cualquier problema o concepto¹. El interés por conocer y presentar otros modos de regular el proceso no solo está presente en obras como *American Civil Procedure: An Introduction* (HAZARD y TARUFFO, 1993) o *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana* (TARUFFO, 1979), sino en una perspectiva comparatista que a veces se trasluce expresamente en sus textos (como en TARUFFO, 2008) y otras está en el trasfondo cultural de un análisis que no se ancla en la contingente realidad jurídica de un país o una familia de sistemas jurídicos.

¹ Véase, por ejemplo, TARUFFO, 2009: cap. 1, dedicado a la evolución de la prueba desde las ordalías.

La atención por la teoría general del derecho se observa tanto en trabajos que claramente pueden ser incardinados en esa disciplina, como «Dimensioni del precedente giudiziario» (TARUFFO, 1994), como en una perspectiva que recorre toda su obra: la pretensión de hacer una teoría general de los fenómenos jurídicos en estudio, sean el precedente, la prueba o la motivación de las resoluciones judiciales, por citar solo algunos.

Michele TARUFFO es, en definitiva, un jurista muy particular, que ha huido desde muy joven de las estrecheces de una concreta disciplina, en su caso el derecho procesal civil. Puede decirse que su obra se sitúa a contracorriente en las facultades de derecho de los países de tradición romano-germánica y, en especial, en las de los países latinos. En nuestras facultades vivimos una progresiva especialización seguramente mal entendida, que no solo hace que los investigadores concentren su atención en unos pocos temas (cosa que no es criticable en sí misma), sino que los aborden solo desde la dimensión propia de su área de conocimiento (como si fueran cuestiones únicamente de técnica procesal, penal, comercial o constitucional), ignorando que los fenómenos sociales, como el derecho, son complejos y no se pueden reducir a un análisis de perspectiva única; con la consecuencia final de que las áreas de conocimiento se convierten en compartimentos estancos que atribuyen «propietarios» a los temas de investigación.

TARUFFO se propone romper esas fronteras escribiendo, por ejemplo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile* (TARUFFO, 2002), de título ya muy significativo; pero lo hace también, por ejemplo, cuando aborda el fenómeno probatorio con pretensiones de teoría general, transitando aspectos históricos, iusfilosóficos y procesales, entre otros. Este es un aspecto crucial de su obra que debería sin duda trascender.

Todo ello ha situado a nuestro autor como una de las referencias intelectuales en el ámbito jurídico de finales del siglo XX y principios del XXI. Esta es la razón por la que las universidades de Brescia, Génova, Girona, Pavía y Urbino unimos esfuerzos para hacer en Girona en enero de 2015 un congreso en su homenaje. Quisimos huir, sin embargo, de los típicos congresos de esa estirpe, consistentes en una larga retahíla de discursos laudatorios con un regusto a despedida y dar el mejor homenaje intelectual que se puede hacer: debatir y discutir seriamente las ideas. Algunos de los más grandes especialistas internacionales en los temas de investigación «taruffianos» se reunieron con ese objetivo en Girona, junto con jóvenes investigadores cuyos trabajos fueron seleccionados en un riguroso proceso de «doble ciego».

Este libro es el resultado de esos debates. Hemos agrupado los textos en tres grandes temas: el derecho comparado, el precedente y el proceso judicial y la prueba. En esas áreas se inscriben las ideas de TARUFFO que los ponentes eligieron debatir. Sin embargo, muchos de los trabajos podrían situarse en un área temática distinta de la que figuran: un trabajo sobre el precedente, por

ejemplo, versa también, obviamente, sobre el proceso judicial y puede adoptar una perspectiva comparatista. En todo caso, esta no es más que un modo de hacer de TARUFFO: ¡romper fronteras!

BIBLIOGRAFÍA

- HAZARD, G., y TARUFFO, M. (1993): *American Civil Procedure: An Introduction*, New Haven: Yale University Press.
- TARUFFO, M. (1979): *Il proceso civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova: CEDAM.
- 1980: *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna: Il Mulino.
- 1994: «Dimensioni del precedente giudiziario», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XLVIII-2.
- 2002: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino.
- 2008: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- 2009: *La semplice verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza.

I

CUESTIONES DE DERECHO COMPARADO

LOS PELIGROS DE LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO COMPARADO

Ronald J. ALLEN *

Resumen: Este artículo es parte de un *festschrift* en honor a la notable carrera de Michele TARUFFO y a su sorprendente erudición reflejada en su amplia y significativa obra. Adelanto desde este momento una crítica: él también ha aceptado fácilmente como cierta la persistente retórica de que el sistema adversarial estadounidense no persigue la precisión en la litigación y que es dominado por un modelo deportivo en donde gana el más fuerte e inteligente, sin importar la verdad de lo que este afirma, y que los sistemas jurídicos continentales están mucho más orientados hacia la determinación de la verdad. Al analizar esta retórica veremos que se encuentra fundada en llamativas caracterizaciones erróneas sobre ambas concepciones sobre el litigio. Por ello, el objetivo de este trabajo es proveer de una descripción más acertada, aunque bastante general, de ambas concepciones, que sugiere que la retórica lo ha entendido al revés; presentando información sugerente acerca del sistema jurídico estadounidense y los sistemas continentales que entra en conflicto directo con la retórica. Además, la predicción obvia es que un sistema jurídico más preciso y eficiente debería generar crecimiento económico e innovación. Se presenta pues cierta información sugerente que muestra que desde 1980 los Estados Unidos dominaron a Francia, Alemania, España e Italia en ambos aspectos, tendiendo a disconfirmar la efectividad comparativa de los sistemas jurídicos europeos. El título «Los peligros de la investigación en derecho comparado» se debe a las variables complejas a las que aludiré en todo el trabajo.

* John Henry Wigmore, Professor of Law, Northwestern University. Traducción de Gonzalo Seijas.

Agradezco a Jordi FERRER y a los organizadores de este congreso por su invitación. Si mis comentarios son menos coherentes y convincentes de lo habitual, tengo una justificación. Para llegar a Girona, tuve que volar desde Haikou, provincia de Hainan, China, anteaer. No puedo decir sinceramente que ha sido un placer hacerlo, pero sí que fue un honor haber tenido la oportunidad de ello. Hay muy pocas circunstancias que me hubieran impedido venir a rendirle homenaje a un viejo amigo a quien admiro profundamente. Lo admiro por muchas razones. Admiro su calidez y su amabilidad y me considero afortunado de ser su amigo. Admiro su intelecto, una navaja afilada y punzante. Admiro su laboriosidad. En realidad, estoy sorprendido por su laboriosidad: publica libros tan seguido que es difícil saber exactamente cuántos, por no hablar del constante flujo de artículos que produce. Y, como su amigo, me complace enormemente que haya recibido el debido reconocimiento a su prodigiosa y perspicaz erudición. Recientemente tuvimos un congreso en la Northwestern University acerca de los fundamentos de la prueba en el derecho y sus implicaciones para los países en desarrollo. Un poco desvergonzadamente, publicitamos el congreso anunciando que participarían en él el grupo de académicos especialistas en derecho probatorio del mundo más impresionante jamás congregado, incluidos los académicos más importantes de seis de los siete continentes. Por supuesto, no era tan difícil reunir un grupo tan impresionante, al invitar a Michele a la conferencia teníamos a uno de los académicos más destacados de al menos tres continentes por sí solo, y, hasta donde sé, probablemente tiene el mismo estatus en Australia, África y Asia del que tiene en Europa, Latinoamérica y Estados Unidos.

Con todo el respeto a aquellos de nosotros que hemos envejecido un poco con el transcurso del tiempo, algunas veces en el campo de la academia jurídica la longevidad es confundida con la importancia académica. Yo sé que es un secreto que no debería develar en lo que seguramente será un mundo incrédulo, pero algunas veces la gente es invitada a conferencias o algunos otros eventos no porque tenga algo interesante o útil que decir sino porque son amigos de los organizadores. Sí, sé que es chocante, pero no deja de ser verdad. Habiendo sido invitado a muchas conferencias, puedo atestiguar que esta es la única explicación posible. Y, pensando al respecto, ello podría explicar por qué Michele ha sido tan buscado para participar en conferencias de todo el mundo: su calidez y su amabilidad son contagiosas. Sin embargo, para introducir un tema al que volveré más adelante, debemos ser mejores empiristas que eso y no confundir correlación con causalidad. El motivo real por el que es conocido y tan buscado como disertante es precisamente la calidad de su trabajo. Cuando estaba preparando este comentario, me di cuenta de que mi presentación estaba prevista al final de los dos días del evento y asumí que los disertantes anteriores habrían tratado muchos de los múltiples aspectos de la obra de Michele. Por tanto, decidí limitar mi alabanza a dos aspectos de su obra que conozco personalmente y que demuestran todas sus fortalezas intelectuales.

El primer aspecto es su cuidadosa y meticulosa deconstrucción del trabajo de Kevin M. CLERMONT y Emily SHERWIN, quienes pensaron que habían descubierto:

una llamativa divergencia entre los estándares de prueba empleados en casos civiles utilizados en países del *common law* y en países del *civil law*. En Inglaterra y en los Estados Unidos, el estándar de prueba es probabilístico: las demandas civiles generalmente deben probarse por preponderancia de las pruebas. En los países del *civil law* tienen un estándar que a nosotros nos parece raro: un demandante civil debe convencer al juez de los hechos de que sus aseveraciones son verdaderas¹.

Michele primero aclaró la cuestión al remarcar ciertos errores analíticos, pero luego se ocupó del argumento principal, a saber, que los autores no habían entendido los sistemas jurídicos que ellos pensaban que estaban analizando². Este artículo demuestra sus agudas virtudes intelectuales —una mente analítica afiliada y ágil, unida a un conocimiento enciclopédico de los sistemas jurídicos europeos—. Demostró, sin lugar a dudas, que cuando uno no sabe de lo que habla es mejor permanecer callado. Esto presenta otra cuestión que retomaré más adelante: que los académicos que se dedican al derecho comparado suelen sufrir de una debilitante falta de conocimiento de uno u otro de los sistemas jurídicos que están comparando y —también esta será mi principal, de hecho mi única, crítica a Michele— algunas veces sus afirmaciones acerca del sistema jurídico estadounidense sobrepasan su información. Pero me estoy adelantando en mi historia, la siguiente parte es más acerca de la sorprendente profundidad y amplitud del conocimiento de Michele.

Durante más de una década he estado trabajando en la reforma del sistema jurídico de China y Tanzania. Ambos proyectos son complicados y abarcan la prueba y el procedimiento específicamente y el Estado de derecho de forma más general. Por una serie de razones interesantes, que es el tercer punto al que regresaré y con el que concluiré más adelante, ambos países han decidido que el derecho probatorio es el espacio para iniciar un cambio legislativo fundamental. Entre otras tareas que ha realizado nuestro equipo de investigación, como investigar la historia cultural, social y política y la antropología de estas sociedades, también ha sondeado sistemáticamente trabajos de estudiosos comparativistas del derecho probatorio. Así llegamos a un texto de Michele, que dudo que sea tan conocido, pero en ciertos aspectos debería ocupar un lugar de relevancia en su obra: el capítulo 7, sobre la prueba, del tomo XVI de la *Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado*. Uno normalmente no piensa en las voces de las enciclopedias como posibles competidores al premio a la «Excelencia Académica», pero esta voz no es nada menos que notable. Y solo para establecer mi *bona fides*, lo digo a pesar de que no me

¹ CLERMONT y SHERWIN, 2002.

² TARUFFO, 2003.

cita muy a menudo (aún las más grandes obras de arte tienen sus defectos). En todo caso, esto no es una «voz» de enciclopedia sino el tratamiento a lo largo de un libro (si fuera publicado como tal tendría mucho más de trescientas páginas) de dos temas: los fundamentos de la prueba (por ejemplo, la naturaleza de la verdad, el conocimiento y las implicaciones de los incentivos del sistema) como una increíblemente detallada y rica descripción del lugar que ocupan esas cuestiones en los sistemas procesales de varios países. Solo podría hacerle justicia repitiéndolo y ustedes se alegrarán de saber que no tengo intención de repetir trescientas páginas de análisis de la regulación probatoria en las democracias occidentales.

En vez de eso, hablaré de lo que sugiere el título de este artículo, volviendo sobre los tres puntos que antes dije que retomaría. En mi opinión el trabajo de Michele es posiblemente el mejor análisis comparativo en prueba y procedimiento, pero hay mucha más gente trabajando también en este ámbito. Colectivamente se ha creado un conjunto de conocimientos acerca de diferentes sistemas procesales, de nuevo especialmente en las democracias occidentales. Si todos ellos se limitasen a ofrecer generosas descripciones, mi charla estaría acercándose a su final; pero afortunadamente para mí (quizá no para usted), casi todos, más o menos incluyendo a Michele, invariablemente van más allá de las descripciones. Ello para, primero, especular acerca de la convergencia de varios sistemas, en particular de dos abstracciones conocidas como sistemas continentales y angloamericanos, también conocidos como sistemas inquisitivos o adversariales³; y, en segundo lugar, intentar comparar varios sistemas, lo que les lleva a hacer afirmaciones sobre cuál sistema hace qué.

Afortunadamente, y por esto digo que Michele más o menos hace estas dos cosas, hasta donde sé no le presta mucha atención a la convergencia. Quizás esto se debe a que tempranamente reconoció, como detalló tan bien Steve BURBANK en su contribución a esta conferencia⁴, la abrumadora complejidad de los diversos sistemas jurídicos disponibles y que «toda definición del rol del abogado en el proceso civil obtenida por vía de la mera deducción a partir de modelos abstractos, está equivocada»⁵. Sin embargo, ha quedado atrapado en la segunda de mis preocupaciones acerca del campo del derecho comparado, es decir, ha cedido a la tentación de acompañar las descripciones con comparaciones del tipo «este sistema es mejor haciendo esto y ese sistema es mejor haciendo eso otro», o «este sistema persigue este objetivo y ese sistema ese otro». Uno puede ver este fenómeno en su crítica a CLERMONT y SHERWIN, donde termina el artículo con una serie de objeciones retóricas a la afirmación de que el sistema jurídico estadounidense persigue la verdad eficazmente.

³ Hay algunas excepciones a la fascinación con la convergencia. BALAS, 2008.

⁴ BURBANK, 2015, notas 13 a 18.

⁵ *Ibid.*, nota 15.

Mi recomendación, humildemente ofrecida, es que los comparativistas abandonen este proceso completamente. Tienen mejores cosas que hacer con su tiempo, estoy seguro. ¿Por qué esta visión pesimista? La explicación es simple. Las comparaciones contrastivas útiles no pueden ser realizadas por profesores de derecho usando las herramientas analíticas estándar de su repertorio y puede ser una tarea muy compleja sin importar qué herramientas analíticas se utilicen. La prueba que presentaré sobre esta afirmación viene de dos fuentes diferentes. La primera son los esfuerzos de mi equipo de investigación para ser útil en la evolución de los sistemas jurídicos en marcha en China y Tanzania, y la segunda es observar el espectáculo que brindan los profesores de derecho (y otros) intentando hacer lo imposible.

Dispongo de poco tiempo por lo que solo brindaré una visión general de ambos puntos. En lo concerniente a Tanzania y China, mi equipo de investigación está de hecho asesorando a ambos países mientras ellos luchan a su manera con la reforma jurídica. Poco después de empezar nuestro trabajo en China hace más de una década, quedó claro por qué prácticamente toda las iniciativas de legislación, desarrollo y estado de derecho de instituciones como la ABA o el Banco Mundial y otras habían fracasado consistentemente⁶. El derecho y la sociedad que regula están inextricablemente entrelazados. Uno no puede siquiera saber qué significan las reglas probatorias o procedimentales, ni ciertamente qué significa un código al respecto, sin hacer precisamente lo que he descrito más arriba como investigar la historia cultural, social y política y la antropología de estas sociedades, lo que instituciones como la ABA y el Banco Mundial no se molestan en hacer. Luego, y solo luego, uno podría empezar a pensar acerca de comparar y contrastar sistemas jurídicos, pero eso a su vez debe ser hecho dentro de esa compleja matriz cultural.

Varios juristas, sin embargo, se adentran en este interactivo y dinámico matorral aparentemente seguros de su creencia de que el análisis triunfa sobre todo, leen algunos textos y después hacen declaraciones globales, siendo mi favorita la de que sobre todo en los casos civiles el sistema angloamericano no está en absoluto preocupado por la verdad, mientras que esa es la meta dominante de los sistemas continentales. Estas afirmaciones vienen de las más «destacadas» fuentes como John LANGBEIN, quien ha pregonado la Ventaja Alemana de la litigación civil⁷, y Mirjan DAMAŠKA, quien consecuentemente nos informa de la naturaleza contraepistémica del sistema adversarial*, enfa-

⁶ Véase en general CAROTHERS, 2006.

⁷ LANGBEIN, 1985. El artículo de LANGBEIN estaba lleno de errores analíticos y descuidos empíricos. ALLEN, KOCK, RIECHENBERG y ROSEN, 1988. Sus notorias insuficiencias pueden observarse al comparar LANGBEIN, 1988, con ALLEN, 1988.

* *N. del T.*: El autor hace referencia a la idea de DAMAŠKA sobre «*the truth defeating nature of the adversary system*». «*Truth defeating*» denota a aquello que va en contra o que perjudica de alguna manera a la averiguación de la verdad. Dado que en nuestros sistemas, teóricos como el propio Michele TARUFFO o Marina GASCÓN distinguen entre reglas epistemológicas, contraepistemológicas y epistemológicamente neutrales precisamente en función de si sirven a la averiguación de la verdad o no, entonces