

EL PROCESO CIVIL DE "CIVIL LAW" Y DE "COMMON LAW": ASPECTOS FUNDAMENTALES*.

Michelle Taruffo**

RESUMEN

En este artículo el autor analiza los sistemas procesales civiles de *civil law* y de *common law* desmarcándose de las tradicionales contraposiciones que la doctrina ha acostumbrado utilizar para la explicación de las diferencias fundamentales existentes entre uno y otro modelo. En efecto, a partir de la constatación de la insuficiencia y en ocasiones inutilidad de estas explicaciones para describir la situación actual de ambos modelos procesales, ensaya el autor un discurso que termina por dar luz a la evolución experimentada por estos sistemas y que, como bien apunta, se ha traducido en un acercamiento que se manifiesta de diversas formas como se ocupa de explicar.

PALABRAS CLAVES

Proceso civil, Proceso de *civil law*, Proceso de *common law*

* Este artículo aparece publicado en el año 2001 por la Revista "Il Foro italiano", también recogido en el libro "Sui confini: Scritti sulla giustizia civile" (Il Mulino, Bologna, 2002). La traducción desde el italiano para su publicación en esta Revista ha sido efectuada por el profesor Dr. Diego Palomo Vélez de la Universidad de Talca (dpalomo@utalca.cl). Se deja constancia que tanto la traducción como la publicación de este artículo han sido autorizadas por escrito por el autor.

Recibido 8 de abril de 2006 y aprobado el 27 de junio de 2006.

** Es catedrático de Derecho procesal civil en la Universidad de Pavia, Italia y profesor visitante en varias universidades estadounidenses (taruffo@unipv.it). Sus líneas de investigación abarcan el derecho procesal, el derecho probatorio, el derecho comparado, la filosofía del derecho, la historia del derecho, la epistemología, la antropología y la sociología. Sin posibilidad de hacer referencia aquí a sus numerosísimos artículos publicados en las más prestigiosas Revistas, sólo señalaremos que entre sus obras se cuentan, entre otras: *La prova dei fatti giuridici* (Giuffrè, 1992), *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana* (Cedam, 1979); *"La motivazione della sentenza civile"* (Cedam, 1975), *"La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi"* (Il Mulino, 1980), *"Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile"* (Il Mulino, 1991), *"La Giustizia civile negli Stati Uniti"* (con G. HAZARD, Il Mulino, 1993), *"Sui confini: Scritti sulla giustizia civile"* (Il Mulino, 2002), *"Lezioni sul processo civile"* (con L.P. COMOGLIO e C. FERRI, Il Mulino, Terza edizione in 2 voll., 2005).

ABSTRACT

In this article the author analyses the procedural law systems of civil law and common law outlining the traditional objections that the doctrine is accustomed to using to explain the existing fundamental differences between one and the other model. In fact, it is from the constataction of the insufficiency and, in occasion the uselessness of these explanations in describing the actual situation of both procedural models, that the author attempts a discourse that in the end sheds light on the evolution experienced by these systems and, as he clearly indicates, has translated into an approximation that manifests in different forms.

KEY WORDS:

Civil Procedure, Process of civil law, Process of common law.

1.- Introducción.

El análisis comparado de los sistemas procesales de *civil law* y de *common law* acarrea ante todo algunos problemas de método que conviene afrontar preliminarmente, a fin de colocar en la perspectiva correcta las consideraciones que iré desarrollando.

Una primera observación considera en línea general el método de la comparación, pero se refiere también en modo específico a la comparación de los sistemas procesales. Sin entrar aquí en la discusión sobre los métodos y las finalidades de la comparación jurídica, que se ha desarrollado en Italia¹ y también a nivel internacional, se puede sintéticamente decir que parece ya superada la idea según la cual comparar ordenamientos diversos consistiría en la neutral (y casi “pasiva”) medición de analogías y diferencias entre sistemas normativos al objeto de establecer cercanías o distancias entre normas y entre institutos. Al contrario, se reconoce ya uniformemente que el análisis comparado se puede hacer útilmente solo sobre la base de un “proyecto cultural” presupuesto y puesto

¹ Véanse, en particular, los trabajos recogidos en la obra *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980.

en obra por quién efectúa el análisis². Ésta, por lo tanto, no es nunca pasiva, neutral o indiferente: está, en cambio, condicionada y orientada tanto por la propia cultura del comparatista como por la finalidad en vista de la cual él desarrolla el propio trabajo. El proyecto cultural del estudioso del derecho comparado orienta no solamente sus elecciones (sobre cuáles ordenamientos, cuáles instituciones, cuáles experiencias comparará), sino también el método con el cual la comparación será desarrollada. Así, para señalar sólo algún ejemplo, una comparación basada sólo sobre el cotejo entre normas existentes en varios países en un cierto momento es justificable sólo dentro de una cultura rigurosamente (y restrictivamente) normativístico-positivista, y sobre la base de la idea de que la cultura jurídica sea una mera yuxtaposición de informaciones particulares que se supone “describen” datos normativos (en la cual se da por descontada una premisa muy problemática, ésto es que las normas se puedan describir). En cambio, una comparación orientada a las reformas³ implica la consideración del efectivo funcionamiento de los sistemas y de los institutos, de las subyacentes elecciones de política del derecho, de los orientamientos de la práctica y de los principios generales que fundan la validez y la efectividad de los ordenamientos que se están comparando⁴. En resumen, sigue siendo cierto el tradicional *slogan* de los comparatistas según el cual el mejor modo de conocer el propio ordenamiento radica en conocer también otros ordenamientos, pero es necesario considerar que muchos y diversos son los modos para conocer los otros ordenamientos (además que – naturalmente – para conocer el propio).

Un segundo orden de observaciones preliminares se refiere a aquello que se asume como “objeto” de la comparación. El jurista normativista tradicional tiende a considerar, como ya se ha apuntado, que se trata de comparar “normas”. A lo más él está dispuesto a

² De modelos culturales como fundamento y objeto del estudio del derecho comparado hablaba ya DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, en *L'apporto della comparazione*, cit., pp. 212 ss. A propósito, véase últimamente, MONATERI, *Critica dell'ideologia e analisi antagonista: Il pensiero di Marx e le strategie della comparazione*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 710 ss., quien oportunamente subraya la inexistencia de la neutralidad pretendida por una parte de la doctrina comparada.

³ Sobre la relación funcional entre comparación y reformas procesales, véase en particular, DENTI, *op. cit.*, pp. 204 ss.; CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, 1994, pp. 25 ss. A propósito se puede observar que, si por un lado el estudio comparado puede ser útilmente orientado a preparar reformas, del otro es difícil pensar que buenas reformas puedan ser realizadas sin un adecuado conocimiento de cómo otros legisladores han afrontado y resuelto – ya lo creo que en modo eficaz – los mismos problemas. Esta observación sería absolutamente banal si no ocurriese en Italia – aunque cosas parecidas suceden probablemente también en otros lugares – que reformas importantes y necesarias sean confeccionadas y puestas en vigor en la más rigurosa y obstinada ignorancia de aquello que acontece en otros ordenamientos. El hecho que reformas provincianas y autárquicas terminen luego fracasando en sus objetivos no puede maravillar, empero este es un discurso preponderantemente italiano que excede los límites de la presente exposición.

⁴ Véase, CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 11 ss.

reconocer que se deba tener noticia también de aquéllo que es indispensable para entender al menos superficialmente el significado de las normas, vale decir, de la jurisprudencia y la doctrina. Pero ya que conocer adecuadamente la jurisprudencia y la doctrina de otro ordenamiento (peor todavía si se trata de varios otros ordenamientos, quizás también culturalmente lejanos del propio) es muy difícil, o directamente imposible, de aquí que el jurista normativista no se extenderá mucho más que en la lectura (quizá también delegada en un joven colaborador que conoce el idioma) de algún sintético y resumido comentario. Se luego se trata de un procesalista típico⁵, orientado a considerar que el derecho procesal civil se agota en un conjunto de normas técnicas particulares, muy específicas y analíticas, éste tenderá a pensar que la comparación tiene relación con micro-problemas, o sea se desarrolla confrontando normas técnicas de detalle, y que el éxito de su trabajo no pueda ser otro que la anotación de las “variaciones sobre el tema”, vale decir, de las diferentes reglas específicas que los varios ordenamientos utilizan para regular los mismos aspectos de detalle del procedimiento. De esta forma la comparación procesal permanece en un nivel “micro” y se torna no sólo en terriblemente aburrida, sino que también en sustancialmente inútil.

Las cosas pueden ser configuradas en modo diverso, y la comparación puede tornarse más interesante y más provechosa, si se toman en consideración no sólo normas específicas (o normas específicas tomadas individualmente), sino que modelos procesales. No es el caso de profundizar aquí la discusión metodológica en torno a la noción de “modelo”⁶: creo que basta observar, por un lado, que la construcción de “prototipos ideales” de los diversos ordenamientos puede establecer un nivel de análisis sobre el cual la comparación es posible y provechosa, evitando perderse en la masa infinita de detalles; y de otro lado, que se pueden construir modelos de diversa magnitud o dimensión y con diverso contenido. Se puede pensar, por ej., en modelos del proceso de conocimiento o del proceso cautelar, en modelos probatorios, en modelos de organización judicial, como también en modelos de contenido bastante más amplio o bastante más acotados.

A propósito merece la pena observar que la construcción de los modelos (empleo a propósito este término para subrayar que el modelo no existe en la naturaleza, sino que

⁵ Sobre las principales características de esta figura, véase TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1996, pp. 553 ss.

⁶ Sobre el particular, véanse las observaciones de CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, en CHIARLONI, *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, pp. 3 ss. Extrañamente ninguna discusión metodológica sobre la idea de modelo aparece en la obra más reciente sobre el tema, vale decir GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000, dado que la autora se limita a usar algunos modelos sin explicar el fundamento.

debe ser — precisamente — construido) no puede ser arbitraria, si quiere tender a la representación de objetos efectivamente existentes, pero en algún modo es obra de quien estudia y analiza uno o más ordenamientos, y del conocimiento de ellos se extraen los “modelos ideales” que se muestran idóneos para representar los trazos esenciales de estos ordenamientos. Naturalmente, mientras más aproximado sea el modelo a la realidad que se quiere representar, mayor será su capacidad heurística y su utilidad como instrumento de análisis. Se podrá así hablar de modelos “buenos” o “malos”, dotados de mayor o menor capacidad representativa según su “cercanía” a aquello que ha sido modelizado. En cualquier caso, sin embargo, la construcción de los modelos es obra del intérprete, el cuál los construye precisamente con la finalidad de hacer posible y racional el análisis de ordenamientos diversos (o de institutos pertenecientes a ordenamientos diversos). Es justamente aquí que surge la importancia fundamental del “proyecto cultural” de quien se pone a desarrollar esta obra, porque es en función de este proyecto que se confrontan algunos ordenamientos y no otros, se estudian algunos institutos y no otros, y se eligen los aspectos de los ordenamientos e institutos que se consideran más importantes y, por tanto, merecedores de ser incorporados en el “modelo ideal” al cual se entiende hacer referencia. En suma, se puede tener un proyecto cultural poco entusiasmante, pero útil, por ejemplo el análisis de los métodos de notificación de los actos en los sistemas del sureste asiático o el estudio comparado de los plazos procesales en los ex países comunistas, mientras se posterga un bien distinto proyecto cultural, quizás no menos útil, pero culturalmente mucho más interesante, como por ejemplo el análisis de los instrumentos procesales de tutela de los consumidores o de los métodos de prueba de los hechos en el juicio en los sistemas occidentales desarrollados.

2.- La crisis de los modelos tradicionales.

Continuando con el discurso sobre el plano de la comparación de modelos y viniendo a cuento en la relación entre ordenamientos procesales de *civil law* y de *common law*, parece oportuno liberar el tema de algunas contraposiciones tradicionales, que han sido frecuentemente utilizadas para expresar diferencias consideradas fundamentales entre los dos tipos de ordenamientos, pero que aparecen desde hace tiempo superadas e incapaces de proveer conocimientos confiables. En realidad, no se trata de descripciones completamente falsas en sentido descriptivo, sino de imágenes que quizás puedan haber tenido algún significado en el pasado, y quizás estén dotadas de alguna eficacia alusiva todavía hoy, empero que han sido indebidamente consideradas como esenciales al objeto de trazar la distinción entre los dos tipos de ordenamientos procesales. Independientemente de su veracidad representativa, se ha tratado de modelos que han sido contruidos sobre la base de precisos proyectos culturales, vale decir, con el fin de poner en particular

evidencia – para exaltar el valor o criticar la presencia – algunos aspectos de los varios sistemas procesales que se confrontaban. Hoy la crítica que se puede dirigir al empleo de estos modelos no se refiere tanto al hecho de que ellos provean de falsas representaciones de la realidad (a pesar de que esto acontezca con bastante frecuencia, sea por ignorancia o falta de actualización de las informaciones), sino a que ellos hayan estado quizás estrechamente conectados con elecciones de valores o de sistemas dirigidos a privilegiar problemas y soluciones que ahora aparecen de menor interés.

Dos ejemplos permitirán representar un discurso menos abstracto, y verificar la fiabilidad de la aproximación crítica que aquí se propone. El primer ejemplo atañe a la contraposición entre oralidad y escritura, según la cual el proceso de *common law* sería un proceso esencialmente oral, mientras que el proceso de *civil law* sería un proceso esencialmente escrito. Sin entrar aquí en el tema general de la contraposición de principios entre oralidad y escritura⁷, debo señalar que la distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de *common law* y proceso de *civil law*. Por una parte, de hecho, es fácil observar que: a) el proceso de *common law* considera numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de *civil law*)⁸, y esta tendencia ha ido reforzándose en la evolución más reciente; b) el proceso de *equity*, que por siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el proceso *at law*, en la cual sin embargo han sido conservados numerosos aspectos del proceso *in equity*, era un proceso escrito⁹. El empleo de pruebas escritas, además, no es menos frecuente en el *common law* que en el *civil law*, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.

De otra parte, se puede observar que en varios ordenamientos de *civil law* se aprecian importantísimos elementos de oralidad que se encuentran, por ej., en las distintas formas de discusión oral, preliminar y conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en la audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que viene prevista en

⁷ Para un panorama comparado sobre el tema, véase CAPPELLETTI, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York, 1971.

⁸ El proceso de *common law* conoce de numerosos actos escritos con variados nombres (*pleadings*, *writs*, *briefs*, *motions*, y otros más todavía): de hecho, son escritos no sólo los actos introductivos, sino que también la mayor parte de los actos por medio de los cuales se desarrolla la fase de *pre-trial*: sobre estos actos, véase HAZARD e TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 125 ss.; TARUFFO, *Diritto processuale civile dei Paesi anglosassoni*, voz del *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1990, VI, pp. 347 ss.

⁹ Véase, SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, en 135 U. Pa. L. Rev., 1987, pp. 926 ss.; CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 68 ss.

varios casos. Naturalmente aquí no se quiere sostener que procedimientos de *common law* y procedimientos de *civil law* no presenten alguna diferencia desde el punto de vista de la alternativa oralidad-escritura; al contrario, en la extrema variedad de la regulación de muchos aspectos del proceso estas diferencias existen y en algún caso son muy relevantes. Con esto lo que se quiere decir es que resulta sustancialmente inatendible una equivalencia "*common law* = oralidad", así como es inatendible la equivalencia "*civil law* = escritura", de frente a la amplia presencia de la escritura en los procesos de *common law*, y al amplio espacio que se reserva a la oralidad en varios procesos de *civil law*.

El segundo ejemplo que aquí merece la pena traer a colación es la contraposición entre proceso *adversarial*, considerado como típico de los ordenamientos de *common law*, y proceso *inquisitorial*, que se considera como típico de los sistemas de *civil law*¹⁰. Sobre estos temas se ha acumulado en el tiempo, en la cultura jurídica de varios países, una literatura muy amplia, de la cual no es posible dar cuenta en un modo exhaustivo¹¹. Me permitiría, sin embargo, una observación irrespetuosa: muchas de aquellas páginas son pura propaganda ideológica a favor de uno u otro sistema y son completamente inatendibles desde un punto de vista científico. En efecto, nunca como en estos temas se han puesto tan en evidencia – aunque no siempre de forma consciente – los proyectos culturales (o, menos noblemente, los prejuicios ideológicos) de los juristas de varias culturas que se han ocupado de ellos. Una consideración más fría, o menos condicionada ideológicamente, de estos temas podría en efecto llevar a logros bien diversos, partiendo de la constatación – formulada por uno de los mayores comparatistas que hoy trabajan en el área del derecho procesal – de que la contraposición *adversarial-inquisitorial*, si nunca ha tenido de verdad un sentido (del que es lícito dudar), hoy seguramente está desgastada, superada y es sustancialmente inútil como instrumento de análisis¹².

En efecto, por un lado se puede observar que los procesos de *common law* frecuentemente han sido *inquisitorial*, o en cualquier modo *no-adversary*: sin necesidad de referirse al clásico caso de la Star Chamber inglés, basta recordar otra vez el proceso *in equity*¹³. Hoy, por otra parte, son numerosos los tipos de procedimientos que no se desa-

¹⁰ Véase, a modo de ej., refiriéndose predominantemente al proceso penal, GRANDE, *op. cit.*, pp. 47 ss.

¹¹ Para un análisis comparado de la contraposición aludida, véase, por todos, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. Bologna, 1991, pp. 30 ss., y *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, 1997, pp. 74 ss. Sobre este asunto, véase también, TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979; ID., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 339 ss.

¹² Véase DAMASKA, *I volti della giustizia*, cit., p. 34.

¹³ Véanse las referencias *supra*, en la nota 9, a las cuales se agrega TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 327; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, rist. 1982, pp. 532 ss.

rrollan del todo según el tradicional modelo *adversarial*, y están en cambio caracterizados por una presencia activa del juez. Además, como se verá también más adelante, el proceso ordinario angloamericano está hoy caracterizado por la presencia de relevantes poderes del juez, principalmente en el plano de la gestión del procedimiento.

Del otro lado, se puede observar que (a parte del tópic caso de la Santa Inquisición, y sin ocuparnos aquí del proceso penal) todos los procesos civiles de *civil law* han sido o son menos que *inquisitorial* en el sentido estricto del término. Basta considerar que ya, también en aplicación de garantías constitucionales y principios fundamentales, el contradictorio entre las partes está generalmente asegurado en una medida más que satisfactoria. Si “inquisitorio” significa, según la acepción históricamente fundada, que las partes no se pueden defender, entonces no existen en *civil law* procesos que puedan propiamente definirse como *inquisitorial*. Si en cambio con este término se quiere aludir a modelos de proceso en el cual el juez desarrolla un rol activo en la dirección y gestión del procedimiento y posee autónomos poderes de iniciativa instructoria, entonces la contraposición en objeto cambia de sentido, pero permanece igualmente en gran medida infundada. Basta pensar en la amplísima, extensa e importante experiencia del proceso liberal clásico¹⁴, fundado sobre una actuación intensa y omnipresente del principio dispositivo, para darse cuenta que nada ha sido más extraño a la historia del proceso civil de *civil law* que un modelo de proceso civil de verdad inquisitorio. En cuanto a los poderes instructorios del juez, es también conocido que hoy los varios sistemas de *civil law* adoptan orientamientos muy diversos, también en función de la diversidad de los procedimientos referidos a específicas materias (como el proceso del trabajo en Italia), así que la afirmación según la cual el modelo de *civil law* estaría caracterizado por fuertes poderes instructorios oficiosos resulta inatendible, y por lo demás esconde detrás una indebida generalización en problemas bastante complejos, que encuentran soluciones muy diversas en los variados ordenamientos.

3.- La evolución de los modelos: los ordenamientos de “*common law*”.

El hecho es que, respecto a las situaciones en las cuales han sido elaborados los esquemas fundados sobre la contraposición oralidad-escritura y *adversarial-inquisitorial*, muchos cambios se han producido en los diversos ordenamientos. Esto no implica una convalidación histórica *ex post* de estas contraposiciones, por cuanto no demuestra que ellas fuesen verdaderas e ideológicamente neutras cuando fueron elaboradas, sino que

¹⁴ Para más amplias observaciones al respecto, con referencia al código de procedimiento civil italiano de 1865, véase TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, pp. 142 ss.

implica que de algún modo estas categorías ya se han envejecido y no sirven para señalar los aspectos más relevantes de los sistemas procesales actuales. Esto ha determinado también una transformación de los paradigmas que aparecen más útiles para interpretar estos sistemas: el proyecto cultural consistente en el buscar establecer – a fin de presentar oportunidades y ventajas – cuales sistemas se caracterizaban por la oralidad, esencialmente con el fin de censurar aquellos que se presentaban todavía ligados al método de la escritura¹⁵, parece haber tenido su tiempo. Innovaciones dirigidas hacia la escritura (como en el caso de las *attestations* francesas¹⁶, o de la eliminación de la audiencia de discusión en Italia¹⁷) son introducidas sin excesivo escándalo: evidentemente, la sensibilidad hacia este género de problemas se ha atenuado mucho. También el proyecto cultural fundado en la exaltación del modelo *adversarial* y la denuncia de los aspectos inquisitorios del proceso civil parece haber tenido su tiempo, tanto en la doctrina norteamericana como en la de los países del *civil law*. Quizás se han dado cuenta del hecho de que ya no es el tiempo de rígidas contraposiciones dogmáticas y de contrastes de principio, o que ya no es el tiempo de insistir sobre aquellas contraposiciones o sobre aquellos contrastes, porque han emergido otros problemas en el campo de la justicia civil, y muchos legisladores han asumido orientamientos de reforma más pragmáticos y menos ideológicamente orientados. En cualquier caso, si no nos queremos cerrar a cualquier costo a la realidad que está fuera de la puerta de la ciencia jurídica, es necesario tener en cuenta las muchas e importantes transformaciones que se han verificado – y que están todavía en curso – en muchos ordenamientos de *common law* y de *civil law*. De hecho, es teniendo en cuenta los éxitos de estas transformaciones que se podrán construir nuevos modelos útiles para el análisis comparado de los sistemas procesales.

Importantes cambios han acaecido en los últimos años en los principales sistemas procesales de *common law*, entre los que cabe señalar significativas transformaciones de estos ordenamientos (y la crisis, de la cual ya se ha dado noticia, de los respectivos modelos tradicionales). Naturalmente no es posible dar cuenta en esta sede de todas estas trans-

¹⁵ Este proyecto era sostenido, por ej., en la obra fundamental de CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, pero se le encuentra también en la base de las referencias comparadas que CHIOVENDA llegó a sostener en su obra de propaganda a favor del principio de oralidad (véase, en efecto, *Lo statu attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, ahora en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, I, pp. 395 ss.).

¹⁶ Véanse los arts. 200 ss. del *Code de procédure civile*.

¹⁷ Véanse los actuales arts. 275 a 281 *quinquies* c.p.c. (mientras parece destinado a permanecer inaplicado el art. 281 *sexies*, que prevé la posibilidad de desarrollo oral con inmediato pronunciamiento oral de la sentencia motivada en la audiencia). No por casualidad, al justificar la eliminación sustancial de la audiencia de discusión, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 172, la define como una "inútil farsa".

formaciones, puesto que requerirían de extensos análisis *ad hoc*. Sin embargo, alguna sintética referencia puede ser suficiente para mostrar como el modelo de *common law* ha perdido o está perdiendo algunas de sus características tradicionales y ha adquirido otras nuevas. Haré referencia aquí a tres aspectos muy importantes: a) el rol del juez; b) la naturaleza y función de la fase de *pre-trial*; c) el rol del jurado.

a) En el tradicional modelo *adversarial* del proceso la figura del juez era aquella de un “árbitro pasivo”, de un *umpire* desinformado y desinteresado, además de neutral, que tenía la sola y exclusiva función de asistir al libre combate de las partes garantizando la corrección y sancionando los comportamientos *unfair* o ilícitos¹⁸. Esta imagen mítica ha cambiado casi completamente, siendo sustituida por una imagen del juez muy distinta. En Inglaterra esta transformación viene experimentada con las *Civil Procedural Rules 1998* que entraron en vigor el 26 de abril de 1999. Se trata de un verdadero y propio código de procedimiento civil¹⁹ (otra innovación relevantísima respecto a la imagen tradicional del derecho procesal civil inglés como derecho no escrito, que por otra parte ya desde hace tiempo se había tornado inatendible) en el cual al juez vienen confiados numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección del procedimiento, como aquél referido a la determinación del *track* que la causa deberá seguir (o sea del tipo de procedimiento aplicable según la naturaleza de la causa), a la fijación de las audiencias y la obtención de las pruebas²⁰.

En los Estados Unidos una transformación análoga se experimenta, a partir de los años setenta, con el surgimiento de la figura del *managerial judge*, que reemplaza y toma el puesto de la imagen tradicional del juez como *passive umpire*. Se trata de una transformación larga y compleja, que no tiene un preciso punto de referencia temporal como las *Rules* inglesas, y es la consecuencia de varios factores como la continua reforma de la *Federal Rules of Civil Procedure*, las reformas descentralizadas y localizadas a las cuales abre el paso la *Civil Justice Reform Act* de 1990, y las respuestas que la práctica judicial da a los crecientes problemas de gestión y control de la justicia civil, en particular con referencia a la fase preliminar del proceso (sobre ella *infra*, *sub b*). En cualquier caso,

¹⁸ Véase, también para referencias, DAMASKA, *I volti della giustizia*, cit., pp. 231 ss.; ID., *Evidence Law Adrift*, cit., pp. 76 ss.; TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 341; ID., *El processo civile “adversary”*, cit, pp. 117 ss.

¹⁹ Véase, *CPR*, rule 1.1, donde las mismas *Rules* son expresamente definidas como “a new procedural code”.

²⁰ En la literatura italiana sobre el tema, véase, también para amplias referencias bibliográficas, PASSANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 1363 ss., pp. 1378 ss.

cuando Judith Resnick, en un ensayo justamente famoso de 1982²¹, fotografía al *managerial judge* y analiza su origen y características principales, esta transformación está ya sustancialmente completa: no corresponde más al juez el rol de árbitro pasivo que se limita a "pitar las faltas" cometidas por las partes, sino un rol de organización y gestión activa - no sólo de control - del desarrollo del proceso²².

Si luego se mira en particular a los poderes de iniciativa instructoria del juez se constata que, con permiso de la tradicional imagen del juez angloamericano completamente privado de tales poderes, en ambos ordenamientos el juez puede desarrollar también un rol marcadamente activo sobre el plano de las iniciativas probatorias. En efecto, relevantes poderes del juez en materia de prueba han sido previstos en las nuevas *Rules* inglesas²³, y significativos poderes instructorios estaban ya previstos en la *Federal Rules of Evidence* estadounidense introducidas en 1975 y modificadas en 1994, en particular con referencia a la prueba testimonial y a la *expert evidence*²⁴.

b) La imagen histórica más destacada y difundida del proceso angloamericano es aquella de un procedimiento centrado en una audiencia de discusión en la cuál se practican las pruebas testimoniales, los abogados discuten oralmente la causa, e inmediatamente después debe ser pronunciada la sentencia²⁵. Sin embargo, por varias razones de funcionalidad del *trial*, desde comienzos del s. XX se han venido configurando, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, fases preliminares (*pre-trial*) con la función de permitir a las partes prepararse adecuadamente para el juicio, esencialmente el trámite de *discovery* de las pruebas en posesión del adversario o de un tercero²⁶. De aquí la imagen consolidada del proceso de *common law* como procedimiento dividido en dos fases: una fase de *pre-trial* con una función esencialmente preparatoria, y una fase de *trial* para la práctica de las pruebas orales en audiencia a través del mecanismo de la *direct y cross examination*.

²¹ Véase RESNICK, *Managerial Judge*, en 96 Harv. L. Rev., 1982, pp. 376 ss. Sobre el cambio de la función del juez provocado por la difusión de la *public law litigation* debe ser recordado también el clásico trabajo de CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 Harv. L. Rev., 1976, pp. 1284 ss.

²² En la literatura reciente sobre el tema, véase, a modo de ej., SCHWARTZER, *Case Management in the Federal Courts*, en C.J.Q., 1996, pp. 141 ss., y en particular Just, *Speedy and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica, Calif., 1996.

²³ Véase CPR, rule 32.1. (1) (a) (b) (c) y 32.1.2.

²⁴ Véase la Rule 614 (a), que prevé el poder de oficio del juez para disponer prueba testimonial no solicitada por las partes, la Rule 614 (b), según la cual el juez puede interrogar los testigos presentados por las partes, y la Rule 706 relativa al poder del juez de nombrar peritos de oficio.

²⁵ Véase TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 347 ss., 367 ss.; HAZARD y TARUFFO, *op. cit.*, pp. 151 ss.; JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, trad. it. Bologna, 1995, pp. 147 ss.

²⁶ Véase TARUFFO, *op. cit.*, pp. 348, 353 ss., 360 ss.

Este modelo rige todavía como representación aproximativa del proceso angloamericano, empero se necesita observar que con él se corre el riesgo de producir malentendidos y errores si se le considera como una fiel descripción de aquello que normalmente acontece en los tribunales ingleses o estadounidenses. En efecto, más allá del modelo teórico bifásico, la realidad ha evolucionado en una manera muy diversa. Se trata de fenómenos no nuevos, que sin embargo vale la pena recordar. En Inglaterra ocurre que desde hace decenios un porcentaje bajísimo de controversias civiles (del orden del 2-3 por ciento de las causas iniciadas) sobrevive a la fase preliminar y llega al *trial* para luego concluir con una sentencia. Este fenómeno se verifica por varias razones que no pueden ser analizadas aquí: sin embargo, debe señalarse el hecho de que el legislador inglés ha alentado de varios modos esta tendencia, empujando decididamente en la dirección de favorecer la resolución precoz del proceso en la fase de *pre-trial*. Diversas técnicas, que incluyen intentos de conciliación, decisiones *in default*, juicios sumarios y *payments into court*, han sido utilizadas para conseguir este objetivo²⁷.

En los Estados Unidos la situación normativa y las técnicas utilizadas son en parte diversas, pero no es sustancialmente distinto el resultado: en efecto, un porcentaje elevadísimo de causas civiles no supera la fase de *pre-trial* y no llega al juicio, en la mayor parte de los casos porque las partes acuerdan un *settlement* o porque el juez ha dispuesto un intento de conciliación ante un tercero o un arbitraje, o porque ha tenido éxito algún mecanismo de resolución precoz de la controversia²⁸.

Estos fenómenos son importantísimos desde muchos puntos de vista que aquí no podemos analizar en modo adecuado, pero producen al menos dos consecuencias “de sistema” que deben ser puestas en evidencia. La primera consecuencia es que en procesos así articulados, en los cuales la suerte de la grandísima mayoría de las causas se juega en la fase preliminar, la contraposición *adversarial-inquisitorial* queda completamente privada de sentido. En efecto, lo que acontece en el ámbito del *pre-trial* y que se desarrolla como una batalla dialéctica entre defensores, y entre los defensores y el juez, no es adecuadamente analizable en los términos de esta contraposición. La segunda consecuencia es que el modelo del proceso de *common law* no puede ser más definido según el esquema bifásico de *pre-trial* y *trial*, sino a costo de provocar graves malentendidos, por la clara razón de que en el orden del 90-98 por ciento de los casos el *trial* no tiene lugar. Se vuelve justamente impropio incluir en el modelo el pronuciamiento de la sentencia a continuación de la práctica de las pruebas, dado que raramente – vale decir, sólo cuando

²⁷ Véase, en particular, JACOB, *op. cit.*, pp. 77 ss.

²⁸ Véase HAZARD y TARUFFO, *op. cit.*, pp. 130 ss.

se ha desarrollado el *trial* – el proceso termina con la sentencia. En resumen y en síntesis: paradójicamente la fase de *pre-trial*, nacida con una función preparatoria – vale decir, para permitir a las partes de llegar al *trial* en la mejores condiciones para jugar en él las propias cartas defensivas – sirve en los hechos para preparar el juicio sólo cuando funciona mal, o sea en los raros casos en los cuales fallan todos los mecanismos predispuestos para hacer que la causa se cierre prontamente. El *pre-trial*, entonces, se configura esencialmente como una fase de “resolución de la controversia sin decisión” y sólo excepcionalmente desarrolla de verdad una función preparatoria²⁹.

Si se tiene en cuenta todo esto, es fácil concluir que el modelo típico del proceso de *common law* está ahora constituido esencialmente de una fase en la cual ambas partes, bajo la activa dirección del juez, aclaran los términos de la controversia, adquieren a través de la *discovery* informaciones sobre las respectivas defensas y sobre las pruebas que podrán ser empleadas, valoran la oportunidad de un acuerdo o de una renuncia a continuar con el proceso, y transigen o se sirven de alguno de los medios de resolución rápida de la controversia. Cabe observar que esta fase del procedimiento es esencialmente escrita, dirigida por el juez que dispone al respecto de amplios poderes, y – a diferencia de la imagen tradicional del *trial* – no es concentrada, al contrario se desarrolla en pasajes que pueden ser numerosos y complicados, y pueden requerir – al menos en los casos más complejos – de tiempos muy largos. Como se ha dicho, sólo en los raros casos en los cuales este procedimiento, que se ha convertido en el verdadero proceso, no logra poner fin a la controversia, tendrá lugar el juicio con la práctica de las pruebas y se dictará una sentencia.

c) Un tercer factor que tradicionalmente se ha considerado como característico del proceso de *common law* es la presencia del jurado en las controversias civiles. Sin embargo, también a este respecto se han verificado cambios de gran importancia. En Inglaterra el jurado civil ha desaparecido ya desde hace decenios, así que sería errado imaginar el proceso civil inglés como centrado sobre un juicio realizado frente a un jurado. Además, en los poquísimos casos en los cuales, como recién se ha visto, el proceso llega al juicio, éste se desarrolla frente a un juez togado (unipersonal), sin ningún jurado³⁰.

²⁹ Véase, en particular, GROSS y KENT, *Don't try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement*, en 44 *UCLA L. Rev.*, 1996, pp. 1 ss.

³⁰ Véase JACOB, *op. cit.*, pp. 154 ss.

En los Estados Unidos se ha verificado un fenómeno sustancialmente análogo³¹, si bien en términos menos absolutos: en efecto, el jurado civil está todavía presente en un porcentaje de casos no irrelevante, aunque sí netamente minoritario³². Las principales razones para esta sobrevivencia son sustancialmente dos: el hecho de que el *jury trial* sea previsto como garantía de la VII enmienda de la Constitución estadounidense³³, pero sobretudo el hecho de que los jurados populares son famosos por su generosidad en el acuerdo de indemnizaciones y *punitive damages* que a veces comprenden sumas elevadísimas, así que el demandante en una causa de responsabilidad por daño puede estar tentado a asumir los elevados costos, y también los riesgos, del *jury trial*, en la esperanza de ganar mucho dinero en la lotería judicial. Sin embargo, si no se sobredimensionan fenómenos de este género, que pertenecen casi más al folklore judicial (aunque a veces millonario) que a la práctica predominante, se puede concluir que también en el sistema estadounidense sería impropio configurar al jurado como un elemento fundamental del modelo de proceso civil.

4.- Los ordenamientos de “civil law”.

Si ahora se mira al mundo de los ordenamientos de *civil law*, el problema de los modelos procesales se presenta todavía más complejo, a un punto tal que parece de verdad imposible discutir sensatamente de un modelo de *civil law*. Reduciendo a pocas palabras un discurso de requeriría un análisis comparado en profundidad, se pueden subrayar dos aspectos particularmente importantes: a) en realidad nunca ha existido un modelo homogéneo y unitario de proceso civil de *civil law*; b) en los últimos decenios se han verificado tan y tales transformaciones en varios ordenamientos procesales del área civilística, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia en modo sintético y unitario a los modelos tradicionales.

a) Históricamente, si se piensa en los siglos de derecho común, en Europa continental nunca ha existido un modelo homogéneo de proceso civil. Al contrario, la disciplina del proceso estaba extremadamente fragmentada en función de la diversidad de las jurisdicciones y de la pluralidad de las fuentes reguladoras del procedimiento, así que no había

³¹ Sobre el declive del *trial by jury* en Inglaterra y en los Estados Unidos véase, en particular, DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, cit., pp. 126 ss.

³² En el muy reducido porcentaje de casos que llegan al *trial* para ser decididos mediante sentencia, el jurado resulta estar presente con una frecuencia de alrededor del 80 por ciento de las causas de indemnización de perjuicios: véase KIRKPATRICK, *Evidence Law in the Next Millenium*, en 49 *Hastings L.J.*, 1998, pp. 365 ss.

³³ La concepción garantística del jurado explica la extensión del *jury trial*, materializada en 1991, a los casos de discriminación en materia laboral (42 U.S.C. par. 1981 a (c) (1991)).

mucho en común, por ej., entre los procesos regulados por el *Code Louis*³⁴, los estatutos italianos³⁵, la práctica judicial de la *Rota romana* y de los otros grandes Tribunales³⁶, o la *Kammergerichtsordnungen* germánica³⁷. La usual referencia al proceso romano-canónico como base constante de los ordenamientos procesales continentales no es fundamentalmente errada, si sirve para señalar algunas características muy generales del proceso civil de derecho común como la escritura, la duración y la no concentración, pero no pueden esconderse las grandes y profundas diferencias que han marcado por siglos a estos ordenamientos. Incluso en el siglo XVIII había bien poco en común entre el *Codex Fridericianus Marchicus* en Prusia³⁸, el código “josefino” en Austria³⁹, las Constituciones piemontesinas⁴⁰ y los estatutos y la práctica judicial en vigor en una infinidad de Estados (grandes y pequeños) en toda Europa. En el transcurso del siglo XIX parece verificarse una convergencia debida a la imitación, que se difunde en Europa, del modelo constituido por el *Code de procédure civile* napoleónico⁴¹, pero esta convergencia desaparece hacia finales del siglo esencialmente a causa de la ruptura determinada por la *Zivilprozessordnung* austríaca, que se instala como nuevo y diverso objeto de inspiración y de imitación por gran parte de la doctrina y por algunos legisladores procesales sucesivos⁴². Si luego se mira el s. XX se descubre que el área del proceso civil de *civil law* conoce de al menos tres modelos principales: el francés, que continúa siendo seguido en algunos países como, por ej., Bélgica e Italia; el austríaco-alemán, que es seguido tam-

³⁴ Véase *Code Louis. T.I. Ordonnance civile (1667)*, rist. Milano, 1996, sobre el cual véase PICARDI, *Il giudice a la legge nel “Code Louis”*, en *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 33 ss.

³⁵ Véase SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano, 1927, y una breve noticia en TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., pp. 8 ss.

³⁶ Véase GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (disegno storico-comparativo)*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, I, pp. 447 ss.; ID., I “Grandi Tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d’Italia, en *Quaderni del Foro italiano*, 1969, pp. 629 ss.

³⁷ La referencia es a los actos fundamentales de institución (1495) y de reforma (1555) del *Reichskammergericht*. Sobre el proceso ante este órgano es fundamental la investigación de RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts-und sozialgerichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert, Köln-Wien, 1985, I*, especialmente pp. 195 ss. Véase además la amplia bibliografía citada ivi, pp. 19 ss.

³⁸ Véase *Codex Fridericianus Marchicus. T.I, Project des Codicis Fridericiani Marchici*, 1748, rist. Milano, 200, y ivi, pp. XI ss., la presentación de MOHNHAUPT.

³⁹ Véase *Regolamento giudiziario di Giuseppe II. 1781*, rist. Milano, 1999, y ivi la *Prefazione* de PICARDI (publicada también en *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 36 ss) y l’*Introduzione* de OGRIS y OBERHAMMER.

⁴⁰ Véase VIORA, *Le Costituzioni piemontesa (Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna). 1723-1729-1770*, Torino, 1928, y una breve noticia en TARUFFO, *op. ult. Cit.*, pp. 19 ss.

⁴¹ Sobre la influencia del código procesal francés en los códigos italianos del siglo XIX, véase TARUFFO, *op. ult. Cit.*, pp. 55 ss.

⁴² A propósito de la influencia ejercitada por el código austriaco en el pensamiento de Chiovenda, véase TARELLO, *L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1973, pp. 699 ss.

bién en los países escandinavos y en los de Europa oriental, además de Japón; y el español, que es seguido por muchos países de América latina. No corresponde profundizar aquí el análisis de estos modelos, de sus variaciones y sus adaptaciones que se han verificado tantas veces en los diversos ordenamientos: aunque una consideración como la aquí propuesta basta para mostrar como ha quedado privada de fundamento, también bajo el perfil histórico, la idea de que en el pasado haya existido, y menos que exista hoy, un modelo unitario y homogéneo de proceso en el área de sistemas del *civil law*.

b) Si se tiene en consideración el panorama que se ha venido delineando en los últimos años al interior de esta área se pueden verificar varias añadidas razones para excluir la existencia efectiva de un tal modelo. Obviamente, no es posible desarrollar aquí un análisis comparado satisfactorio, pero algún ejemplo puede bastar para ilustrar este punto. Por una parte, es necesario considerar que dentro del mundo de *civil law* ya desde hace tiempo se vienen manifestando fuertes influencias derivadas de los modelos de *common law*, y en particular del modelo estadounidense, por una serie de razones históricas, políticas y culturales. Un ejemplo muy significativo está representado por Japón: es conocido que el ordenamiento procesal japonés se ha inspirado en el modelo germánico a partir de fines del siglo XIX, así que desde entonces Japón ha pertenecido con pleno título al grupo de los sistemas procesales de tipo europeo⁴³. Sin embargo, después del fin de la segunda guerra mundial la influencia estadounidense se hizo presente en un modo muy intenso, en modo tal que el código de procedimiento civil japonés que está actualmente en vigor desde el año 1998 configura un sistema “mixto”, en el cual elementos de origen norteamericano (como por ej., la *cross examination*) han sido combinados con elementos remanentes de origen germánico (sobre todo en lo que respecta al esquema del procedimiento), y con elementos autóctonos (particularmente la conciliación). Otras influencias estadounidenses se pueden encontrar fácilmente en varios ordenamientos de *civil law*: basta pensar en la recepción de formas de tutela jurisdiccional de los intereses difusos diseñadas sobre el ejemplo de la *class action* (recepción que ha tenido lugar o está teniendo lugar, además que en Brasil, en otros países de *civil law*)⁴⁴. Estos ejemplos también sirven para llamar la atención sobre el hecho de que variaciones e interferencias no se verifican solamente a nivel de los modelos generales de procedimiento: al contrario, son más frecuentes, y no menos importantes, los cambios, las interferencias y los “transplantes” que dicen relación con institutos procesales singulares.

⁴³ Véase, en particular, los trabajos de NAKAMURA recogidos en *Japan und das deutsche Zivilprozessrecht-Sammelband der zivilprozessualen Abhandlungen*, Tokyo, 1996.

⁴⁴ A propósito, véase GIUSSANI, *Studi sulle “class action”*, Padova, 1996.

De otra parte, merece la pena tener en consideración que también dentro de los sistemas de *civil law* se han verificado transformaciones de gran importancia, que han significado modificaciones al conjunto de los paradigmas procesales precedentes. Dos ejemplos pueden bastar para ilustrar este punto. El primer ejemplo se refiere a los sistemas procesales en idioma alemán. La *Zivilprozessordnung* germánica del año 1877 evidenció directamente la influencia del modelo francés, pero esto no tuvo lugar en Austria, donde la disciplina del proceso civil siguió una autónoma línea evolutiva con los códigos de 1781 y de 1815⁴⁵. En cualquier caso, el código de Klein de 1895 no sólo innovó radicalmente la situación de la justicia civil en Austria, sino que constituyó el modelo para las sucesivas reformas germánicas que después de varias etapas han evolucionado en la *Beschleunigungsnovelle* de 1977. En estas transformaciones se verifica por un lado la adopción del modelo de proceso oral y concentrado delineado por Klein, que representa una alternativa radical respecto al modelo francés (e italiano) de un proceso escrito y no concentrado. Sin embargo, por otro lado, en alguna medida se manifiesta también la influencia del modelo “clásico” de *common law*, vale decir, del esquema procedimental bifásico, compuesto por una fase preparatoria y una fase de debate y asunción de las pruebas. No es una casualidad que, si se examina ahora el esquema estructural fundamental del proceso germánico (y aquel, en muchos aspectos similar, que se recoge en varios países escandinavos), se puedan constatar más analogías “de sistema” de este proceso con el esquema de proceso angloamericano que las que se puedan encontrar con el proceso francés o italiano. De este modo, la tradicional “sistematización de los modelos” fundada sobre la distinción global entre *civil law* y *common law* aparece profundamente modificada; el modelo a dos fases existe ya en muchos sistemas de *common law* y también en varios sistemas de *civil law*, además que en varios sistemas mixtos como el japonés.

El segundo y más reciente ejemplo es provisto por la Ley de enjuiciamiento civil española aprobada al inicio del 2000 y entrada en vigor a inicios del 2001. España, como ya se ha señalado, había permanecido fuera o al margen de la influencia del modelo francés: en efecto, el código procesal de 1881 no formaba parte del grupo de las variaciones de este modelo. La situación cambia radicalmente en el 2000, pero no porque se haya recepcionado tardíamente el modelo francés, sino porque el legislador español adopta – en lo que se refiere a la estructura del procedimiento – el esquema bifásico que se había consolidado – como recién se ha visto – en Austria y en Alemania, que ha demostrado tener una notable fuerza de expansión también más allá de los ordenamientos de lengua

⁴⁵ Véase TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 70 ss.

alemana. Con ello el legislador español no ha salido del área de *civil law*, pero es claro que el ordenamiento español actual no se enmarca dentro del área de influencia del modelo francés y, por lo tanto, termina por no tener mucho en común, por ej., con el ordenamiento italiano⁴⁶. Como se ve, entonces, la idea de un modelo homogéneo del proceso de *civil law* ha sido y sigue siendo una *fictio* conceptual que ha escondido y confundido la efectiva realidad de los principales ordenamientos de la Europa continental y de aquellos que son en variado modo derivados en Europa y en otros países del mundo. Se ha terminado por sobreponer a esta realidad diversificada un modelo teórico unitario que no sólo era bastante vago e indeterminado en sus lineamientos fundamentales, sino que además no encontraba correspondencia real en algún tipo de efectiva uniformidad de las disciplinas procesales que pretendía describir. No es sencillo individualizar las razones de la difusión y del éxito de este malentendido cultural, que verdaderamente ha sido – y en importante medida es todavía – bastante común. Quizás, empero se trata de una hipótesis que debe ser comprobada, se haya construido esta homogenidad tan ficticia para tener algo que contraponer a aquello que no se conocía y respecto del cual se temía una intrusión, vale decir, al proceso angloamericano. En el fondo, no debe olvidarse que también hoy, y por parte de muchos juristas no sólo italianos, *anglicum non legitur*, y que normalmente se desconfía de aquello que no se conoce.

Por otra parte, no debe olvidarse que en la cultura de *common law* se ha verificado el fenómeno simétrico: a una imagen fuertemente idealizada e ideologizada del proceso *adversary* como modelo ideal del proceso angloamericano se ha contrapuesto una imagen igualmente ideologizada del proceso *inquisitorial* como modelo típico del proceso europeo, sin advertir que ninguna de las dos imágenes correspondía a la realidad efectiva. Que esto se debiese a los límites de la cultura jurídica estadounidense parece algo evidente: en cualquier caso, se ha llevado el mundo de los ordenamientos procesales de *civil law* a un esquema fuertemente simplificado y negativamente connotado, quizás para justificar la falta de conocimiento del mismo y la escasa voluntad de empeñarse en conocerlo.

5.- Tendencias de superación de la distinción.

Las consideraciones precedentes no están dirigidas a sostener que ha desaparecido toda diferencia entre los sistemas procesales de *common law* y los sistemas de *civil law*: una conclusión de este tipo sería evidentemente absurda de frente a las numerosas y

⁴⁶ Sobre estos aspectos del nuevo proceso español, véase, en la ya rica literatura sobre el tema, DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, pp. 11 ss., pp. 563 ss.

relevantes diferencias que todavía subsisten. Lo que se quiere sugerir es que ya no son aceptables los términos tradicionales mediante los cuales se ha formulado por mucho tiempo la distinción entre dos grupos de ordenamientos puesto que, admitido que los dos modelos hayan tenido alguna capacidad descriptiva, la realidad normativa – y todavía más la de la experiencia efectiva – de estos sistemas aparece ya ahora profundamente cambiada, y aparece destinada a posteriores profundas transformaciones. Mientras desaparece la aparente claridad de dos modelos y de su distinción, el panorama de los ordenamientos procesales actuales cambia profundamente también a causa del surgimiento y creciente importancia de tendencias que ya no pueden ser reconducidas dentro de la estática clasificación de cada singular sistema procesal como “de *common law*”, “de *civil law*” o mixto. Asumen además gran relevancia ordenamientos que en el pasado fueron dejados al margen (o fuera) del panorama que tomado en consideración, pero que ahora, y todavía más en el próximo futuro, no pueden seguir siendo ignorados. Valga por todos el ejemplo de China, que no sólo ya ha adquirido un rol de primer plano desde el punto de vista político y económico, sino que está también reformando progresivamente el sistema de administración de justicia siguiendo caminos difícilmente reconducibles dentro de la habitual sistemática occidental, aunque los trazos fundamentales de este sistema permiten reconducirlo aproximativamente al área de *civil law*⁴⁷.

Una situación tan compleja, en la cual remanentes todavía importantes de los modelos tradicionales conviven con novedades que se desarrollan rápidamente, no puede ser aquí analizada a través de descripciones que pretendan ser completas, y que estarían de todos modos destinadas a la obsolescencia en un tiempo relativamente breve. Sin embargo, vale la pena esbozar sumariamente los factores dinámicos que parecen estar detrás en el contexto de los cambios relativos a los principales sistemas procesales.

Un primer factor de notable importancia es aquél que los comparatistas suelen denominar circulación de los modelos. A diferencia de lo que ha acontecido por siglos, cuando los ordenamientos procesales cambiaban de normativa (aunque no faltaron excepciones como la *Rezeption* germánica) con ritmos muy lentos pero sobre todo “en vertical”, o sea cada uno permaneciendo dentro de sí mismo y evolucionando según sus propias líneas históricas, el fenómeno que caracteriza la evolución más reciente es el de la “interferencia horizontal” entre diversos sistemas, o – si se prefiere – de la imitación de un sistema o modelo por parte de otros sistemas, aunque derivados de experiencias históricas y lí-

⁴⁷ Para la traducción italiana del código de procedimiento civil chino y varias leyes relativas a la administración de justicia, véase *Ricerche sul processo. 7. Il processo civile cinese*, Rimini, 1998, con ensayos introductorios y comentarios de varios autores.

neas evolutivas muy heterogéneas. Lo que se quiere subrayar es que por lo que respecta al proceso civil estos fenómenos se verifican desde hace algún tiempo no sólo entre los singulares ordenamientos procesales estatales, sino también entre modelos generales o áreas de ordenamientos (pudiendo de algún modo comprender, según los casos, esquemas procesales generales o bien singulares institutos o específicos *remedies*). Esto es, se verifica un complejo intercambio de modelos también entre los sistemas de *common law* y los sistemas de *civil law*. Los ejemplos son numerosísimos, sobre todo si se observa la influencia del modelo norteamericano, pero bastará con citar alguno para aclarar el discurso: desde este modelo algunos sistemas de *civil law* han importado el jurado penal (como ha acontecido recientemente en España)⁴⁸, la técnica del interrogatorio cruzado, la idea de que se debe limitar el recurso ante las cortes supremas, la *class action*, el empleo de testimonios escritos sobre el modelo de la *affidavit*, y varias otras cosas. Sin embargo, no faltan, aunque son bastante menos frecuentes, hipótesis en las cuales legisladores de *common law* han observado a los sistemas de Europa continental: el caso paradigmático es el de Inglaterra, que ha adoptado con las *Rules* de 1999 la idea de un código procesal, hasta ese momento extraña a la tradición inglesa, y que de los ejemplos europeos parece haber tenido inspiración, por ej., en materia de medidas cautelares y poderes del juez.

Un análisis interesante, pero que aquí no se puede ni siquiera esbozar, podría revisar la frecuencia, la intensidad y la importancia relativa de los “intercambios” entre los sistemas procesales de *common law* y de *civil law*. Sin embargo, se puede señalar en líneas generales la circunstancia de que los legisladores modernos que se ocupan seriamente de reformas de la justicia civil tienden a “tomar prestado” aquello que consideran es útil a sus finalidades sin sentirse excesivamente vinculados a las respectivas tradiciones nacionales, y dirigiéndose entonces también fuera de los modelos generales a los que tradicionalmente se ha pertenecido.

Naturalmente esto depende de la cultura del legislador de que se trate: un legislador “culto” tendrá la información necesaria para materializar mejores elecciones sobre el mercado de las ideas relativas a la justicia civil, a su finalidad y a los instrumentos para conseguirla, mientras que un legislador “ignorante” (del cual existen varios ejemplos, particularmente en Italia) tenderá a ser culturalmente autártico, y por lo tanto a considerar que el sistema procesal nacional puede ser reformado sólo desde dentro de su particular y provincial cultura, sin ninguna útil influencia derivada de aquellos ordenamientos que

⁴⁸ Véase la *Ley orgánica del Tribunal del Jurado* del 22 de mayo de 1995, sobre la cual véase *Comentarios a la Ley del Jurado* coordinado por DE LA OLIVA SANTOS, Madrid, 1999.

han ya afrontado y resuelto – probablemente mejor y más eficientemente – los mismos problemas.

Un segundo factor de evolución, estrechamente ligado al primero pero distinguible de aquel, puede ser señalado en términos muy generales con la etiqueta de “consecuencias jurídicas de la globalización”. Estas consecuencias jurídicas son numerosísimas y afectan muchas y diversas áreas del derecho, así que ni siquiera se puede intentar una enumeración, también porque el estudio de estos fenómenos está todavía en sus líneas iniciales, y mayores profundizaciones serán necesarias antes de que se pueda de verdad pensar tener comprendidos y definidos los efectos que la globalización produce sobre el plano jurídico⁴⁹. Circunscribiendo el discurso a aquello que puede interesar al proceso civil, se pueden subrayar dos fenómenos particularmente importantes y que aparecen destinados a adquirir una relevancia siempre mayor.

El primero de estos fenómenos es el rápido y fuerte incremento de la frecuencia de controversias transnacionales. Naturalmente que litigios que involucran a sujetos de diversa nacionalidad siempre han existido, pero han tenido por mucho tiempo un rol total marginal respecto al contencioso existente ante los tribunales de los singulares Estados-naciones. La controversia-tipo, en suma, era típicamente la intranacional, o sea aquella que involucra a sujetos pertenecientes al mismo ordenamiento nacional. Sin embargo, las cosas han ido cambiando rápidamente, en el sentido que surgen siempre más cosas han ido cambiando rápidamente, en el sentido que surgen siempre más numerosas litigios que involucran a partes de diversa pertenencia nacional, como directa consecuencia del crecimiento vertiginoso de relaciones jurídicas de la naturaleza más diversa (pero sobre todo comercial y financiera) que tienen un carácter típicamente transnacional. Bajo este perfil se asiste a una duplicación de los “sistemas del mundo” referidos a la justicia civil: a la dimensión estatal de las controversias, que naturalmente perdura, se superpone una diversa dimensión en la cual se coloca el siempre más intenso y frecuente entramado de controversias transnacionales⁵⁰. No por casualidad Habermas habla, para referirse a aquello que frecuentemente se llama globalización o mundialización, de “constelación postnacional”⁵¹, con una metáfora que puede ser oportunamente utiliza-

⁴⁹ En la literatura italiana sobre el tema deben ser necesariamente señalados FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, y los trabajos recogidos en *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, a cura di FERRARI, RONFANI y STABILE, Milano, 2001.

⁵⁰ Discuto más ampliamente estos fenómenos en mis *Note sulla dimensione transnazionale della controversia civile*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 1055 ss., trabajo recogido en el capítulo IV de TARUFFO, *Sui confini, scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 99 ss. En general, sobre esta dimensión, aunque sea en una concepción en parte diversa, véase también, CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia*, cit., pp. 39 ss.

⁵¹ Véase HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, trad. it. Milano, 1999.

da también a propósito de las transformaciones en curso en la justicia civil.

El segundo fenómeno que debe ser aquí señalado es la tendencia a la uniformidad cultural que comienza a manifestarse también en el ámbito de la cultura jurídica, además que en el ámbito de muchísimas áreas de la cultura en general (literaria, artística, cinematográfica, musical, etc.). También en la cultura jurídica la superación de los límites nacionales (o nacionalistas) es un fenómeno ya inevitable, además de oportuno, y está estrechamente conectado con la difusión y circulación de temas de orden general como las garantías constitucionales, los derechos humanos, el proceso justo, la efectividad de la tutela, entre otras⁵². Si la cultura jurídica, y lo mismo vale para el sector específico de la cultura procesalista, no quiere perder definitivamente el contacto con la realidad de la cual entiende ocuparse, y si no quiere permanecer estática en la espiral de solipsismo autorreferencial, debe encontrar el modo de participar en la circulación ilimitada de ideas que ya está *in re ipsa* en la dimensión globalizada del mundo. De otro lado, las tendencias postmodernas nos han ya acostumbrado a pensar en la cultura no como un conjunto coherente, cerrado e inmóvil de contenidos dados una vez y para siempre, sino como una red móvil, variable y abierta, en continua transformación, en la cual muchos valores y diversos contenidos, también entre ellos no coherentes o directamente en conflicto, pueden entrar para combinarse o fundirse en complicados procesos de cambio. Estos fenómenos tienen lugar también al interior de los contextos nacionales en función de la emersión de una pluralidad de culturas también en el ámbito de los singulares sistemas, empero se verifican con particular intensidad a escala global⁵³. Debido a que la red transnacional de relaciones jurídicas requiere un derecho más “ligero”, flexible, variable y policéntrico⁵⁴, la cultura jurídica puede y debe llegar a ser menos cerrada y sistemática, más variada y sujeta a evolución, centrada en muchos puntos de referencia cultural situados en varios lugares del mundo y no la tradicional, consolidada y autártica de un solo país. Todo esto debiera valer, *ça va sans dire*, también en lo que respecta específicamente al proceso civil y al sector de la cultura jurídica que se ocupa de él.

⁵² Para un amplio análisis de esta tendencia, y para referencias bibliográficas, véase mi *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 1047 ss., especialmente 1058 ss., trabajo también recogido en el capítulo I de TARUFFO, *Sui confini*, op. cit., pp. 11 ss.

⁵³ Véase, por todos, FRIEDMAN, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999 (trad. it. *La società orizzontale*, Bologna, 2002).

⁵⁴ Véase FERRARESE, op. cit., pp. 133 ss.

6.- Hacia nuevos modelos.

Los últimos decenios han entonces visto verificarse varias crisis de los modelos a los cuales tradicionalmente se reconducía la distinción entre sistemas procesales de *common law* y de *civil law*. Las transformaciones que se han verificado, y que en muchos aspectos están todavía en curso en numerosos ordenamientos, han provocado una clara fragmentación de los viejos esquemas y han dado lugar a múltiples fenómenos de “recomposición” del derecho procesal a través del complejo juego de interferencias entre sistemas diversos, circulaciones de modelos y trasplantes de instituciones de la naturaleza más variada. Se trata de fenómenos extremadamente complicados y de difícil interpretación, puesto que además están todavía *in progress* y no se vislumbra un momento conclusivo (admitiendo que en las transformaciones de los sistemas jurídicos, y de los procesales en particular, haya una conclusión). Lo único que se puede afirmar de un modo relativamente seguro es que los habituales y cómodos modelos descriptivos, que pretendían representar esquemáticamente las características fundamentales de los procesos de *common law* y de *civil law*, aparecen claramente superados y no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos.

Esto no implica, sin embargo, que no se pueda hablar más de modelos procesales como instrumentos teóricos destinados a servir al análisis comparado además que – naturalmente – al específico conocimiento de los diversos sistemas. Pero sí se trata de imaginar modelos diversos de los tradicionales, no sólo porque ha cambiado la realidad que se quiere representar, sino también porque, para interpretar esta realidad, hoy parecen más útiles modelos de diversa naturaleza. Simplificando al extremo un discurso que debiera ser bastante más complejo, se podrían imaginar tres tipos fundamentales de modelos procesales: a) modelos estructurales, b) modelos funcionales; c) modelos supranacionales. Vale quizás la pena señalar muy resumidamente algunas de las características principales de esta tripartición.

a) Los modelos que pueden definirse como estructurales son en alguna medida más cercanos a los habituales modelos descriptivos, salvo en que se basan en sus caracteres “de estructura” del procedimiento y no sobre tal o cual aspecto de disciplinas procesales nacionales o de ordenamientos pertenecientes a específicas áreas geográficas o culturales. El problema fundamental está en definir lo que se entiende por estructura de un proceso, lo que lleva a la determinación de aquellos aspectos que se consideran fundamentales sobre la base de algún esquema cultural, o sea según juicios de valor en función de los cuales se establece que cosa es importante y se distingue de aquello que no lo es. Un esquema cultural que puede ser identificado en el trasfondo (o la base) de las recientes

transformaciones de los principales sistemas procesales lleva a identificar cuatro aspectos de la estructura del proceso que pueden considerarse fundamentales: 1) La actuación de las garantías fundamentales previstas en las distintas Constituciones o declaraciones de derechos, de algún modo reconocidas a nivel nacional e internacional (como el art. 6 de la declaración europea de derechos del hombre o en el art. 47 de la carta europea de derechos fundamentales), con particular referencia a la regla *audi et alteram partem* y a la independencia e imparcialidad del juez; 2) la desformalización y simplificación del proceso; 3) la atribución al juez de funciones y responsabilidades “de gestión” en la dirección del proceso; 4) la adopción de un esquema procedimental a dos fases, una destinada a la preparación (y eventual resolución anticipada) de la causa, y la otra destinada a la asunción de las pruebas y a la decisión. Los particulares ordenamientos pueden evidentemente presentar estos aspectos con intensidad diversas y con variadas modalidades: ellos constituyen de algún modo puntos de partida para imaginar una “estructura ideal” del proceso civil. Un modelo articulado sobre estos cuatro aspectos puede también ser útil ya sea como esquema heurístico, o como estándar de referencia para determinar y valorar el grado de evolución de cada ordenamiento procesal.

b) Los modelos que podemos definir como funcionales consideran esencialmente la instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta al justicia civil. No es necesario esforzarse ahora en la definición de estas finalidades que nos llevaría a la compleja discusión relativa los desarrollos institucionales del proceso. Se puede razonablemente hipotizar que estas finalidades tiendan en cualquier caso a la resolución de las controversias según criterios de justicia⁵⁵, y moviéndose desde esta premisa se pueden indicar las características principales que el proceso debe tener para ser funcional a la obtención de este objetivo: 1) efectividad de la tutela procesal (con particular referencia al acceso a los tribunales, a la tutela cautelar y a la tutela ejecutiva), ya que una protección ineficaz de los derechos equivale a ninguna protección; 2) rapidez en la resolución de las controversias (también y sobre todo antes de la conclusión del proceso), por la obvia razón de que *justice delayed is justice denied*; 3) adecuación específica del procedimiento respecto a la finalidad de tutela de las varias situaciones jurídicas (eventualmente también a través del acceso a procedimientos diferenciados), ya que una tutela inadecuada respecto a las concretas finalidades por las cuales ella viene solicitada por quien tiene necesidad equivale, todavía más, a no asegurar ninguna protección judicial de los derechos. También bajo el punto de vista funcional los particulares y con-

⁵⁵ Extraigo esta sintética definición desde la obra más importante en materia de instrumentalidad y finalidad del proceso, o sea DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 9ª ed., Sao Paulo, 2001, p. 161, a la cual reenvío para un amplio y profundo análisis sobre el tema.

cretos ordenamientos pueden ser más o menos cercanos a un modelo ideal, según el grado y las modalidades con las que se provean instrumentos eficientes para conseguir las finalidades esenciales de la tutela jurisdiccional. De otro lado, tal modelo ideal es útil sea para comparar los variados sistemas procesales concretos, sea para establecer su distancia respecto de la situación que puede considerarse óptima, sea para formular valoraciones y configurar proyectos de reforma.

c) Los modelos supranacionales pueden ser estructurales y funcionales, empero se caracterizan por el hecho de referirse a dimensiones que van más allá de los límites nacionales de los particulares ordenamientos procesales. Pudiendo ser estructurales y funcionales, estos modelos pueden ser analizados en los términos recién indicados en los puntos a) y b), de una manera similar a lo que puede acontecer para los modelos nacionales. Sin embargo, presentan características peculiares que llevan a distinguir dos principales subcategorías:

1) pueden ser modelos que consideran procedimientos específicos para las controversias transnacionales. Un interesante ejemplo está representado por los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* que están en curso de elaboración por parte de la *American Law Institute* y de UNIDROIT. Este conjunto de normas está dirigido a regular de un modo uniforme el proceso en las controversias transnacionales (principalmente aquellas de naturaleza comercial), dejando de lado el tradicional principio de derecho internacional de la *lex fori* procesal y haciendo cada vez más irrelevante – al menos en alguna medida – el problema de la jurisdicción nacional y de la diversificación de los sistemas procesales nacionales⁵⁶;

2) otros modelos se caracterizan por el hecho de ponerse como puntos de referencia para la unificación, o al menos armonización, de las disciplinas procesales nacionales de países que pertenecen a amplias áreas geográficas y culturales. Estos modelos pueden considerar algunos aspectos particulares del procedimiento, o bien pueden dirigirse a abarcar todo el proceso civil. Un ejemplo del primer tipo está representado por el “Proyecto Storme”, cuya finalidad está en unificar la regulación de algunos institutos procesales en los ordenamientos del área europea⁵⁷. Un importante ejemplo del segundo tipo está repre-

⁵⁶ Véase *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, American Law Institute, Philadelphia, 2001 (texto provisorio). El proyecto ha sido publicado, con ensayos introductorios de HAZARD, GIDI, STÜRNER y TARUFFO, en 33 *NYU J. Int. L. and Pol.*, 2001, pp. 769 ss. Para una discusión del proyecto, véase *Vers un procès civil universal? Les règles transnationales de procédure civile de l’American Law Institute*, Paris, 2001.

⁵⁷ Véase *Rapprochement du droit judiciaire de l’Union européenne – Approximation of judiciary law in the European Union*, al cuidado de M. STORME, Dordrecht, 1994.

sentado por el *Código Modelo* latinoamericano, que se pone precisamente como modelo para una reglamentación unificada del proceso en los ordenamientos nacionales del área de América latina⁵⁸.

El discurso sobre esta tipología de modelos procesales, sobre sus implicaciones y variaciones, y sobre lo que se considera esencial para la definición de cada singular modelo, requeriría evidentemente un largo y complejo análisis que aquí no puede siquiera ser encaminada. Sin embargo, estas pocas señales deberían bastar para hacer entender que estos nuevos modelos representan instrumentos conceptuales potencialmente útiles para el análisis, también comparado, de los ordenamientos procesales actuales y futuros. Además, está en el ser de estos modelos el que pueda ser recuperado el significado remanente de la distinción entre sistemas procesales de *common law* y de *civil law*, como una manera sintética de aludir a diferencias que han tenido un significado histórico en ocasiones considerable, y que en alguna medida todavía distinguen al proceso angloamericano respecto del proceso europeo continental. De otro lado, como ya se ha tratado de dejar claro, el núcleo fundamental de mis consideraciones no consiste en la negación de las diferencias que aún existen entre los ordenamientos procesales que pertenecen más bien a un grupo que al otro, sino en la toma de conocimiento de la superación de los modelos tradicionalmente utilizados para describir y distinguir a los dos grupos, y de la consiguiente necesidad de reinterpretar la cambiante realidad de los varios sistemas procesales por medio de esquemas cognitivamente más actualizados y heurísticamente más eficaces.

⁵⁸ En la literatura en idioma italiano sobre el tema, véanse las relaciones publicadas en el volumen *Un "codice tipo" de procedura civile per l'America Latina*, al cuidado de SCHIPANI y VACCARELLA, Padova, 1990. es interesante destacar que al *Código Modelo* se hace referencia también en los proyectos de reforma de la justicia civil de los países de centro América: véase FIELD, en FISHER, *Legal Reform in Central America. Dispute Resolution and Property Systems*, Cambridge, Mass., 2001.