

ANGELO DONDI
VINCENZO ANSANELLI
PAOLO COMOGLIO

**PROCESOS CIVILES
EN EVOLUCIÓN**
UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Prefacio de
Michele Taruffo

Traducción a cargo de
José María Salgado

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO , por Michele Taruffo.....	13
INTRODUCCIÓN	17
AGRADECIMIENTOS	21
NOTA DE LOS AUTORES	23
CAPÍTULO 1. PROBLEMAS RECURRENTES Y ORGANIZACIÓN METODOLÓGICA	25
1. PREMISAS DE ORDEN METODOLÓGICO Y PLAN DE TRABAJO	25
2. GRANDES MODELOS – ACTUALIDAD Y OBSOLESCENCIA DE UNA CONCEPCIÓN	28
3. SISTEMAS MIXTOS Y QUIEBRE DE LOS ESQUEMAS TRADICIONALES.....	31
4. EL ROL DE LA NORMATIVA PROCESAL Y DE LA JURISPRUDENCIA.....	35
5. PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA Y PROCESO CIVIL – FORMACIÓN INSTITUCIONAL DEL ABOGADO Y DEL FUNCIONARIO JUDICIAL	37
6. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y APERTURA A LAS NUEVAS CULTURAS DEL PROCESO	42
CAPÍTULO 2. CUESTIONES ATINENTES A GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL	47
1. PREMISA – CONCEPCIONES IDEOLÓGICAS Y TRANSFORMACIONES CULTURALES	47
2. VIEJOS PRINCIPIOS, NUEVOS PRINCIPIOS Y ROL DEL JUEZ	55
3. LEYES FUNDAMENTALES Y LEYES PROCESALES.....	64

ÍNDICE

	Pág.
4. ABOGADO Y FUNCIONARIO JUDICIAL COMO USUARIOS TÉCNICOS DEL PROCESO	70
5. COSTOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA	79
6. FORMAS ALTERNATIVAS DE ACCESO A LA JUSTICIA	85
BIBLIOGRAFÍA	89
CAPÍTULO 3. MODALIDAD DE CONFIGURACIÓN DE LA FASE INTRODUCTORIA	103
1. PREMISA – CULTURAS DEL PROCESO Y FUNCIONES DE LOS ACTOS INTRODUCTORIOS DE PARTE	103
2. CONFIGURACIÓN DE LA DEMANDA – OPCIONES DE CARÁCTER GENERAL	106
3. COMPLEJIDAD DE LAS CONTROVERSIAS Y PROBLEMAS DE ADECUACIÓN DE LOS ACTOS INTRODUCTORIOS	112
4. ESTRUCTURA DE LOS ACTOS INTRODUCTORIOS EN LOS ORDENAMIENTOS MIXTOS	125
BIBLIOGRAFÍA	133
CAPÍTULO 4. CUESTIONES PRELIMINARES Y TRATAMIENTO DE LAS CONTROVERSIAS CIVILES	141
1. FUNCIONALIDAD Y RELACIÓN CON LOS ACTOS INTRODUCTORIOS	141
2. TRÁMITES PRELIMINARES (TRATATIVAS) Y PRE-TRIAL	147
3. DILUCIDACIÓN DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA EN EL PRE-TRIAL Y EN EL DISCOVERY – PROBLEMAS DE COMPLEJIDAD (EL FENÓMENO DEL E-DISCOVERY)	150
4. (CONTINUACIÓN) LOS ORDENAMIENTOS EUROPEO-CONTINENTALES	165
5. TRADICIÓN Y ORIGINALIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS	172
BIBLIOGRAFÍA	182
CAPÍTULO 5. PRUEBAS E INSTRUMENTOS COGNOSCITIVOS DEL JUEZ	195
1. CUESTIONES ATINENTES A LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD	195
2. MODELOS DE CODIFICACIÓN – LOS ORDENAMIENTOS ANGLO-SAJONES	200
3. PRUEBAS E INSTRUMENTOS PROBATORIOS EN LOS ORDENAMIENTOS EUROPEO-CONTINENTALES – TENDENCIAS EVOLUTIVAS DESDE LA ORALIDAD A LA ESCRITURA	209

ÍNDICE

	Pág.
4. OTRAS CULTURAS JURÍDICAS Y LA PRUEBA	219
5. PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS – CIENCIAS Y TECNOLOGÍAS EN EL PROCESO	224
BIBLIOGRAFÍA	236
CAPÍTULO 6. MODALIDAD DE CONCLUSIÓN DE LA CONTROVERSI CIVIL Y DEFINICIONES ALTERNATIVAS	247
1. FINALIZACIÓN DE LA INSTANCIA PROCESAL – OPCIONES Y EVENTUALIDAD	247
2. DIFERENTES MODALIDADES DECISORIAS	249
3. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y ESTABILIDAD DE LA DECISIÓN – SEGUNDO GRADO	258
4. (CONTINUACIÓN) – ÚLTIMA INSTANCIA Y PROBLEMAS DEL PRE- CEDENTE	270
5. TUTELAS COLECTIVAS – LA MODULACIÓN DE LAS ACCIONES DE CLASE	281
6. TUTELAS SUMARIAS Y TUTELAS ANTICIPATORIAS	297
BIBLIOGRAFÍA	304

PREFACIO UN LIBRO PARA LEER

Estoy convencido que la función de los prefacios no es aquella de inducir a los lectores a evitar leer el libro, sino más bien aquella de estimularlo a la lectura, omito aquello que a menudo hacen los prefacistas, es decir, la elaboración de un resumen del contenido del volumen. Por otra parte, el sumario es ya más que suficiente para darnos una idea atendible de la obra, y también —debe agregarse— de provocar la curiosidad del posible lector.

Por tanto, no queda más que formular alguna observación sobre el método, así como sobre la estructura del libro en cuestión.

Una primer observación es que pensar hoy en una obra compleja y extremadamente amplia (la completitud sería imposible para cualquiera) sobre la comparación del Derecho procesal civil exige una fuerte dosis de coraje y quizás también de inconsciencia, sobre todo si no se quiere permanecer en los límites estrechos, y sustancialmente aburridos, de puras y simples yuxtaposiciones descriptivas (como aquellas que —desafortunadamente— se encuentran frecuentemente en los primeros capítulos de varias obras monográficas). El riesgo, como se puede fácilmente intuir, es grande, y es aquel de dispersarse en un universo de detalles no muy interesantes y no muy importantes. Existe entonces la dificultad extrema —y peligrosidad— de la elección relativa al «de qué hablamos» y sobre todo al «de qué no hablamos». Elección por otra parte inevitable, dada la imposibilidad de la absoluta completitud. Coraje e inconsciencia que han sido las actitudes de Angelo Dondi y sus coautores, y es necesario reconocer inmediatamente que la apuesta ha sido sustancialmente ganada.

Existen algunas razones que justifican esta valoración positiva. Una de ellas se debe al contenido del volumen. Obviamente no se afrontan todos los aspectos, problemas e institutos del proceso civil, pero se examinan los temas más importantes de aquel, y específicamente del procedimiento ordinario de conocimiento, también con referencias a los principios y garantías (en particu-

lar en el Capítulo 2). En ausencia de una consideración específica de las medidas cautelares y de los remedios ejecutivos, así como de los procedimientos especiales, se puede incluso encontrar un límite relevante del tratamiento, pero es reconocido que *ad impossibilia nemo tenetur*. No faltan, además, síntesis dedicadas a las tutelas colectivas y a las tutelas sumarias (en el Capítulo 6), y en cada caso se puede reconocer que —a pesar de todas las discutibles tendencias a la «desprocesalización» de la justicia civil— el proceso ordinario de conocimiento persiste como el núcleo fundamental de esa justicia.

El otro perfil muy relevante —y esta es la segunda razón de una valoración decididamente positiva— se refiere a la individualización de los ordenamientos a considerar como objeto de comparación. También aquí la completitud es imposible, pero la elección —inevitable— cumplida por los autores resulta desafiante e interesante. Parece razonable la decisión de dedicar un amplio espacio a los sistemas de common law, distinguiendo oportunamente el sistema norteamericano del inglés, con un análisis a menudo dirigido a profundizar el tratamiento específico de los institutos más importantes. Sin embargo, y este es otro aspecto de relevante interés, la comparación involucra los principales ordenamientos de civil law, con particular referencia a Francia, Alemania y España, pero llega a abarcar, de un lado, varios ordenamientos de Latinoamérica y, del otro, importantes ordenamientos asiáticos como el chino y el japonés. Ya esta sintética indicación alcanza para hacer entender que se trata de una investigación de un radio amplísimo que tiende a atravesar muchos sistemas procesales, de vez en cuando individualizando los respectivos perfiles de mayor interés. Además, Dondi acertadamente critica, en el Capítulo 1, la tradicional, cuanto deteriorada y poco atendible, distinción entre los dos grandes modelos, y explica cómo, por un lado, sus diferencias por muchos aspectos se han ido reduciendo, y cómo, por el otro, numerosos ordenamientos procesales actuales no pueden, aun considerando sus líneas de tendencia evolutivas que se han llevado a cabo a través de numerosas reformas, ser propiamente reconducidos en uno u otro de estos modelos. Prevalece, en otros términos, la frecuencia con la que se encuentran modelos procesales «mixtos», y ello por varias razones entre las que se encuentra la creciente circulación (o al menos de aquellas partes de ellos que no quedaron ligadas a formas de provincialismo nacionalístico, debido esencialmente a la ignorancia de lo que ocurre en otros lugares).

Una ulterior razón de interés se refiere específicamente al método con el cual el análisis ha sido desarrollado. No se trata, como desafortunadamente sucede en la mayor parte de las presuntas obras comparatistas —procesales o no—, de la mera yuxtaposición de descripciones esquemáticas (no más que meras descripciones) de algunos aspectos de varios ordenamientos presentadas con un propósito pura y superficialmente informativo. Al contrario, particular atención se ha dedicado al desarrollo histórico que en los distintos ordenamientos caracterizó al tema tomado en consideración, analizando adecuadamente los principales cambios de la disciplina procesal y sus razones de carácter jurídico y metajurídico. No resulta, por así decir, una fotografía estática de algunos aspectos de algunos ordenamientos, sino más bien un complejo cuadro en movimiento, en el cual se pueden seguir transformaciones y líneas de tendencia de la administración de la justicia civil en los distintos modelos procesales.

En esta perspectiva dinámica se ha dado la justa importancia a las recientes reformas que representan tal vez el factor de mayor interés de la comparación si se admite, como enseñaba el maestro Vittorio Denti, que uno de los propósitos del análisis comparatístico —y tal vez el propósito más importante— consiste en adquirir el conocimiento requerido para introducir reformas adecuadas en el propio país. Del estudio desarrollado en el volumen que aquí se considera emergen numerosas reformas importantes realizadas en distintos ordenamientos. A veces, como en el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, pero también en el caso de numerosos ordenamientos latinoamericanos, como Bolivia, Chile o Brasil, se trata de nuevos códigos de procedimiento civil que solamente toman como modelo —pero en modo crítico, no exclusivo y a menudo original— los principales ordenamientos europeos y, sin embargo, se fundan en una cultura procesal de un nivel notable. Una atención específica merecen entonces, y acertadamente, las Rules of Civil Procedure introducidas en Inglaterra en 1999, que representan —como es sabido— el verdadero primer código de procedimiento civil de la larga historia del Reino Unido. Otras veces, como, por ejemplo, en Alemania, pero también en Estados Unidos, no se trata de nuevas codificaciones, sino de importantes reformas que tocan aspectos esenciales de distintos sistemas procesales y determinan transformaciones relevantes. Fluyendo toda esta información, y considerando entonces cómo muchos sistemas procesales se modifican rápidamente con el objetivo de modernizar y hacer más eficiente la administración de la justicia civil, se puede aplicar la regla básica del comparatista por la cual el mejor modo de conocer el propio ordenamiento consiste en observarlo «desde afuera», es decir, considerando lo que sucede en otros ordenamientos. Sin embargo, si en este momento se mira al proceso civil italiano en la perspectiva de lo que sucede en otra parte (y en esto se exhibe una ulterior razón de apreciación del volumen en consideración), el resultado no puede ser sino de profunda desilusión y de marcado pesimismo: en Italia no se habla más, desde los años ochenta, de un nuevo código de procedimiento civil, mientras que en las últimas décadas han sucedido reformas a veces no del todo inútiles pero incapaces de resolver la crisis endémica de nuestra justicia civil. También los actuales legisladores no hacen otra cosa que producir ráfagas de reformas de detalles que a menudo no hacen sino empeorar la ya grave situación de nuestra justicia civil y demostrar la más total y constante incapacidad —nutrida de grosera ignorancia— de proveer verdaderas reformas sustanciales capaces de poner remedio.

El volumen en examen ofrece numerosos ejemplos de este descarte entre lo que sucede en muchos ordenamientos y lo que no sucede en Italia, pero dos de estos ejemplos parecen particularmente significativos. El primero de ellos resulta de la lectura del Capítulo 4, que se refiere esencialmente al tratamiento de las controversias y examina las distintas técnicas que han sido adoptadas en distintos ordenamientos con la finalidad de clarificar lo antes posible, en una fase preliminar, el efectivo objeto de la disputa y las respectivas posiciones de las partes. Parece evidente que un tratamiento preliminar eficiente es una condición necesaria para el buen funcionamiento de todo el proceso (o tal vez, también, para evitar que suceda), pero es además fácil relevar que desgraciadamente, y a pesar de los eventos pasados y —tal vez— futuros del art. 183 del

Código Procesal Civil, este sea un objetivo difícilmente alcanzable por parte del legislador patrio. El otro ejemplo relevante está consituido por el Capítulo 5, dedicado al tema de las pruebas y de la comprobación de los hechos. Son examinadas de modo profundo y sistemático las distintas técnicas de adquisición de la información probatoria, con la debida atención a los perfiles de evolución histórica de distintos sistemas y también a las dimensiones culturales del problema. Es clarísimo, entonces, el contraste con la ya consumada obsolescencia del derecho de las pruebas en nuestro país y, sobre todo, con la total ausencia de serias perspectivas de reforma en toda la materia.

Pero ahora es oportuno, antes de concluir, regresar a algunos aspectos generales del volumen que se considera para señalar que en el Capítulo 1 Angelo Dondi pone en evidencia otro factor que termina entonces representando un leimotiv de todo el volumen. Se trata de la atención que se ha hecho no solo a las normas que regulan el proceso, sino también a los protagonistas de aquel, es decir, a los jueces y a los abogados. De ahí, por ejemplo, la importancia que se le ha dedicado a los aspectos estructurales y organizativos de la administración de la justicia y también a las reglas de ética profesional y de comportamiento de estos sujetos.

Incluso vale la pena subrayar que el volumen es de gran utilidad en cuanto a la información que ofrece: no solo son numerosos los temas y los institutos que son analizados con referencia a distintos ordenamientos, también es apreciada la gran cantidad y calidad de referencias bibliográficas que acompañan no solo las notas a pie de página, sino también los riquísimos apéndices aportados al final de cada capítulo.

En esencia, por tanto, se trata de una obra importante que debe leerse con gran atención: llena de hecho una importante laguna que hasta ahora existía en la cultura procesalística italiana. En nuestra literatura comparatística relativa al proceso civil se encuentran, en verdad, algunos (no muchos) estudios de notable interés; faltaba, sin embargo, una obra de orientación tendencialmente general, capaz de afrontar el panorama complejo, variado y variable, que hoy caracteriza a la justicia civil en los más diversos ordenamientos.

Michele TARUFFO

INTRODUCCIÓN

Este no pretende ser, en sentido estricto, un manual de Derecho procesal civil comparado, sino principalmente el intento de considerar un estado de cosas en movimiento. Se es consciente de esta implícita contradicción, como también de los numerosísimos riesgos relacionados con la empresa de sondear la compleja realidad del proceso civil que ello implica.

Es claro para los autores en qué medida la articulación de la realidad actual impregna el proceso civil y de qué manera ello se encuentra en la base de gran parte de las imperfecciones intrínsecas de este trabajo. El reconocimiento de la imposibilidad de arribar a una completitud total ha inducido a la aceptación de —quizá evitables— deficiencias y, en todo caso, de lagunas importantes. En esta misma línea, por ejemplo, se reconoce obviamente la macroscópica falta de consideración de ordenamientos del Derecho y del proceso, con certeza actualmente de gran importancia, como los relativos a la cultura islámica. Evidentemente, el criterio de referencia relativo a la completitud no ha sido siquiera el elegido para representar a los «modelos mixtos» de proceso civil. Con respecto al área asiática o bien a la latinoamericana, algunos ordenamientos han sido elegidos sobre otros con funciones y objetivos esencialmente ejemplificativos. Sin embargo, ello no señala alguna forma de subestimación comparativa frente a los que fueron excluidos, sino principalmente la imposibilidad o, franca y muy probablemente, la incapacidad de ulteriores extensiones.

Con la reserva antes expresada, también se han impuesto limitaciones esenciales respecto a los ámbitos del proceso considerados. Someramente se podría decir que la atención se ha concentrado principalmente en el proceso ordinario de conocimiento. Y ello sobre la base de la idea de que especialmente en este ámbito —más allá de la, desde hace tiempo, interesantísima difusión de formas dispares de *civil diversion*— se han manifestado y se manifiestan todavía los más relevantes fenómenos de transformación del instrumento procesal. Como es sabido, en la actualidad resulta de particular evidencia principalmente el de *rapprochement* entre las soluciones técnicas

adoptadas en ordenamientos pertenecientes a «sistemas» del proceso civil de *civil* y de *common law*, por el contrario ineludiblemente yuxtapuestos en la tradicional concepción de la cultura comparatista del *novecento*.

Las mutaciones en curso, con las relativas incertezas respecto de su dirección, ciertamente configuran tal concepción como sustancialmente superada. Aun teniendo en cuenta esto, en este trabajo se ha considerado que no se debía excluir la referencia a algunas nociones cardinales, como la de *common law* como *adversary system of litigation* y, respectivamente, la de *civil law* como proceso civil caracterizado por fuertes poderes inquisitorios del juez. A esta altura, la mirada debidamente crítica frente a esquematizaciones similares no impide en verdad recoger el potente *background* cultural, hasta el momento imprescindible fundamento de la investigación comparatista. Ello, como «*esigenza di anteporre allo studio delle regole proprie dei diversi ordinamenti [...] lo studio del "sistema" dei diritti stranieri, e quindi della loro formazione storica, del ruolo rispettivo delle diverse fonti del diritto, delle classificazioni e dei concetti correnti, del tipo di società alla quale le regole giuridiche vengono applicate*» (Denti, reseñación a David, «Les avatars d'un comparatiste», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1358), se ha intentado aquí adherir de algún modo.

Al margen, pero no marginal, por el profundo significado en términos de ayuda y de sugerimiento, existe un sentido agradecimiento a todos los que han colaborado con el suscrito y los otros coautores durante el largo y también tormentoso curso de esta pequeña empresa para encaminarla en el sentido antes indicado de un trabajo con alguna pretensión de originalidad y, lo digo suavemente, de capturar la realidad actual.

Seguro de omitir a muchos, deseo manifestar gratitud a colegas y amigos que con su variada colaboración han permitido la realización de este trabajo. Al profesor Michele Taruffo por recurrentes, cuanto fundamentales, sugerencias. A los profesores Luigi Paolo Comoglio, Rick Marcus, Stephen Burbank, Scott Dodson, Andrés de la Oliva Santos, Eduardo Oteiza, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, LÖic Cadiet, Neil Andrews y Dmitry Maleshin por el amigable apoyo y confrontación de ideas. Finalmente, a la profesora Marina Timoteo y al abogado Giampaolo Naronte por las sugerencias sobre el Derecho chino.

Un agradecimiento particular, finalmente, a los jóvenes colaboradores de la materia que han efectuado un *editing* esencial del texto, notas y bibliografía. Entre ellos, por la especial dedicación, a la doctora Laura Antoniotti. También al doctor Marco D'Agostini, relector de gran parte del texto, y a la doctora Carolina Bruno por las últimas aclaraciones. Se agradece finalmente al doctor Gíogio Rocca por las interesantes indicaciones sobre el Derecho ruso.

Angelo DONDI

INTRODUCCIÓN

Los autores:

Angelo DONDI es profesor ordinario de Derecho procesal civil en la Universidad de Génova.

Vincenzo ANSANELLI es investigador confirmado de Derecho procesal civil en la Universidad de Génova.

Paolo COMOGLIO es investigador de Derecho procesal civil en la Universidad de Génova.

AGRADECIMIENTOS

Los autores, conscientes de incurrir en eventuales omisiones, desean manifestar su gratitud a los colegas y amigos que con su variada colaboración han permitido la realización de este trabajo. Al profesor Michele TARUFFO por sus tanto numerosas como fundamentales sugerencias; y a su vez a los profesores Luigi PAOLO COMOGLIO, Rick MARCUS, Stephen BURBANK, Scott DODSON, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Eduardo OTEIZA, Luiz Guilherme MARINONI, Daniel MITIDIERO, Loïc CADJET, Neil ANDREWS e Dmitry MALESHIN por el amistoso sostén e intercambio de opiniones. Finalmente, a la profesora Marina TIMOTEO y al abogado Giampaolo NARONTE por sus aportes de Derecho chino.

Un agradecimiento especial a los jóvenes colaboradores de la materia que han efectuado un *editing* esencial de texto, notas y bibliografía. Entre ellos, por su especial dedicación, a la doctora Laura ANTONIOTTI. Además, al doctor Marco D'AGOSTINI, revisor de gran parte del texto, y a la doctora Carolina BRUNO por ulteriores puntualizaciones. Se agradece, además, al doctor Giorgio ROCCA por sus interesantes aportes en relación al Derecho ruso.

NOTA DE LOS AUTORES

En virtud que desde la publicación de la versión italiana de esta obra han sucedido cambios normativos que modificaron algunos aspectos tratados en el libro, los autores han considerado la necesidad de incluirlos en su versión española. Dichos cambios, sin embargo, generalmente señalan la persistencia e incluso el refuerzo de las líneas de tendencia que se analizan en el libro. Se trata de modificaciones de diversa naturaleza, la mayoría de las veces relativas a aspectos puramente técnicos, otras de alcance más amplio y estructural.

También debido a la importancia del ordenamiento en el cual están ubicados, entre las transformaciones pertenecientes al segundo tipo aparece particularmente la nueva versión de la Regla 1 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses, en la cual el juez y las partes privadas (entendiendo por tales, implícitamente, sus respectivos defensores) son expresamente señalados como sujetos encargados de cooperar para lograr los propósitos del proceso; propósitos de resolución veráz y rápida de la controversia. Siempre dentro del ordenamiento estadounidense y siempre en el contexto de modificaciones estructurales de la configuración general del procedimiento, debe también señalarse la introducción expresa en la *Rule 26* de las *Federal Rules of Civil Procedure* de la noción de proporcionalidad en relación a las actividades de *discovery*.

Se sitúan también en la misma línea de modificaciones dirigidas en su conjunto a una mayor eficiencia del proceso civil algunas transformaciones realizadas contemporáneamente en el área del *civil law*. Es el caso, por ejemplo, de la novedad del art. 429 de la LEC que ha simplificado la modalidad de ofrecimiento de la prueba. Igualmente significativo aparece, en la perspectiva de una configuración seria del acto introductorio, la nueva regulación del art. 437 del mismo ordenamiento en lo referido al juicio verbal. Otros ordenamientos de gran importancia, como el francés, el chino y el ruso o los sudamericanos, han tenido también modificaciones legislativas. Cambios que aparecen encaminados en el sentido de una sintética seriedad de las actividades del proceso y que, como decíamos, confirman las líneas de tendencia evolutiva constatadas y que, sin otras ulteriores indicaciones, constituyen el objetivo real de la investigación.

CAPÍTULO 1

PROBLEMAS RECURRENTE Y ORGANIZACIÓN METODOLÓGICA

SUMARIO: 1. Premisas de orden metodológico y plan de trabajo.—2. Grandes modelos – Actualidad y obsolescencia de una concepción.—3. Sistemas mixtos y quiebre de los esquemas tradicionales.—4. El rol de la normativa procesal y de la jurisprudencia.—5. Perspectiva deontológica y proceso civil – Formación institucional del abogado y del funcionario judicial.—6. Desarrollo de la investigación y apertura a las nuevas culturas del proceso.

1. PREMISAS DE ORDEN METODOLÓGICO Y PLAN DE TRABAJO

En la actualidad, un estudio panorámico y, por tanto, implícitamente comparado acerca del proceso civil no resulta concretamente realizable en la medida en que no se delimite su área de análisis y no se expliciten sus líneas metodológicas. Se pretende evidenciar *in limine* esta circunstancia para garantizar al lector un amplio conocimiento de la perspectiva adoptada y del contexto de la información que se propone aportar. En general, si bien resulta válido para la totalidad de las investigaciones concernientes al proceso, en la actualidad resulta especialmente necesario adoptar un enfoque particularmente cauto en el sector de la comparación procesal civil. Y la referencia al momento presente asume una relevancia particular justamente en lo atinente al Derecho procesal, área en la cual en este periodo histórico se registran transformaciones de una importancia tal que imponen adoptar, inevitablemente, una opción metodológica —e ideológica— sustancial.

En efecto, no parece posible hablar seriamente de un *statu quo* respecto del proceso civil, o de los procesos civiles. El análisis comparativo pone de manifiesto en qué medida, en los diversos sistemas y modelos, no se observa, frente a la realidad en evolución del proceso, una visión de alguna manera neutra o no problemática de las formas en que se tutelan los derechos

y en que se definen los conflictos. Con referencia a este estado de cosas y a la evolución que ha conducido a ellas, no se puede evitar constatar la existencia de contrastes profundos entre los ordenamientos del proceso civil. En efecto, algunos de ellos están siendo objeto de transformaciones radicales que en otros no encuentran correlación alguna. Y, a su vez, cabe señalar que muchas veces la orientación de estas transformaciones resulta ser diametralmente opuesta.

En el presente trabajo, se ha optado por asignar particular atención, más que nada, a los ordenamientos objeto de transformaciones radicales. Al margen de errores previsibles de desvalorización o de ausencia de consideración, la línea de análisis pretende, en otros términos, privilegiar a la cultura de las reformas sobre los ordenamientos en los cuales ella haga falta, esté ausente o resulte marginal¹.

Según una acepción ampliamente aceptada, la presente diagramación tendrá su razón de ser dada la tendencia a la redefinición de los parámetros técnico-estructurales del mecanismo procesal. Ello, a fin de mejorar la eficiencia de este mecanismo para lograr un uso siempre más vasto de la justicia civil, compuesta tanto de sujetos individuales, como de organizaciones económicas y sociales². Y cabe agregar que un aspecto fundamental desde la perspectiva de las reformas en el ámbito del proceso civil corresponde actualmente a la diversificación de las tutelas dentro de cada uno de los ordenamientos.

Fenómenos como la diferenciación de las modalidades procedimentales y la llamada «desjurisdiccionalización» constituyen, al momento, aspectos esenciales del proceso civil, y en cuanto tales, merecedores de particular atención. Por otra parte, recientes e incisivas reformas han evidenciado a nivel planetario la relevancia de la propagación de este fenómeno de transformación. Y emblemática de esta tendencia es, particularmente, la aspiración a superar los aspectos de homologación interna ampliamente presentes en los distintos modelos procedimentales³.

¹ Resulta inevitable referirse al autor que en Italia, si bien no solamente como consecuencia de su obra, ha puesto mayormente en evidencia en qué medida el estudio del proceso no pueda ser escindido de sus reformas o de su cultura relativa: Vittorio DENTI, del cual entre sus numerosas obras se señalan en particular, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 49 y ss.; a su vez, a modo de ejemplo, *id.*, «Diritto comparato e scienza del processo», en R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 212 y ss. Acerca del conjunto de su obra desde la perspectiva de las instancias de reforma de este autor; publicado recientemente, A. DONDI, «M. Taruffo comparatista. Uno sguardo originale ai problemi del processo civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2(69), 2015, pp. 488-494.

² M. CAPPELLETTI, «Ideologie nel diritto processuale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XVI, vol. 193, 1962, pp. 200 y ss.; *id.*, *Processo e ideologie*, Bologna, Il Mulino, 1969, *passim*. A continuación, ampliamente, M. TARUFFO, «Dimensioni transculturali della giustizia civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol.(FF)54(4), 2000, pp. 1047 y ss.; también *id.*, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 28 y ss.; donde también *id.*, «Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali», *Foro Italiano*, vol. 124(11), 2001, p. 345.

³ L. CADIET, J. NORMAND y S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, pp. 8 y ss., y 18 y ss., y los argumentos presentes en N. TROCKER y V. VARANO (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, G. Giappichelli, 2000, *passim*; V. VARANO y V. BAR-

Una circunstancia contrasta en el marco de estas nuevas tendencias que combinan transformación y complejidad del contexto procesal. Como es sabido, la característica en sentido modernista de la cultura procesal del *Novecento*, ha sido la tendencia a concebir a los ordenamientos singulares como internamente homogéneos en su conjunto, con la presencia virtual de un único modelo de litis⁴. Probablemente en razón de esta concepción general, al menos hasta el último ventenio del siglo xx, el problema de la adecuación de las modalidades procedimentales a las características propias de la controversia individual, ha sufrido —tanto en el debate doctrinal como a nivel de las reformas del proceso— una marginalización sustancial. Se trata de una concepción difundida prácticamente en todos los ordenamientos y que aquí se intentará poner en evidencia, especialmente ante la presencia de signos que dan cuenta de su superación mediante reformas tendientes, justamente, a diversificar la tipología de controversias frente a exigencias procedimentales específicas.

Otro *caveat* se impone con el fin de individualizar y delimitar el ámbito de tratamiento. Ello concierne a las culturas del proceso, por así decir, extra-occidentales. A estas culturas se hará referencia en el presente trabajo con el fin fundamental de someter a verificación la extendida convicción de que ellas derivarían, en todo o en gran parte, de culturas procesales que remiten a la tradición europeo-continental o norteamericana. La idea de base es que en los últimos años, justamente, en los países de más reciente desarrollo, se encuentran en curso, no obstante innegables mimesis de los modelos occidentales, transformaciones de gran importancia en la impronta de la creación progresiva de modelos autónomos y originales⁵.

Otro aspecto que caracteriza a nivel general la perspectiva aquí adoptada consiste en la conexión de las modalidades del proceso con la formación de los sujetos técnicos que en él operan, particularmente: el abogado que ejerce la profesión independiente y el funcionario judicial. A esto se conecta también la referencia que debe hacerse respecto de las instituciones de formación jurídica, de la estructura del empleado judicial y de las colegiaturas de abogados. Se estima que la constatación de las diferencias notables que existen al respecto, pueda contribuir a determinar en manera realística las características de los ordenamientos procesales individuales, o, al menos, a valorar su eficiencia general.

Relacionada a esta temática, si bien en manera no del todo uniforme, se halla el área generalmente definida como *legal ethics* o ética profesional del abogado y del funcionario judicial; área que concierne tanto a la incidencia de las disciplinas ético-profesionales en la práctica del proceso, como a la convivencia crítica del cuadro deontológico de referencia, al menos a nivel de las profesiones directamente comprometidas (abogado, empleado

SOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law-common law*, 5.^a ed., Torino, G. Giappichelli, 2014, esp. cap. 3.

⁴ A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Torino, UTET, 2013, pp. 121 y ss.

⁵ O. G. CHASE, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London, New York University Press, 2005, *passim*.

judicial, académico)⁶. En algunos ordenamientos más que en otros, dicha convivencia ha permitido percibir, en particular, la utilización impropia y sustancialmente abusiva del mecanismo procesal como un grave desvalor; circunstancia que ha permitido, como consecuencia, suscitar consiguientes reacciones en términos disciplinarios⁷.

El fenómeno del abuso procesal provee una excusa fundamental para tener en cuenta, en este punto, a un sector tradicionalmente descuidado como es el de las disciplinas de ética profesional, en correlación con los problemas del proceso civil. Bajo distintas ópticas, tales disciplinas pueden constituir una suerte de modelo procesal paralelo, fuertemente condicionante del comportamiento profesional de un sujeto fundamental para el funcionamiento del proceso civil, como lo es el abogado⁸.

2. GRANDES MODELOS. ACTUALIDAD Y OBSOLESCENCIA DE UNA CONCEPCIÓN

Las consideraciones de orden general hasta ahora desarrolladas no deben reputarse en conflicto con la existencia de una concepción, por así decir, tradicional del conjunto y de las características del proceso civil, aun analizado en perspectiva comparada. Se hace referencia, en síntesis, a la estratificación prácticamente secular de enunciaciones que teorizan sobre la existencia de elementos específicamente típicos de ordenamientos jurídicos y procesales. Elementos o aspectos que caracterizan, a su vez, a los relativos sistemas de pertenencia y, fundamentalmente, que pretenden evidenciar diferencias esenciales, o al menos, fisiológicas e irreconciliables contrariedades. Particularmente con referencia al proceso civil, esta concepción se estima tendencialmente generalizada, además de notoriamente emblemática de la yuxtaposición entre sistemas y modelos procesales correspondientes al *civil* y *common law*⁹.

En la elaboración comparatista, a la consolidación de esta perspectiva, frecuentemente le sigue una radical acentuación de estas diferencias, con la tendiente reafirmación de identidades culturales y geográficas portadoras de características sustancialmente inconciliables¹⁰. Una correspon-

⁶ G. C. HAZARD y A. DONDI, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford, Stanford University Press, 2004, pp. 15 y ss., y *passim* (trad. it., *Etiche della professione legale. Un approccio comparato*, Bologna, Il Mulino, 2005, *passim*).

⁷ M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Abuse*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, *passim*.

⁸ G. C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London, Yale University Press, 1978, *passim*.

⁹ M. TARUFFO, «Legal Cultures and Models of Civil Justice», en A. HELDRICH y T. UCHIDA, *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, Berlin, de Gruyter, 1996, pp. 623 y ss.; precedentemente, V. DENTI, «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 20(1), 1965, p. 31 y ss.; M. CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law»-«common law»*, Padova, Cedam, 1963, pp. 43 y ss.

¹⁰ R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1991, pp. 84 y ss. (donde *a contrario* la necesidad de una visión crítica esquemáticamente menos tranquilizadora acerca de la pureza de estas distinciones se funda en la

diente acentuación-aceleración de esta visión parece luego derivar de la simplificación «moderna» del cuadro evolutivo que han señalado, especialmente en el transcurso del *Novecento*, los modos de resolución de conflictos en cada uno de los ordenamientos de estos dos sistemas. A esta orientación en particular, parece vincularse el recurso a terminologías como la de «grandes modelos», para comprender justamente la presencia de configuraciones generales y visiones culturales vastas y enraizadas, concernientes ya sea a áreas geográficas específicas, o bien, a contextos político-económicos determinados, y que se distinguen de las arraigadas y presentes en otros lugares¹¹.

Bajo esta perspectiva, la noción de *common law* resulta coincidente con la de los modelos procesales de *common law* desarrollados en Inglaterra en el curso de la baja Edad Media¹². Análogamente, a partir del siglo pasado en particular, la noción de *common law* también resulta tendencialmente coincidente con la de *adversary system of litigation*, especialmente con referencia al orden técnico-estructural del modelo de proceso civil desarrollado en el ámbito estadounidense¹³. Por otra parte, durante el siglo pasado, esta circunstancia de la concepción del *common law* como un canon fundamentalmente de tipo procesal, ha encontrado correspondencia en la definición *civil law* refiriéndose en gran medida al sistema procesal de *civil law*¹⁴.

En otros términos, pareciera poder decirse que la tendencia ha sido equilibrar la noción de *common law* arriba descrita con una correspondiente noción de *civil law* portando parámetros de referencia fundamentalmente procesales o, en todo caso, significativamente caracterizados por su perfil procesal. Se puede decir que, especialmente por parte de la doctrina compa-

atención justamente a *formant* «*diverging from the explicit formulations of a system*» y en grado de evidenciar los «*implicit patterns*», como también las sorprendentes analogías, a su vez, entre varios modelos jurídicos).

¹¹ R. DAVID y H. P. DE VRIES, *The French Legal System. An Introduction to the Civil Law Systems*, New York, Oceana Publications, 1958, pp. 13 y ss., y 60 y ss.; M. CAPPELLETTI, H. MERRYMAN y J. M. PERILLO, *The Italian Legal System: An Introduction*, Stanford, Stanford University Press, 1967, pp. 111 y ss. A favor de esta perspectiva, recientemente, O. G. CHASE y J. WALKER (eds.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, LexisNexis, 2010; también M. DAMAŠKA, «Residual Truth of a Misleading Distinction», *Supreme Court Law Review*, vol. 3(49), 2010, pp. 3 y ss., y M. STORME, «Le Common Law/Civil Law Divide: An Introduction», *Supreme Court Law Review*, vol. 3(49), 2010, pp. 23 y ss. (como también los demás argumentos incluidos en la *Part I*).

¹² Respecto del «*feudal element*», a modo de ejemplo, R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown, Marshall Jones Company, 1921, pp. 1 y ss.; R. W. MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York, Law Center of New York University for the National Conference of Judicial Councils, 1952, pp. 12 y ss.

¹³ S. LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, pp. 41 y ss.; M. E. FRANKEL, «The Search for Truth: An Umpireal View», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123(5), 1975, pp. 1036 y ss.; M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 104 y ss. (trad. it., *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 1988); J. A. JOLOWICZ, «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52(2), 2003, pp. 281 y ss.; id., *On Civil Procedure*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 175 y ss.; W. D. BRAZIL, «The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change», *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, 1978, pp. 1295 y ss.

¹⁴ C. H. VAN RHEE (ed.), *European Tradition in Civil Procedure*, Antwerpen-Oxford, Intersentia NV, 2005, *passim*.

ratista estadounidense de la primera mitad del *Novecento*, se circunscribió la acepción de *civil law* a un ámbito geográfico principalmente europeo-continental de modelos procesales portadores, en su aspecto fundamental, de un intenso compromiso por parte del juez en el desarrollo de las actividades procedimentales¹⁵. Y siempre desde esta perspectiva, en un contexto caracterizado por la presencia tanto de un juez vestido con una toga, como de modalidades procedimentales esencialmente escritas, este aspecto ha sido asumido como sinónimo no solo de importantes poderes en la iniciativa instructoria del juez, sino, también, de la presencia de un autoritarismo judicial manifiesto¹⁶.

Análoga y someramente en el mismo periodo, también en la doctrina europea-continental, moviéndose en dirección contraria, se han realizado elaboraciones simplistas del modelo de *common law*, a esa altura, devenido en el referente comparativo típico. En relación a ello, a su vez, parece posible afirmar que se incurrió en híper-simplificaciones y, en buena medida, en forzamientos. En verdad, contrariamente a lo expuesto en forma precedente, se ha procedido a caracterizar a los ordenamientos pertenecientes a este sistema jurídico o área cultural como sustancialmente privados de la intervención del juez en el desarrollo de la actividad procedimental. Durante el transcurso del *Novecento*, se le ha atribuido validez a esta visión en forma prácticamente acrítica. Esta circunstancia se verifica principalmente mediante la casi exclusiva y recurrente individualización en el *trial*-momento de presentación y de definición del conflicto frente al jurado en el cual resulta muy limitado, en efecto, el rol del juez- del contenido específico del proceso civil anglosajón¹⁷.

Respecto de esta visión, es particularmente desde la segunda mitad del siglo XX que, en el contexto de una crítica progresiva contra la rigidez de esta yuxtaposición sistémica, se registran numerosas y fundadas observaciones por parte de la doctrina más destacada. Esta circunstancia se verifica, en

¹⁵ Emblemática a este propósito es la difusión estadounidense del estudio de A. ENGELMANN, *A History of Continental Civil Procedure*, Boston, Little Brown & Co., 1927 (título original *Der Civilprozess, Geschichte und System*, trad. de R. W. Millar). Acerca de la importancia del dato comparatista a través de la doctrina estadounidense de la época, también desde la perspectiva de una reafirmación fundamental de los valores de *adversariness*, véanse las críticas relativas de G. J. CLARK, *Yale Law Journal*, vol. 37, 1928, pp. 680 y ss., y R. W. MILLAR, «The Formative Principles of Civil Procedure», *Illinois Law Review*, vol. 18, 1923, p. 16.

¹⁶ B. KAPLAN Y A. T. VON MEHREN, «Civil Procedure. Reflections on the Comparison of Systems», *Buffalo Law Review*, vol. 9, 1960, pp. 409 y ss.; B. KAPLAN, A. T. VON MEHREN Y R. T. SCHAEFER, «Phases of German Civil Procedure», *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 1193 y ss.; A. T. VON MEHREN, *Civil Law System. Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1958, *passim*; H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969, *passim*.

¹⁷ W. J. HABSCHIED, «Les principes fondamentaux du droit judiciaire (The Fundamental Principles of the Law of Civil Procedure)», en M. STORME Y H. CASMAN (eds.), *Towards a Justice with a Human Face. First International Congress on the Law of Civil Procedure*, Ghent, University of Ghent, 1978, pp. 29 y ss. En perspectiva histórica con particular referencia al *jury trial*, G. C. HAZARD Y J. VETTER, *Perspectives on Civil Procedure*, Boston-Toronto, Little Brown & Co., 1987, pp. 77 y ss.; de nuevo en relación al proceso por jurado, pero también al instituto de la *cross examination*, E. D. GREEN Y C. R. NELSON, *Problems, Cases, and Materials on Evidence*, Boston, Little Brown, 1983, pp. 203 y ss.