



**Michele Taruffo**

**El proceso civil adversarial  
en la experiencia americana**

**El modelo americano del proceso  
de connotación dispositiva**

**TEMIS**

**EL PROCESO CIVIL ADVERSARIAL  
EN LA EXPERIENCIA AMERICANA**

MICHELE TARUFFO

**EL PROCESO CIVIL ADVERSARIAL  
EN LA EXPERIENCIA AMERICANA**

El modelo americano del proceso  
de connotación dispositiva



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2008



#### 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:

*Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 1979.

- © Michele Taruffo, 2008.
- © Editorial Temis S. A., 2008.  
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.  
[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)  
correo elec.: [editorial@editorialtemis.com](mailto:editorial@editorialtemis.com)

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Editorial Nomos S. A.  
Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0675-8  
2340 200800061300

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.

## PRESENTACIÓN

En especial de Argentina y Chile llegan aires, que con el liderazgo del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y en particular de su presidente Doctor ADOLFO ALVARADO VELLOSO, contagian, en un impulso más ideológico que jurídico, los esfuerzos renovadores de la legislación nacional, con el pensamiento de nuevos movimientos garantistas libertarios.

En este contexto cobra notoria actualidad la obra del ya conocido entre nosotros profesor MICHELE TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cuya traducción del italiano, hoy se ofrece.

La concepción adversarial del proceso como forma institucional de la contienda entre las partes corresponde a un carácter de connotación dispositivo, en el sentido más amplio del término. En realidad el proceso americano es la expresión más pura del proceso *adversary*. El análisis de este modelo en el sistema americano, asumido por el profesor TARUFFO como hipótesis de trabajo, busca individualizar sus rasgos relevantes por medio del examen de una serie de problemas atinentes a su funcionamiento real. Su estudio es de utilidad también para comprender los nudos problemáticos como constantes rastreables en todo esquema procesal que se inspire en la ideología liberal del proceso.

Puede apreciarse que no solo Colombia, sino gran parte de la doctrina del *Civil Law*, tiene puestos los ojos en la versión americana del proceso *adversary*, como el modelo ideal de lo que debería ser un buen proceso. Es una actitud cultural típica que induce a recibir los modelos propuestos por el país guía, la postura de quien creyendo encontrarse en un contexto socio-político y jurídico de estampa capitalista pero no lo bastante evolucionado y considerado además que las líneas de evolución se mueven hacia los sistemas del capitalismo maduro busca individualizar modelos ideales tomándolos de la estructura de estos ordenamientos.

El estudio del profesor TARUFFO no es tanto un suplemento de descripciones institucionales del proceso civil americano, cuanto uno de algunos aspectos de su funcionamiento real, en el que individualiza sus límites y contradicciones.

En Estados Unidos algunos aspectos del modelo *adversary* son objeto de numerosos estudios y de vivaces debates en la doctrina no solo procesal sino también filosófica, política y sociológica. La doctrina jurídica norteamericana, a pesar de presentar la teoría del *adversary system* como el modelo ideal del proceso, también afirma a veces la necesidad de abandonarlo, o de modificarlo en forma radical para hacer del proceso un eficaz instrumento de *social justice*. También es lógico que en Estados Unidos se presenten las más relevantes desviaciones de tal mo-

delo causadas por el empuje de los problemas que el *Welfare State* y la sociedad de masas plantean a la administración de justicia.

El modelo *adversary*, por lo demás, sigue siendo el punto de referencia más importante sobre el plano histórico, teórico y político, de tal manera que los tipos de procedimiento que se alejan de él, son considerados más como derogaciones del modelo, que como modelos autónomos o alternativos.

Aun desde la consideración de la limitada efectividad que se atribuye al *adversary system* inclusive en el ordenamiento estadounidense, existe una especie de sobrevaloración doctrinal e ideológica del modelo, que sigue siendo el centro de la ciencia norteamericana del proceso.

La obra del profesor TARUFFO es una voz que alerta a los movimientos que sin el debido examen se empeñan en importar a todo costo el sistema *adversary*, borrando inclusive resultados de batallas que se ganaron para la justicia material, la defensa de las partes débiles, en un país tercermundista que no permite el sueño de la mano protectora que asegure la justicia en un proceso desenvuelto en libre competencia como si se tratara de un asunto más del comercio libre.

BEATRIZ QUINTERO

## PRÓLOGO DEL AUTOR PARA LA EDICIÓN COLOMBIANA

Este libro que se publica en lengua española gracias a la iniciativa de la Editorial Temis y al precioso trabajo de traducción de la amiga y colega BEATRIZ QUINTERO, se escribió hace varios años, en un período en el cual mis estudios sobre la prueba y sobre el razonamiento del juez convergían con los de derecho procesal comparado. Las particularidades del juicio sobre los hechos en el proceso civil norteamericano me indujeron inicialmente a escribir un ensayo, que luego se condensó en el capítulo I de este libro, pero después sentí la necesidad de ampliar el análisis a otros aspectos del *adversary system*. En los años subsiguientes me he ocupado varias veces de la justicia civil de Estados Unidos<sup>1</sup> y, por tanto, he tenido varias oportunidades para volver sobre los temas que había tratado en este libro. Debo decir no obstante que no he encontrado razones para cambiar de idea con respecto a las tesis fundamentales que sostengo en este. Naturalmente algunos argumentos que entonces traté sintéticamente han tenido, en estos años, desarrollos importantes: baste pensar en el proceso administrativo, en las reformas judiciales o en el *managerial role* que se ha reconocido desde hace algún tiempo, aunque a veces de modo polémico, al juez estadounidense<sup>2</sup>. Sobre estas y muchas otras materias el estudioso de hoy debe actualizar la bibliografía con respecto a las indicaciones que encuentra en el volumen. Sin embargo, si se mira a las características fundamentales del *adversarial system*, y a la manera como la doctrina norteamericana predominante lo considera todavía, es fácil ver que la esencia no ha cambiado.

No obstante hay algunas cosas que el lector actual debe tener en cuenta y que vale la pena señalar sintéticamente.

Ante todo es necesario considerar que mientras que en el pasado el proceso civil *adversary* era el modelo de referencia tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, la situación inglesa ha cambiado radicalmente. Las *Civil Procedure Rules* de 1998, que empezaron a regir en 1999, modificaron completamente la estructura del proceso: uno de los fines principales de la reforma, en efecto, fue precisamente el de poner fin al sistema *adversary*, que se había mostrado insuficiente y ya no apto para la

<sup>1</sup> Cfr. en particular GEOFFREY C. HAZARD y MICHELE TARUFFO, *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven and London, Yale University Press, 1993 (este libro ha tenido versiones en italiano, japonés y chino, y por último una traducción española: *La justicia civil en los Estados Unidos*, Madrid, 2006).

<sup>2</sup> Cfr. en particular JUDITH RESNIK, "Managerial Judges", en *Harv. L. Rev.*, 1982, págs. 446 y ss.

administración de la justicia en una sociedad moderna, sustituyéndolo por un sistema en el que la dirección del proceso se confía al juez, con el fin de realizar una justicia civil rápida, eficiente y justa<sup>3</sup>.

Se han verificado novedades muy destacadas en el ámbito de la doctrina procesal. No es posible suministrar aquí indicaciones bibliográficas analíticas y completas pero se hace al menos alguna reseña de las obras más importantes.

Es preciso ante todo hacer referencia al fundamental libro de MIRJAN DAMAŠKA sobre *The Faces of Justice and State Authority*<sup>4</sup>. DAMAŠKA escribe justamente que la tradicional contraposición entre sistema *adversarial* y sistema *inquisitorial* ya no tiene significado y que por tanto debería abandonarse<sup>5</sup>. Estoy de acuerdo con él en particular porque atañe a la calificación de “inquisitorio” referida al proceso civil. Se trata en efecto de un mero artificio retórico generalmente usado para provocar reacciones negativas con respecto a modelos procesales en los cuales el juez está dotado de poderes autónomos. Con el uso peyorativo del término “inquisitorio” se quieren evocar los fantasmas de Torquemada o de Bernardo Gui, sin tener en cuenta el hecho de que un proceso civil propiamente inquisitorio jamás ha existido.

No obstante, la referencia al modelo *adversarial* no ha cesado y sobre todo, por lo menos en los Estados Unidos, tal modelo no ha venido a menos ni ha sufrido modificaciones importantes. El mismo DAMAŠKA se ocupa de él de manera profunda. En realidad se dedica a la construcción de “tipos procesales” generales y no estudia específicamente el proceso norteamericano, y por tanto no hace referencia explícita al *adversary system*. Es sin embargo evidente que el proceso estadounidense es el ejemplo más importante y más fiel del modelo de proceso que DAMAŠKA llama *conflict solving*<sup>6</sup>. No es casual que el estudio amplio e interesante que dedica a este modelo se aplique puntualmente al sistema procesal norteamericano. Esto vale también por lo que concierne a la relación fundamental que DAMAŠKA pone en evidencia, y que es uno de los aspectos más importantes de su análisis, entre modelo procesal *conflict solving*

<sup>3</sup> Cfr. en particular ADRIAN ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, págs. 30 y ss., 34 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. MIRJAN DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-London, Yale University Press, 1986 (de ella existen ediciones en varias lenguas, entre las cuales una en español: *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

<sup>5</sup> *Op. cit.*, págs. 3 y ss.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, págs. 97 y ss.

(esto es *adversarial*) y modelo del Estado *reactive*<sup>7</sup>, o sea de Estado que no interviene activamente en la vida de la sociedad y deja el más amplio espacio posible a la iniciativa particular del individuo privado. Detrás de las definiciones generales que DAMAŠKA emplea se entrevé claramente el modelo de Estado sobre el cual se fundamenta la predominante ideología política norteamericana, y el modelo de proceso que es más coherente con esta ideología política.

Al paso que DAMAŠKA construye tipos ideales que se muestran particularmente útiles para ahondar la comprensión del sistema *adversary*, este sistema es objeto directo y específico de un amplio estudio recientemente publicado por ROBERT KAGAN<sup>8</sup>. La tesis fundamental del libro de KAGAN, que no sin propósito define ya en el título el *adversarial legalism* como la *american way of law*, es que el método *adversarial* no es solo el fundamento estructural del proceso, tanto civil como penal<sup>9</sup>, sino que es una constante de la actitud que la sociedad americana tiene, en su conjunto, en los aspectos del derecho y de la resolución de los problemas que nacen en cualquier sector del ordenamiento, desde el derecho civil sustancial hasta el derecho administrativo<sup>10</sup>. Para KAGAN, pues, la mentalidad *adversarial* es el factor más importante de la ideología jurídica y social del sistema norteamericano: una ideología cuyos valores fundamentales son un individualismo competitivo y adquisitivo, la desconfianza hacia el Estado en todas sus manifestaciones, la lucha y la competencia como métodos privilegiados para la realización y la protección de los intereses propios económicos y sociales. En esencia, el *adversarial system* está muy lejos de reducirse a una técnica procesal: es “también” una técnica procesal, porque es el reflejo, en el contexto del proceso, de un modo más general y profundamente arraigado de concebir las relaciones individuales y sociales de todo tipo.

En el libro de KAGAN hay una dimensión comparatista muy importante, porque pone en evidencia, confrontando el sistema americano con otros varios sistemas, sobre todo del *civil law*, los límites, la ineficiencia, las disfunciones y los errores que caracterizan el funcionamiento del *adversarial legalism*. Por medio de estas comparaciones surge con claridad que el sistema *adversarial* es uno de los aspectos más destacados de lo que se suele llamar *american exceptionalism*, o sea de aquel conjunto de caracteres que hacen del sistema estadounidense algo único en el

<sup>7</sup> *Op. cit.*, págs. 73 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. ROBERT A. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 2001.

<sup>9</sup> En particular sobre el proceso civil cfr. págs. 99 y ss., y sobre el proceso penal cfr. págs. 61 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. *op. cit.*, págs. 126 y ss., 159 y ss.

panorama mundial. El *american exceptionalism* no suministra, en realidad, razón alguna para creer que el sistema americano sea el mejor entre los posibles. Aquí el término *exceptionalism* no tiene ninguna connotación de elogio y no expresa ninguna apreciación positiva: este alude solo a la peculiaridad, a la unicidad y —en esencia— a lo extraño de aquel sistema. En efecto, hablando del proceso civil KAGAN dice que es excepcionalmente costoso, imprevisible y enajenante<sup>11</sup>, mientras que hablando de la justicia penal afirma que es gravosa, incoherente, fundamentada en la desigualdad y dependiente de factores políticos<sup>12</sup>.

Estas características típicas del sistema norteamericano, que son fuertemente negativas en sí mismas y en la perspectiva de la comparación con otros sistemas, debería poner en guardia a los imitadores superficiales y a los importadores acríticos —en contextos políticos, institucionales y jurídicos distintos— de instituciones o modelos extraídos del sistema estadounidense. Es verdad que la influencia de estos modelos es muy fuerte, tanto en el plano cultural como en el político, y que por lo tanto se verifican en varios ordenamientos fenómenos de importación —más o menos espontánea— del modelo procesal *adversary*. No obstante el comparatista sabe muy bien cómo son de peligrosos, y destinados en la mayor parte de los casos al fracaso, los *transplants* imprudentes de institutos e instrumentos jurídicos a sistemas distintos del originario. Se puede agregar que cuanto más el sistema originario sea *exceptional*, tanto más es desaconsejable —si no se obra con extrema cautela y atención— cualquier trasplante. Esto vale en general, y vale en particular por lo que concierne al trasplante de modelos procesales. Los ejemplos no faltan: basta pensar en el fracaso de las reformas que en la segunda posguerra se introdujeron bajo la influencia americana al proceso civil japonés, en el sustancial fracaso de la introducción de un jurado de tipo americano en el proceso penal español, y en los discutibles y problemáticos resultados producidos, en Italia, con la adopción de un modelo de proceso penal acusatorio sustancialmente inspirado en el modelo estadounidense.

Este libro se refiere a la realización que el *adversary system* tiene en el proceso *civil* norteamericano. Sin embargo puede tener una utilidad importante también para el lector que particularmente se interese por el proceso penal. Él contiene en efecto algunas referencias a institutos típicos del proceso penal estadounidense, como por ejemplo el *plea bargaining*. Sobre todo, es necesario tener presente que la ideología *adversarial* es común —como lo ha explicado KAGAN— a todas las áreas del de-

<sup>11</sup> *Op. cit.*, págs. 100 y ss.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, págs. 66 y ss.

recho, y específicamente también al proceso penal, además del proceso civil: por lo tanto lo que se dice —sobre el plano de la ideología fundamental— a propósito del proceso civil puede valer —con adaptaciones secundarias— también para el proceso penal. Por otra parte es necesario también considerar que el proceso penal norteamericano es por varios aspectos muy similar, en la estructura y en el funcionamiento, al proceso civil. Por ejemplo: el jurado está presente en ambos tipos de proceso, se selecciona con los mismos métodos y obra como juez de hecho, tanto en el proceso civil como en el proceso penal; en ambos procesos es análoga la bipartición del procedimiento en una fase de *pre-trial* y en una fase de *trial* oral y concentrada. Además, es idéntica la *law of evidence*, que se aplica en ambos procesos: son por lo tanto iguales las reglas de asunción de las pruebas y se usan los mismos métodos para el interrogatorio de las partes, de los testigos y de los expertos.

Esta sustancial semejanza entre proceso penal y proceso civil explica la razón por la cual para el conocimiento del proceso penal son útiles los análisis que conciernen al proceso civil y los estudios que atañen al proceso penal son también útiles para el análisis del proceso civil. Este es sobre todo el caso de un reciente libro del mayor estudioso de la historia del proceso penal *adversarial* en el cual se hace luz sobre aspectos —como la incapacidad del proceso *adversarial* para llegar a la comprobación de la verdad de los hechos— que están presentes también en el proceso civil<sup>13</sup>.

Deseo entonces que la lectura de este libro sea no solo todavía útil a pesar del tiempo que ha transcurrido desde su redacción original, sino que pueda ser interesante también por fuera del recinto de los especialistas del proceso civil. En realidad mi propósito, al escribir este libro, fue el de utilizar el proceso civil como un punto de observación desde el cual empezar a investigar algunos aspectos destacados del modo americano de concebir el derecho y la administración de justicia. Como he indicado antes, la literatura posterior ha confirmado sustancialmente la corrección de mi análisis, y por lo tanto el lector puede utilizar el volumen no solo en la perspectiva de la historia de un modelo procesal, sino también en la que concierne a la aplicación actual de este modelo.

MICHELE TARUFFO

Milán, octubre de 2007.

<sup>13</sup> Cfr. JOHN H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2003, págs. 332 y ss.

# ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación .....	VII
Prólogo del autor para la edición colombiana .....	IX

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

1. Introducción .....	1
2. La función de la “discovery” .....	8
3. Papel y poderes del juez en el “trial” .....	16
4. La técnica de la “cross examination” .....	25
5. El papel del abogado .....	30
6. Dos conceptos de verdad judicial .....	39

## CAPÍTULO II

### EL PROBLEMA DE LA IGUALDAD DE LAS PARTES

1. Introducción .....	47
2. Igualdad de las partes y “legal aid” .....	56
3. Reseña sobre la garantía del “due process of law” .....	69
4. Una tipología de las partes desiguales .....	75
5. Desigualdad de las partes y papel del abogado .....	86
6. Desigualdad de las partes y “procedural justice” .....	98

## CAPÍTULO III

### LA FUNCIÓN DEL JUEZ

1. Introducción .....	107
2. El juez como árbitro pasivo .....	112
3. A) El juez como “policy-maker” .....	126
B) La “judicial notice” y la elección de la “rule of law” .....	143
4. El juez como garante .....	155
5. La crisis del “judicial myth” .....	171

CAPÍTULO IV

LOS LÍMITES DE EFECTIVIDAD  
DEL “ADVERSARY SYSTEM”

	PÁG.
1. Introducción .....	179
2. La experiencia de la justicia administrativa .....	186
3. El problema de las “small claims courts” .....	205
4. El proceso penal y el “guilty plea” .....	213
5. Las razones de la ineffectividad del modelo “adversary” .....	225

CAPÍTULO V

LA IDEOLOGÍA DEL “ADVERSARY SYSTEM”

1. Las implicaciones ideológicas del modelo “adversary” .....	237
2. La versión garantista del modelo “adversary” .....	246
3. La crisis de racionalidad del “adversary system” .....	254
4. La función política del modelo “adversary” .....	264
Índice de autores .....	277