



## Debatiendo con Taruffo

Este libro es una compilación de los trabajos que se presentaron en el Congreso Homenaje a Michele Taruffo los días 23 y 24 de enero de 2015 en Girona, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Los artículos están organizados en tres apartados que describen las principales líneas temáticas de nuestro homenajeado: derecho comparado, precedentes y prueba. El lector encontrará en cada uno de los trabajos un análisis crítico de las principales ideas sostenidas por Michele Taruffo en sus obras y también la respuesta de este a las distintas observaciones presentadas a debate.

Jordi Ferrer Beltrán

Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España) y director de la Cátedra de Cultura Jurídica de esa misma universidad. Ha publicado anteriormente *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (2000), *Prueba y verdad en el derecho* (2002), *La valoración racional de la prueba* (2007), *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (en coautoría con Jorge Rodríguez, 2011) y *Motivación y racionalidad de la prueba* (2016). Ha coeditado la serie de tres volúmenes *Law, Politics, and Morality: European Perspectives* (2003, 2006 y 2007), *La laicidad desde el Derecho* (2010), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Legal Defeasibility* (2011), *El realismo jurídico genovés* (2011) y *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (2015). También ha publicado un buen número de artículos en revistas como *Rechtstheorie, Associations, Analisi e diritto, Ragion Pratica, Legal Theory, Law and Philosophy, Teoría Política e Isonomía*, entre otras.

Carmen Vázquez

Maestra en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y doctora en derecho por la Universidad de Girona, actualmente es profesora en el área de filosofía del derecho e investigadora de la Cátedra de Cultura Jurídica de esta última universidad. Ha dedicado su investigación fundamentalmente a los problemas epistemológicos de la actividad probatoria en el proceso judicial, tanto en sistemas de derecho romano-germánico como del *common law*. Ha publicado diversos artículos en revistas internacionales y participado en múltiples foros también de carácter internacional. Ha realizado estancias de investigación en el Institute Vienna Circle, en la University of Miami, en el Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) y en la Northwestern University. En esta misma colección ha publicado *De la prueba científica a la prueba pericial. Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica y la cotraducción de verdad, error y proceso penal* de Larry Laudan.

ISBN: 978-84-9123-044-1



9 788491 230441



## Debatiendo con Taruffo

Jordi Ferrer Beltrán  
Carmen Vázquez  
(coeds.)

JORDI FERRER BELTRÁN  
CARMEN VÁZQUEZ  
(Coeditores)



## DEBATIENDO CON TARUFFO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2016

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico *manuscritos@filosofiyderecho.es*. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web *www.filosofiyderecho.es*.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez (coeditores)  
© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ (91) 304 33 03  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)  
ISBN: 978-84-9123-044-1  
Depósito legal: M. 25.965-2016  
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico  
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.  
Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.  
C/ Antonio Gaudí, 15  
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)  
MADRID, 2016

## ÍNDICE

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

### I

#### CUESTIONES DE DERECHO COMPARADO

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

	Pág.
<b>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 .....</b>	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 EFFECTIVIDAD 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
<b>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 ...</b>	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 IMPÉRFECTA: 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

	Pág.
<b>EL PRECEDENTE INTERPRETATIVO COMO RESPUESTA A LA TRANSFORMACIÓN DEL <i>CIVIL LAW</i>: LA CONTRIBUCIÓN DE TARUFFO, Luiz Guilherme Marinoni .....</b>	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.
<b>EL USO DEL PRECEDENTE EN EL DIÁLOGO ENTRE CORTES NACIONALES Y TRANSNACIONALES, Eduardo Oteiza</b> .....	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
<b>EL GEN IUSREALISTA DE MICHELE TARUFFO: LA TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL, Jordi Ferrer Beltrán</b> .....	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
<b>COHERENCIA Y PROGRESIVIDAD EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE, Sandra Gómora Juárez</b> .....	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
<b>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</b> .....	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
 <b>III</b> <b>EL PROCESO JUDICIAL Y LA PRUEBA</b>	
<b>PROCESO Y PRAGMATISMO, Stephen B. Burbank</b> .....	255
BIBLIOGRAFÍA.....	270
<b>LA PRUEBA JUDICIAL COMO CONOCIMIENTO: UNA CARACTERIZACIÓN POCO PERSUASIVA, Diego Dei Vecchi</b> .....	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
<b>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</b> .....	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
<b>LA JUSTICIA, LA VERDAD Y LA PRUEBA: NO TAN SIMPLE, DESPUÉS DE TODO, Susan Haack</b> .....	311
1. EN TEORÍA.....	312
2. EN LA PRÁCTICA .....	323
BIBLIOGRAFÍA.....	336
<b>POR QUÉ LAS REGLAS PROCESALES ASIMÉTRICAS HACEN IMPOSIBLE CALCULAR UN ESTÁNDAR DE PRUEBA RACIONALMENTE JUSTIFICADO, Larry Laudan</b> .....	341
BIBLIOGRAFÍA.....	352
<b>MICHELE TARUFFO Y LAS REFORMAS DEL PROCESO CIVIL, Andrea Giussani</b> .....	353
BIBLIOGRAFÍA.....	357
<b>PRESUNCIONES EN EL DERECHO CONTINENTAL Y EN EL COMMON LAW. UN ANÁLISIS COMPARADO, Raymundo Gama</b> .....	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.
<b>SOBRE LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LAS PRUEBAS NEUROCIENTÍFICAS (A propósito de «Proceso y neurociencia. Aspectos generales», de M. Taruffo), Daniel González Lagier .....</b>	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
<b>COMENTARIOS, Michele Taruffo .....</b>	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 concepto<sup>1</sup>. 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.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, TARUFFO, 2009: cap. 1, dedicado a la evolución de la prueba desde las oraldas.

**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  
Francesca SCAMARDELLA\*

1. EL MODELO EPISTÉMICO DE MICHELE TARUFFO: RASGOS

Uno de los mayores méritos de Michele TARUFFO es, ciertamente, haber sabido conjugar en sus estudios sobre el proceso la lógica procesal con las exigencias provenientes de otras disciplinas como la epistemología y la semiótica. En el surco de la investigación procesal clásica, centrada en la apli-

---

\* Universidad de Neuchâtel y Università di Napoli Federico II. Traducción de Maximiliano Aramburo.

Agradecemos a los organizadores del congreso *Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo* que se desarrolló el 24 de enero de 2015 ante la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona (España), por haber imaginado una oportunidad de encuentro interesante y amigable, dedicada al profesor Michele TARUFFO y a las temáticas interdisciplinarias de las que él se ha ocupado, entre ellas el tema de la «construcción de los hechos en el proceso». Agradecemos al profesor TARUFFO por la proximidad científica y humana, en las ocasiones de intercambio que se han sucedido a través de los años tanto en Nápoles como en Nueva York y, no menos importante, en Girona. Aunque el trabajo debe considerarse expresión de una investigación conjunta de las dos autoras, los §§ 1 y 3 deben ser atribuidos a Flora DI DONATO y los §§ 2, 2.1 y 2.2 a Francesca SCAMARDELLA.



cación de reglas lógico-formales, TARUFFO explora otros factores, a menudo latentes, que influyen en el proceso decisorio: el contexto de la decisión, el papel de las partes, la decisión como «conjunto coherente de enunciados fácticos» construida a partir de cadenas lógico-inferenciales, que se abre también a una dimensión hermenéutica, además de abrirse al sentido común y a la cultura, entendida no solo como técnica sino también como ideología y, por tanto, como valores compartidos por una comunidad práctica (TARUFFO, 2009a, 2013).

Alguna de estas dimensiones que caracterizan el proceso son «sintetizadas» por TARUFFO en un modelo que el autor define como epistémico. ¿Por qué epistémico? Epistémico porque tal característica identifica como fin del proceso el descubrimiento de la verdad: «El proceso puede ser considerado como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia»<sup>1</sup> (TARUFFO, 2009b: 155). La determinación de la verdad de los hechos, en efecto, es considerada por TARUFFO como función de la legalidad de la decisión judicial: ninguna decisión es justa si está fundada en hechos «equivocados» o «falsos», además de estar fundada en una no correcta interpretación y aplicación de la norma o normas invocadas para la decisión. De allí se deduce que la determinación de la verdad no es un fin meramente posible o eventual del proceso, sino necesario (TARUFFO, 2009b; DI DONATO, 2010: 192).

Sin embargo, el aspecto que parece interesante analizar es cómo TARUFFO asegura tal finalidad, vale decir, el descubrimiento de la «verdad», en el proceso. El método desarrollado por el autor es de tipo *analítico*, porque se refiere sobre todo «a las reglas sobre la formación de la prueba y su valoración» (TARUFFO, 2009b: 139; *N. del T.*: p. 160 de la edición en español) y comprende la distinción entre pruebas *típicas* y pruebas *atípicas*, además de la relevancia de los resultados probatorios mismos, con base en criterios de *comprehensiveness* y *completeness*. La verdad puede determinarse suministrando justificaciones válidas (y verídicas) a los enunciados y a las aserciones que las partes avanzan en el proceso: «La verdad de un enunciado corresponde a su *warranted assertability*, es decir, a la existencia de justificaciones válidas para considerar que un enunciado es verdadero» (TARUFFO, 2009b: 79; *N. del T.*: pp. 95-96 de la edición en español). El grado de confirmación probatoria que un enunciado recibe está regulado por el criterio de la *preponderance of evidence*, según el cual el juez debe elegir la hipótesis fáctica que ha recibido el mayor soporte probatorio (con respecto a las demás aserciones fácticas). Un segundo criterio es el de la «probabilidad prevalente», «según el cual una hipótesis fáctica debe preferirse si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis, y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria»

<sup>1</sup> De manera análoga, WILLIAMS habla del proceso como de un procedimiento de *truth-acquiring* y GOLDMAN como de un procedimiento *veritistic* (TARUFFO, 2009b: 155).

(TARUFFO, 2009b: 222; *N. del T.*: p. 250 de la edición en español). La verdad probatoria de los enunciados fácticos pueden entonces resumirse en un esquema lógico del tipo  $W = E H$ , donde  $W^2 = \text{warrant}$ ;  $E =$  pruebas disponibles;  $H =$  hipótesis en cuestión (TARUFFO, 2009b: 208 y ss.; *N. del T.*: p. 235 de la edición en español). Los enunciados que han recibido una confirmación probatoria mayor podrán confluír de esta manera en la decisión del juez que TARUFFO define como una «narración (que se compone) de un conjunto ordenado —en el sentido señalado más arriba— de enunciados fácticos, cada uno de los cuales ha obtenido de las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, una confirmación probatoria suficientemente fuerte» (TARUFFO, 2009b: 225; *N. del T.*: p. 253 de la edición en español). Desde un punto de vista diferente, la circunstancia de que un aserción fáctica pueda acceder a la decisión solo si ha recibido una confirmación probatoria según los criterios recién indicados, permite considerar que la decisión es también *justificable*. En efecto, no es suficiente —para considerar una decisión justificada— que el juez formule simplemente los enunciados relativos a los hechos principales de la controversia. Estos enunciados deben estar justificados: «Deben explicitarse, pues, las razones por las que es racional considerar que son verdaderos» (TARUFFO, 2009b: 269).

En definitiva:

La justificación de la decisión sobre los hechos —que debe fundarse exclusivamente en la referencia a las pruebas que se han adquirido para el proceso— asume entonces una estructura necesariamente inferencial: toda afirmación relativa a la verdad de un enunciado fáctico debe estar justificada sobre la base de la inferencia que tienen a la prueba como premisa y llega a la conclusión constituida por la verdad del enunciado fáctico al que la prueba se refiere. Entonces, cuando habla de los hechos de la causa, el juez no se limita a narrar cualquier *historia*: la historia que (el juez) narra presenta una clara dimensión epistémica en tanto incluye tanto la afirmación de la verdad sobre los hechos de los que habla, como la confirmación probatoria de esta afirmación, mediante la referencia a los datos cognoscitivos que la justifican (TARUFFO, 2013: 32-33).

## 2. EL MODELO EPISTÉMICO FRENTE A LOS ENFOQUES HERMENÉUTICO Y RETÓRICO-PERSUASIVO

Nuestra propuesta de hacer dialogar al modelo *epistémico* de TARUFFO con otros modelos nace de una pregunta de base: ¿Puede el modelo epistémico considerarse autosuficiente para un análisis del proceso, o por el contrario

<sup>2</sup> Definimos como *externos* a aquellos factores indicados en la hipótesis inicial de este escrito, en tanto no reducibles a factores formales y generalmente considerados *internos* al proceso (objetividad de las pruebas, libre valoración por el juez, etc.).

puede imaginarse su apertura a la consideración de factores externos al proceso y que incluso incidan sobre su desarrollo y sobre la decisión final?

Parece que algunas dificultades le resultan conocidas también a TARUFFO (2009b: 136 y ss.), quien es bien consciente, por ejemplo, de algunas dimensiones valorativas del proceso, que tienen que ver con las llamadas «elecciones ideológicas» del juez<sup>3</sup>. Sin embargo, es justamente al juez a quien el autor, al final, confía el rol de garante de la función epistémica del proceso, consciente de que las partes podrían no estar interesadas en el descubrimiento de la verdad «la figura del juez activo en la búsqueda de la verdad de los hechos, y por ello dotado de poderes de instrucción autónomos, hace parte del modelo procesal que aparece ampliamente dominante en la cultura procesal de *civil law*» (TARUFFO, 2009a: 76). TARUFFO, en efecto, es consciente de que en algunos casos y según el tipo de sistema, el descubrimiento de la verdad podría no ser la finalidad del proceso, sino que se ubica en el trasfondo de las actividades de las partes<sup>4</sup>.

Para corregir esos límites TARUFFO recurre, de un lado, al constructivismo narrativista, reconociéndole su utilidad en la reconducción de los hechos no a un modelo descriptivo *tout court*, sino más bien a los papeles que juegan las partes en el proceso —como el de abogado y de testigo— y a las dimensiones narrativa y constitutiva de las cuales se valen (TARUFFO, 2009b). Del otro lado, se refiere a algunos aspectos de la epistemología de Susan HAACK, tanto cuando imagina el proceso como un conjunto estructurado de actividades dirigidas a conseguir el conocimiento verdadero de los hechos relevantes, como cuando asume los criterios de *comprehensiveness* y de *completeness* como fundamento del método para valorar las pruebas, y cuando, finalmente, hace referencia a las interferencias de las opciones ideológicas y del poder del juez para poder utilizar todas las posibilidades de las cuales dispone para determinar la verdad.

A pesar de tales «correctivos» y a pesar de que TARUFFO reconoce que el proceso no es solo técnica, y que «un modelo procesal nace de la combinación de opciones ideológicas (o bien de valores dominantes en un determinado contexto socio-político) y de instrumentaciones técnicas» (TARUFFO, 2009a: 71), el modelo que él propone parece situarse sobre una dimensión esencialmente teórica e «ideal» que se vincula al proceso como «debería ser», más que al proceso «tal como es».

<sup>3</sup> Las «opciones ideológicas» remiten a la noción de «verdad y proceso justo»: el concepto de «decisión justa», en efecto, no se refiere únicamente a la corrección del procedimiento a través del cual se han determinado los hechos de la causa, sino que implica también que la decisión sea el resultado de un proceso justo y que las normas que se emplean como fundamento de la decisión hayan sido correctamente interpretadas y aplicadas (TARUFFO, 2009b: 117 y ss.). En otro lugar ha escrito TARUFFO: «Modelo procesal nace de la combinación de opciones ideológicas (o bien de valores dominantes en un determinado contexto socio-político) y de instrumentaciones técnicas» (TARUFFO, 2009a: 71).

<sup>4</sup> Para un enfoque epistemológico del proceso que tenga en cuenta también el papel de la verdad, permítansenos remitir a DI DONATO y SCAMARDELLA, 2013.

Sobre la base de esta premisa, queremos entonces intentar, de un lado, reivindicar la reconsideración de un mayor papel para la dimensión hermenéutica del proceso (apdo. 2.1) y subrayar la importancia de una dimensión retórico-persuasiva que TARUFFO excluye voluntariamente de su modelo<sup>5</sup> (apdo. 2.2). Los esfuerzos que estas dos dimensiones ofrecen con respecto a nuevas aplicaciones del modelo epistémico, que tengan en cuenta tanto aspectos dialógicos (modelo hermenéutico) como pragmáticos (modelo retórico-persuasivo) nos permitirán, de hecho, experimentar la validez de un modelo epistemológico que denominamos contextual, por las razones que explicaremos brevemente (apdo. 3).

## 2.1. La dimensión hermenéutica

Con respecto a la dimensión hermenéutica, TARUFFO (2013: 33 y ss.) afirma que la actividad decisoria consiste, entre otras cosas, en una elección interpretativa que el juez lleva a cabo al identificar la norma que considera aplicable al caso concreto. El carácter *hermenéutico* —entendido como elección interpretativa de los significados normativos— contribuye a instituir, al lado de la lógica, la dimensión jurídica de la decisión, «en la medida en que se centra en la elección y en la interpretación de la norma que regula el caso» (TARUFFO, 2013: 33). De otro lado, la dimensión hermenéutica se revela necesaria para la formulación de la decisión y para la estructura del discurso desarrollado por el juez en la motivación de la sentencia (TARUFFO, 2013: 33). En cuanto al primer aspecto, queremos detenernos en la función de la hermenéutica en la elección interpretativa de los significados normativos y sostener que esta función parecería de alguna manera quedar subordinada a la dimensión lógica y a las exigencias lógico-formales cuya observancia debe asegurar la decisión. En efecto, a partir de la dimensión hermenéutica, el juez *descubriría* la solución jurídica correcta con referencia a los hechos procesales y articularía esta solución en una estructura (decisional) coherente y racional.

Si intentamos recuperar el significado originario de la hermenéutica, no podemos menos que remontarnos a la *fusión de horizontes* intuida por GADAMER (1960) como el encuentro entre texto e intérprete (hecho y juez, en nuestro caso). Tal encuentro, dirigido a la comprensión dialógica, debería realizarse superando la distancia histórica entre tiempo presente (en el que el juez debe conocer los hechos para poderlos valorar) y el tiempo pasado en el que los hechos ya han ocurrido. En otros términos, a través de la dimensión hermenéutica la verdad debería descubrirse haciendo revivir los hechos en el

<sup>5</sup> Sobre tal aspecto, hemos tenido ocasión de discutir con el profesor TARUFFO en el marco de un seminario desarrollado en Nápoles, en 2012, con ocasión de la presentación de la traducción del libro de Manuel ATIENZA, *El derecho como argumentación*.

presente, liberándolos del distanciamiento en el que se encuentran. Para decirlo con GADAMER: «Lo transmitido en forma literaria es así recuperado, desde el extrañamiento en el que se encontraba, al presente vivo del diálogo cuya realización originaria es siempre preguntar y responder» (1960: 425).

La dimensión hermenéutica no se referiría así al «simple» momento de elección interpretativa de la norma-criterio con la cual decidir el caso, sino que expandiría esta elección, situando la decisión al interior de una comunidad práctica que debe aceptar dicha decisión.

En otras palabras, la dimensión hermenéutica permite representar una decisión no solo como un conjunto de enunciados coherentes que se conectan a través de un proceso inferencial, sino como un *unum* que permite a la decisión cobrar sentido dentro de una comunidad práctica que comparte un *ethos* común y un núcleo de valores socio-culturales y jurídicos. La dimensión hermenéutica tiene por fondo la *precomprensión*, una actividad que asume la forma de un diálogo, de una dialéctica fundada en la «pregunta-respuesta» en la que se inscribe la comparación entre horizontes diversos (GADAMER, 1977). Sobre este fondo se inserta la elección interpretativa de la norma, que apunta a alcanzar una decisión —facilitada, justamente, por la norma—, que aproxima los horizontes diferentes y, por tanto, hace posible su encuentro de manera coherente con las prácticas sociales consolidadas por la comunidad en la que se produce la decisión. Dado que el momento de la elección interpretativa, a la que también se refiere TARUFFO (2013), está precedida de un preorientamiento que tiende a conferir significado y sentido a las prácticas sociales de una comunidad, la decisión final solo podrá ser comprendida y aceptada por la comunidad misma (ZACCARIA, 2012: 1166). La validez de la decisión, en consecuencia, no resultará confiada únicamente a la observación de reglas formales que disciplinan el desarrollo del proceso y la formación de la decisión sino a una actividad de mediación (diacrónica y sincrónica) entre sujeto jurídico interpretante, norma jurídica, hecho jurídico y sujeto jurídico destinatario de los efectos de la decisión (del sujeto interpretante) en cuyo tejido social, el telón de fondo es el horizonte de valores compartidos.

Tal aspecto nos conduce a la segunda parte de nuestra reflexión sobre la utilidad de una referencia a una dimensión retórico-persuasiva para la descripción de un modelo decisorio de tipo epistemológico-contextual (ATIENZA, 2012).

## 2.2. La dimensión retórico-persuasiva

Como ya se ha señalado, TARUFFO excluye la posibilidad de que tal dimensión pueda encontrar espacio dentro del proceso:

[la razón de esta exclusión —*declara el autor*— es que algunos aspectos retóricos pueden estar presentes en la narración del juez, pero [...] estos aspectos no son esenciales y ni siquiera particularmente relevantes (TARUFFO, 2013: 40).

La cuestión, entonces, es la siguiente: *¿es ineliminable la dimensión persuasiva como parte integrante del proceso decisorio?*

Ante todo, *¿qué se entiende por dimensión retórico-persuasiva?*

PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, autores del tratado sobre la *nouvelle rhétorique*, afirman que «el objetivo de toda argumentación [...] es provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento: una argumentación eficaz es la que consigue aumentar esta intensidad de adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (acción positiva o abstención), o, al menos, que cree, en ellos, una predisposición que se manifestará en el momento oportuno» (PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, 1966: 48; p. 91 de la edición en español).

Según esta perspectiva, que ciertamente tiene su punto de partida en los estudios clásicos (aristotélicos y ciceronianos, por ejemplo), la dimensión retórico-persuasiva de una argumentación presentaría un carácter casi *manipulativo* que, apelando a la irracionalidad del interlocutor, más que su racionalidad, estaría en capacidad de inducir una tercera vía en la formación de la convicción sobre los fundamentos de dicha argumentación (LA TORRE, 2008; SCAMARDELLA, *forthcoming*).

En su modelo epistemológico, Susan HAACK remite en cambio la dimensión *persuasiva* a la eficacia de las pruebas, haciendo énfasis en la llamada *burden of proof*, o carga probatoria, que impone a la parte probar las propias afirmaciones y el grado de persuasividad que deben tener<sup>6</sup>.

Según nuestro razonamiento, ambos tipos de persuasividad no son suficientes para un modelo epistemológico que quiera conjugar la lógica con el contexto real del proceso. Desde nuestro punto de vista, en efecto, la dimensión persuasiva no se refiere ni a un momento irracional/manipulativo que tiene por finalidad obtener la adhesión del interlocutor a las tesis del hablante, ni a la capacidad persuasiva de las pruebas, sino más bien a su *aceptabilidad* por parte de los destinatarios de la decisión y del más amplio contexto social y cultural. La sentencia del juez, en tanto puente entre la generalidad de la regla y la especificidad del caso concreto, desarrolla una función regulativa —no solo al interior del proceso sino también al exterior— en la medida en la que se hace persuasiva y, por tanto, compartida dentro de una colectividad dada (DI DONATO, 2014a).

<sup>6</sup> La dimensión retórico-persuasiva encontraría espacio en el modelo de HAACK, en la convicción que la parte debe suscitar en el juez, llevándolo a considerar como válidas y fundadas, en tanto verdaderas, las hipótesis narrativas y las pruebas suministradas para respaldarlas.

La aceptabilidad de la decisión, entendida como legitimación social o cultural, actuaría como un enlace entre la estructura lógica que regula la formación, la verificación y la corrección de los enunciados fácticos y de las pruebas y «el contexto del proceso» que se desviste de su carácter meramente lógico para referirse a elementos valorativos, culturales y de otro tipo. El juez debe *persuadirse*, de la manera indicada por HAACK, acerca de la verdad de los hechos afirmados y de las pruebas suministradas pero, al mismo tiempo, debe también persuadir a una comunidad práctica (partes, abogados, y también a una comunidad social en sentido lato) de que aquella decisión sea realmente la mejor para resolver el problema (ABIGNENTE, 2013).

Como sugiere ATIENZA: «Las premisas y las conclusiones en la concepción pragmática de la argumentación no son enunciados no interpretados ni enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados *aceptados*» (ATIENZA, 2012: 89; 92, de la versión original en español).

En definitiva, a la par de la dimensión hermenéutica, también la retórico-persuasiva tendría la función de *expandir* la validez de la decisión, situando su legitimación en la aceptabilidad práctica de las tesis presentadas (SCAMARDELLA, *forthcoming*).

### 3. POR UN MODELO EPISTEMOLÓGICO-CONTEXTUAL: EXPANSIONES

Los estudios sobre el proceso, a menudo se limitan a opciones de carácter formal, al análisis de esquemas lógicos y de prácticas interpretativas y argumentativas, olvidando el tejido humano, el espacio (entendido como lo que está dentro y fuera del proceso) denso de significados y las acciones de los protagonistas que construyen la realidad, al narrar sus verdades<sup>7</sup>.

De manera similar, una aproximación puramente epistémica tendría el riesgo de no conceder el espacio de reconocimiento a estas dimensiones, que incluso llegan a condicionar el funcionamiento del proceso e inciden sobre la decisión final. De allí que también, a la luz de las consideraciones desarrolla-

<sup>7</sup> La teoría de la interpretación y de la argumentación, que habíamos definido como «meritoria» por la atención que dirige al papel y a la función del juez, a partir de los años ochenta y comienzos de los noventa del siglo pasado, aun aproximándose a la práctica jurídica como práctica social, no logra aprehender el aspecto propiamente «humano» de los agentes procesales. Sobre el punto, véanse los estudios de MACCORMICK (2011). En Italia, además, entre los trabajos más recientes, véanse los siguientes: GUASTINI (2011), PINO (2010). Para una valoración comprehensiva de la práctica argumentativa, véase ABIGNENTE (2013). Se trata de modelos que, aun manifestando su atención a los derechos (PINO, 2010), a una dimensión pragmática (ATIENZA, 2012) o práctica de la argumentación y del razonamiento del juez (MACCORMICK, 2011), de manera general no tienen en cuenta el actuar y las narraciones de los agentes procesales y cómo estas prácticas se reflejan luego sobre el juez y sobre los itinerarios argumentativos y decisivos que él sigue.

das en los párrafos precedentes sobre la conveniencia de hacer dialogar el modelo epistémico con una dimensión hermenéutica y una retórico-persuasiva, nuestra propuesta va en el sentido de conjugar el enfoque epistémico con el epistemológico, de una parte, y con el cultural-contextual, de la otra.

En ese sentido, utilizamos como punto de partida el modelo epistemológico delineado por Susan HAACK (1998, 2001, 2007). Para aclarar de manera preliminar las razones de esta elección, consideremos al enunciado fáctico «el imputado ha cometido el hecho» (o el opuesto, «el imputado no ha cometido el hecho»).

¿Qué significa afirmar «X ha matado a Y», o «X no ha matado a Y»?

Si entre los objetivos de un estudio que sea lo más exhaustivo posible del proceso podemos acoger también el de conocer la realidad y los hechos objetivos (que el proceso debe determinar), entonces consideremos como objeto de nuestra investigación no el hecho nudo o *tout court* (el homicidio, por ejemplo), sino más bien el grado de admisibilidad o de credibilidad probatoria de la que está provisto, o bien el modo en el que justificamos, a través de las evidencias probatorias, ambos enunciados. Tal operación implica, ante todo y necesariamente, una «valoración epistemológica» sobre la admisibilidad y sobre la credibilidad de la prueba.

«Valoración epistemológica», también por una razón: porque, con respecto al modelo epistémico propuesto por TARUFFO, tal valoración no se limitaría a los aspectos objetivos o a criterios lógico-inferenciales, sino que incluiría dimensiones y prácticas subjetivas que se refieren a la actividad de los agentes procesales (juez, partes, abogados, testigos), a su *background* jurídico-cultural, a las estrategias que predisponen con el fin de obtener la victoria en la causa, las interacciones que ocurren entre ellos, el tejido social de la comunidad donde ha tenido lugar el hecho y que adquiere un sentido incluso al interior del proceso, entendido como preorientamiento que antecede a las elecciones interpretativas y argumentativas del juez. En fin, se trata de una valoración epistemológica también porque está *situada* en un contexto específico (el de la realidad socio-cultural en la que se desarrolla el proceso), cuyas características no pueden ser pasadas por alto en un correcto análisis del proceso.

Según esta perspectiva, entonces, el modelo epistemológico de Susan HAACK parece ser relevante porque no solo atribuye a la epistemología la mera función de suministrar las pruebas sino además la de favorecer la comprensión acerca de cómo tales relevancias probatorias deben ser empleadas y juzgadas (HAACK, 2012: 216): los aspectos objetivos (evidencia científica) de las pruebas deben conjugarse con aspectos subjetivos (razonamiento del juez y de los abogados, pero también roes y actividad de las partes), de la reconstrucción fáctica, y con aspectos contextuales (el lugar en el que los hechos se verifican



y se determinan), etc.<sup>8</sup>. «La estructura de la prueba —escribe la autora (2012: 216)— no es lineal, como una prueba matemática, sino ramificada, como un crucigrama; y lo que hace que una prueba sea mejor o peor con respecto a una afirmación, es análogo a lo que hace que una palabra en un crucigrama sea más o menos razonable: cuánto *respaldo* suministra [...]; cuán *seguro* es, con independencia de la afirmación en cuestión [...]; y cuán completa es, i. e., cuánto material probatorio relevante incluye [...]»<sup>9</sup>.

Hay, pues, todo un *background* cultural, un contexto social, lingüístico, experiencial, que entra en el proceso a través de la actividad de las partes (aquí en sentido lato, incluyendo entonces, también, al juez, abogados, testigos, jurados, etc.) y que no puede ser determinado únicamente con reglas lógico-formales ni subsumido en la decisión con inferencias lógicas.

Así que, partiendo del convencimiento de que la filosofía del proceso debería interrogarse principalmente sobre el significado de las acciones humanas en la experiencia de la vida práctica y cotidiana, proponemos un modelo de investigación fáctica *contextualizado*, que conjugue la lógica del proceso con una investigación mayoritariamente anclada a la realidad y a la dimensión humana y social de la que está permeado el proceso.

Nuestro privilegiado punto de observación son los *seres humanos*, actores y protagonistas del proceso (DI DONATO, 2014b). En nuestra perspectiva culturalista y humanista, consideramos que «la cultura» entendida como «lugar» en el que los hechos toman significado, no es un simple componente adicional a tener en cuenta: *derecho* y *cultura* representan un binomio inextricable desde el momento en que la comprensión y la aplicación del derecho pasa a través de las prácticas en vigor de una determinada colectividad. En efecto, si con BORDIEU (1987, 2003) o con GEERTZ (1983) estamos dispuestos a reconocer que el funcionamiento del derecho está condicionado por las prácticas culturales (locales), con mayor razón el proceso no puede considerarse como inmune a la cultura, en la cual ha sido modelado, no solo en los rituales y en las formas —como considera CHASE (2009)— sino también en los contenidos, en las prácticas y en las representaciones de los *agentes procesales*, cualquiera que sea la perspectiva epistemológica que pretendamos adoptar para analizarlo<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Según HAACK (2012: 222): «[...] las pruebas de una afirmación científica incluyen tanto las pruebas sensoriales (alguien que ve, escucha, etc., esto o aquello) y las razones (creencias que confirman el *background*) ramificando en todas las direcciones».

<sup>9</sup> Traducido del inglés: «*The structure of evidence isn't linear, like a mathematical proof, but ramifying, like a crossword puzzle; and what makes the evidence with respect to a claim better or worse is analogous to what makes a crossword entry more or less reasonable: how supportive it is [...]; how secure it is, independent of the claim in question [...]; and how comprehensive it is, i. e., how much of the relevant evidence it includes*» (N. del T.: la traducción al español se ha hecho directamente de la versión en inglés que presenta el texto original, y no del texto traducido al italiano por las autoras).

<sup>10</sup> Para una lectura crítica de la relación entre cultura del proceso y práctica judicial italiana, cfr. TARUFFO (2009a, 2009b). BORDIEU explica bien cómo el funcionamiento del derecho en la sociedad está

La cultura, entendida tanto en sentido antropológico, como conjunto de significados compartidos pero casi implícitos, en las prácticas sociales cotidianas, sea en sentido jurídico como modelos y actitudes con respecto al derecho, influye no solo en las concepciones de la legalidad por parte de la gente común, sino también el modo en el cual el derecho se realiza a través del recurso a uno de sus mecanismos más complejos, que es la justicia (DI DONATO, 2014a; DI DONATO, SCAMARDELLA, 2013).

Aclarados entonces los presupuestos epistemológicos de los cuales parten nuestras reflexiones, queda por desarrollar una metodología de investigación que esté en capacidad de crear un puente entre *derecho* y *sociedad*, entre *derecho* y *humanidad*.

La *interdisciplinarietà* es, sin más, la «vía maestra» —como queda demostrado al multiplicarse los enfoques de «*law and...*»— para un análisis del proceso como mecanismo social y normativo complejo que no es inmune a prácticas sociales legitimantes.

Insertándose en el surco de la tradición realista americana que había trazado la conocida distinción entre *law in the books* y *law in action* (FRANK, 1930) para subrayar la importancia del *case law method* y de la *justicia social*, optamos por una perspectiva de observación del derecho «desde abajo», que dé cuenta del punto de vista de quienes carecen de poder en la sociedad, acogiendo un método de investigación anclado al análisis de fenómenos reales, más que a métodos práctico-jurídicos de investigación.

Al hacer énfasis en la dimensión fáctica de la investigación jurídica que se traduce recientemente como un «enfoque clínico» de investigación, de intervención y de enseñanza (KRUSE, 2012), optamos por un recorrido integrado por análisis que combinan bases teóricas, filosóficas y epistemológicas con un análisis casuístico. Se trata de promover un *estudio situado* del proceso y de los casos judiciales anclado, de una parte, al redescubrimiento de la tradición filosófica europea; de la otra, a una aplicación específica de los métodos de investigación cualitativos típicos de las ciencias sociales, de tal manera que pueda emplear, por ejemplo, técnicas de investigación útiles a la indagación fáctica, basada en la narración de los protagonistas, más que en los documentos del proceso.

El objetivo de aprehender la complejidad de los fenómenos judiciales en su «materialidad fáctica» —a través del análisis del expediente judicial, de artículos de prensa, etc.— y de «humanizar» la investigación de campo, recu-

fuertemente modelado por la tradición, la educación, la experiencia y la representación cotidiana de lo que constituye un comportamiento legal, un uso profesional, etc. Hasta llegar a identificar la «función» del derecho en la transformación de la «regularidad» en regla mediante del recurso a leyes y rituales formales. El derecho, como cualquier otro ámbito social —explica BORDIEU (1987: 814 y ss.)— está organizado alrededor de un cuerpo de protocolos internos y de asunciones, comportamientos típicos y valores autorreferenciales. Esto es lo que en parte se define también como *cultura jurídica*.

perando la historia del individuo como expresión de un testimonio humano, es más amplia. De este modo, sería tal vez posible integrar una perspectiva «objetiva» de análisis del derecho con una subjetiva, que pertenece a la actividad de los sujetos involucrados: la gente común (los clientes).

La historial legal —que podrá traducirse en una decisión final— derivará de algo diferente de la reconstrucción de los casos de las diferentes voces de las que se componen las narraciones (las voces del cliente, de la contraparte, del abogado, del juez, del testigo, de la opinión pública), demostrando que lo que se define como «actividad creativa del derecho» se modela al interior de un discurso polifónico complejo entre los agentes sociales, en las dinámicas intraprocesales y preprocesales de adquisición del hecho (DI DONATO, 2012).

## BIBLIOGRAFÍA

- ABIGNENTE, A., 2012: «Argomentazione giuridica. Voce enciclopedica», en U. POMARICI (ed.), *Atlante di Filosofia del diritto*, vol. II, Torino: Giappichelli.
- ATIENZA, M. (2006), 2012: *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*. Tr. it. Napoli: Editoriale Scientifica (N. del T.: el original en español es *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006).
- BOURDIEU, P. (1972), 2003: *Per una teoria della pratica. Con tre studi di etnologia cabila*. Tr. it. Milano: Cortina.
- 1987: «The force of law: Toward a Sociology of the Juridical Field», en *Hastings Law Journal*, 38, 5.
- CHASE, O. G. (2005), 2009: *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*. Tr. it. Roma-Bari: Laterza (N. del T.: el original en inglés es *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross Cultural Context*, New York: New York University Press, 2005. Existe traducción al español: *Derecho, cultura y ritual*, trad. de Fernando Martín Diz, Madrid: Marcial Pons, 2012).
- DI DONATO, F., 2010: «Il Super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo», *Sociologia del diritto*, 1.
- 2012: *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli: Guida.
- 2014a: «La soluzione di casi giudiziari tra diritto e cultura: le narrazioni dei protagonisti», en A. SMORTI (ed.), *L'eccezione e la regola. Opposizioni, convergenze, paradossi*, Firenze: SEID.
- 2014b: *Narratives in Cultural Contexts. The Legal Agentivity of the Protagonists*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2469436](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2469436).
- DI DONATO, F., y SCAMARDELLA, F., 2013: «Epistemologia e processo: un approccio di socio-clinical law per l'analisi narrative di casi giudiziari», *Sociologia del diritto*, 3.
- FRANK, J. (1930), 2009: *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (N. J.): Transaction Publishers.
- GADAMER, H.-G., 1977: «Ermeneutica», *Enciclopedia del Novecento*, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- (1960), 2004: *Verità e metodo*. Tr. it. Milano: Bompiani.
- GEERTZ, C., 1983: *Local Knowledge*, New York: Basic Books.
- GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè (N. del T.: la traducción al español es *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvia Álvarez, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014).
- HAACK, S., 1998: *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago: The University of Chicago Press.
- 2001: «An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner», *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 26, 2, DOI: 10.1215/03616878-26-2-217. L'articolo è consultabile alla pagina web <http://www.ahrq.gov/clinic/jhplp/haack.pdf>.
- 2007: *Defending Science. Within Reason. Between Scientism and Cynicism*, Amherst (N. Y.): Prometheus Book.
- 2012: «The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front», *Ratio Juris*, 25, 2, DOI: 10.1111/j.1467-9337.2012.00510.x.
- KRUSE, K. R., 2012: «Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism, and Clinical Legal Education», *New York Law School Law Review*, 56, 2.
- LA TORRE, M., 2008: «Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense», *Ragion Pratica*, 31.
- MACCORMICK, N. (1978), 2011: *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Tr. it. Torino: Giappichelli.
- PERELMAN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1958), 1966: *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Tr. it. Torino: Einaudi. La versión en español es *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Trad. de Julia Sevilla, Madrid: Gredos, por la que se cita (en esta traducción).
- PINO, G., 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino.
- SCAMARDELLA, F., 2015: *Governance, governamentalità e legittimazione. La strada dell'argomentazione giuridica. Sociologia del diritto, forthcoming*.
- TARUFFO, M., 2009a: «Cultura e processo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1.
- 2009b: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari: Laterza.
- 2013: «Sulla complessità della decisione giudiziaria», en J. BRUNER, F. DI DONATO y A. SMORTI, *Psicologia culturale. Contesto, cultura, diritto*, Roma: Firera & Liuzzi Publishing.
- ZACCARIA, G., 2012: *La comprensione del diritto*, Roma-Bari: Laterza.