

ANGELO DONDI

VINCENZO ANSANELLI

PAOLO COMOGLIO

PROCESOS CIVILES EN EVOLUCIÓN
- UNA PERSPECTIVA COMPARADA-

Marcial Pons 2017

CAP. 1: PROBLEMAS RECURRENTE Y ORGANIZACIÓN METODOLÓGICA

- 1.1. Premisas de orden metodológico y plan de trabajo
- 1.2. Grandes modelos - Actualidad y obsolescencia de una concepción
- 1.3. Sistemas mixtos y quiebre de los esquemas tradicionales
- 1.4. El rol de la normativa procesal y de la jurisprudencia
- 1.5. Perspectiva deontológica y proceso civil - Formación institucional del abogado y del empleado judicial
- 1.6. Desarrollo de la investigación y apertura a las nuevas culturas del proceso

Capítulo 1

Problemas recurrentes y organización metodológica

Sumario: 1.1. Premisas de orden metodológico y plan de trabajo; 1.2. Grandes modelos- Actualidad y obsolescencia de una concepción; 1.3. Sistemas mixtos y quiebre de los esquemas tradicionales; 1.4. El rol de la normativa procesal y de la jurisprudencia; 1.5. Perspectiva deontológica y proceso civil - Formación institucional del abogado y del funcionario judicial; 1.6. Desarrollo de la investigación y apertura a las nuevas culturas del proceso.

1.1. Premisas de orden metodológico y plan de trabajo

En la actualidad, un estudio panorámico y, por lo 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 período 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 por 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,

¹ Resulta inevitable referirse al autor que en Italia, si bien no solamente como consecuencia de su obra, ha mayormente puesto 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 señala en particular ID., *La giustizia civile - Lezioni introduttive*, Boloña 1989, p. 49 ss.; a su vez, a modo de ejemplo, ID., *Diritto comparato e scienza del processo*, en SACCO (editor), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán 1980, p. 212 ss. Acerca del conjunto de su obra desde la perspectiva de las instancias de reforma de este autor, publicado recientemente, DONDI, *Taruffo comparatista - Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, pp. 488-494.

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.

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 nord-americana. 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 empleo 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 la incidencia de las disciplinas ético-profesionales en la práctica del proceso, como la convivencia crítica del cuadro deontológico de referencia, al menos a nivel de las profesiones

²CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, p. 200 ss., ID., *Processo e ideologie*, Boloña 1969, *passim*. A continuación, ampliamente, TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, p. 1047 ss. (también en ID., *Sui confini - Scritti sulla giustizia civile*, Boloña 2002, p. 28 ss., donde también *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, p. 67 ss.).

³CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, París 2010, pp. 8 ss. y 18 ss.; y los argumentos presentes en TROCKER, VARANO (editores), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turín 2000, *passim*, VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale - Testo e materiali per un confronto civil law-common law*, 5° ed., Turín 2014, especialmente cap. 3.

⁴CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Turín 2013, p. 121 ss.

⁵CHASE, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, Nueva York - Londres 2005, *passim*.

directamente comprometidas (abogado, empleado 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 consentido suscitar, como consecuencia, 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.

1.2. 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 correspondiente 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, es que 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.

⁶HAZARD, DONDI, *Legal Ethics - A Comparative Study*, Stanford 2004, p. 15 ss. e *passim* (trad. it., *Etiche della professione legale - Un approccio comparato*, Boloña 2005, *passim*).

⁷TARUFFO (editor), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Abuse*, The Hague - Londres - Boston 1990, *passim*.

⁸HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven - Londres 1978, *passim*.

⁹TARUFFO, *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, en *Festschrift für Hideo Nakamura* 1996, p. 623 ss.; precedentemente DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en *Riv. dir. proc.* 1965, p. 31 ss., CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” - “common law”*, *ivi*, 1963, p. 43 ss.

¹⁰SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, en *39 Am. J. Comp. L.* 1991, p. 84 ss. (donde a contrario la necesidad de una visión crítica esquemáticamente menos tranquilizadora acerca de la pureza de estas distinciones se funda en la 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).

¹¹DAVID, DE VRIES, *The French Legal System - An Introduction to the Civil Law Systems*, New York 1958, pp. 13 ss. e 60 ss., CAPPELLETTI, MERRYMAN, PERILLO, *The Italian Legal System: An Introduction*, Stanford 1967, p. 111 ss. A favor de esta perspectiva, recientemente, CHASE, WALKER (editors), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto 2010, también DAMAŠKA, *Residual Truth of a Misleading Distinction*, p. 3 ss. y STORME, *Le Common Law/Civil Law Divide: An Introduction*, p. 23 ss. (como también los demás argumentos incluidos en la *Part I*).

¹²Respecto del “*feudal element*”, a modo de ejemplo, POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown 1921, p. 1 ss., MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, Washington 1952, p. 12 ss.

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 haya 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 comparatista 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 período, 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 particular, al poner de relieve la importancia de la fase preparatoria como elemento sobre la base

¹³ LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington 1984, p. 41 ss., FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, en 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1036 ss., DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986, p. 104 ss. (trad. it., *I volti della giustizia e del potere*, Boloña 1988), JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, en 52 *Int. & Comp. L. Q.* 2003, p. 281 ss., ID., *On Civil Procedure*, Cambridge - New York 2000, p. 175 ss., BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, en 31 *Vand. L. Rev.* 1978, p. 1295 ss.

¹⁴ VAN RHEE (editor), *European Tradition in Civil Procedure*, Antwerpen - Oxford 2005, *passim*.

¹⁵ Emblemática a este propósito la difusión estadounidense del estudio de ENGELMANN, *A History of Continental Civil Procedure*, Boston 1927 (título original *Der Civilprozess, Geschichte und System*, traducción de 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 CLARK en 37 *Yale L. J.* 1928, p. 680 ss. y MILLAR, *The Formative Principles of Civil Procedure*, en 18 *Ill. L. Rev.* 1923, p. 16.

¹⁶ KAPLAN, VON MEHREN, *Civil Procedure - Reflections on the Comparison of Systems*, en 9 *Buffalo L. Rev.* 1960, p. 409 ss., KAPLAN, VON MEHREN, SCHAEFER, *Phases of German Civil Procedure*, en 71 *Harv. L. Rev.* 1958, p. 1193 ss., VON MEHREN, *Civil Law System. Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Englewood Cliffs 1958, *passim*, MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 1969, *passim*.

¹⁷ HABSCHEID, *Les principes fondamentaux du droit judiciaire* (*The Fundamental Principles of the Law of Civil Procedure*), en STORME, CASMAN (editors), *Towards a Justice with a Human Face - First International Congress on the Law of Civil Procedure*, Gent 1978, p. 29 ss.; Enperspectivahistórica con particular referimento al *jury trial* HAZARD, VETTER, *Perspectives on Civil Procedure*, Boston - Toronto 1987, p. 77 ss.; de nuevo en relación al proceso por jurado, pero también al instituto de la *cross examination* GREEN, NELSON, *Problems, Cases, and Materials on Evidence*, New York 1985, p. 203 ss.

del cual se logra comprender *a priori* los valores y el funcionamiento del proceso de *common law*. A esta doctrina se deben las indagaciones que individualizarán en el *pretrial*-y en su interior especialmente en el *discovery*- los elementos que verdaderamente diferencian las culturas procesales de *civil* y de *common law*¹⁸.

En el ámbito de este enfoque pormenorizado, el análisis comparatista de matriz europeo-continental logra en verdad evidenciar también otros aspectos esenciales de los modelos procesales de *common law*. Ello es así, principalmente gracias a la incidencia de algunos factores, especialmente en sede probatoria, como ser la presencia de un juez del hecho desprovisto de toga y plurisubjetivo (jurado), como también por la formación no burocrática de un funcionario judicial prevalentemente proveniente de los estratos de la profesión legal independiente¹⁹. Desde esta perspectiva, como también en razón del reconocimiento del rol fundamental que respecta al *pretrial*, serán también objeto de atenta consideración las implicancias que traen aparejadas estas circunstancias complejas sobre el plano de los poderes recíprocos de las partes (esto es, particularmente de sus defensores) y de los jueces, respecto de la conducción del proceso.

En los capítulos que siguen se intentará, justamente, dar cuenta de la importancia de esta concepción en torno a las transformaciones afrontadas por el proceso civil de *common law*, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

1.3. Sistemas mixtos y quiebre de los esquemas tradicionales

El análisis comparado del proceso desarrollado tanto en el siglo que nos precede, como en la brevísima porción del que está en curso, se puede basar, en esencia, exactamente en este flujo de conocimientos y valoraciones sobre las características de los sistemas. Poner de relieve esta circunstancia será constante en la consideración de los problemas individuales que serán afrontados en el presente trabajo. Aun así, ya desde este momento parece oportuno proporcionar algunas indicaciones, en cierta medida, históricas de la percepción de estas divergencias recíprocas. A tal efecto en particular, parece inevitable señalar de qué manera, especialmente desde los años sesenta del *Novecento*, haya entrado profundamente en crisis el orden distintivo imperante, consistente en la yuxtaposición de ambos sistemas procesales de *civil* y *common law*.

En cuanto a la visión atinente al sistema de *civil law* de las culturas jurídicas anglosajonas, comienza a evidenciarse en torno al período arriba indicado -si bien ya desde largo tiempo por una minoritaria aunque destacada doctrina- una circunstancia a todo efecto esencial: la consideración del modelo alemán como, en sustancia, el de referencia exclusiva para la caracterización del sistema procesal fundado en importantes poderes del juez²⁰. De aquí se suscitan las primeras críticas a la persistente y difundida tendencia a descuidar las características presentes, en cambio, en otros ordenamientos también vigentes del área europeo-continental (como aquellos italiano, francés y español). Y como consecuencia de ello, a su vez, en el ámbito de una autocrítica sustancial de la concepción general simplista adoptada en el curso del siglo XX, se observa una lenta pero progresiva revalorización de la extensión de la comparación procesal también a ordenamientos extra-europeos²¹.

¹⁸TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padua 1979, pp. 11-19, DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padua 1985, *passim*. En la doctrina alemana JUNKER, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, Heidelberg 1987, *passim* (precedentemente, JACOBY, *DasEnforschungswervfahren im amerikanischen Zivilprozess - Vorschläge für eine Reform der ZPO*, en 74 ZJP 1961, p. 141 ss.).

¹⁹ CAPPELLETTI, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, en 31 *Am. J. Comp. L.* 1983, p. 1 ss., STORME, *Role and Status of the Judiciary as a State Power*, en CARPI, LUPOI (editors), *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*, Turín 2001, p. 55 ss., VAN CAENEGHEN, *History of European Civil Procedure*, en CAPPELLETTI (editor), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 16, Tübingen - Mohr 1973, *passim*.

²⁰LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, en 52 *U. Chi. L.Rev.* 1985, spec. p. 827 ss. Al respecto, entre ellos, GROSS, *The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation*, en 85 *Mich. L. Rev.* 1987, p. 734 ss.

²¹En particular LANGBEIN, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, en 43 *Am. J. Comp. L.* 1995, p. 545 ss; también CHASE, HERSHOFF (editors), *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul., Minn 2007, *passim*, DODSON, *The Challenge of Comparative Civil Procedure*, en 60 *Alabama L. Rev.* 2008, p. 133 ss.

Por el contrario, más difundida y destacada resulta ser, la atención y la consideración del modelo procesal de *common law* por parte de la cultura europeo-continental. Ello en gran medida, como ya se ha señalado, en razón del cambio de enfoque realizado con un esencial traspaso de atención del *trial* al entero recorrido de las instancias procesales y, en particular, a su fase preparatoria. Se puede decir que la asunción de una perspectiva distinta -en sustancia, poniendo en evidencia importantes aspectos del *judicial management* de la controversia- ha inducido a una amplia toma de conciencia de las características progresivamente asumidas por el modelo procedimental de *common law*. A tal punto que en la actualidad se considera admitida la connotación que caracteriza a este modelo como fundado en un rol activo del juez, organizador de las actividades procedimentales²².

Se puede decir que estos fenómenos han conducido a un cambio de enfoque en distintos niveles muy considerables en las relaciones de conocimiento recíproco entre las culturas del proceso. Desde una perspectiva comparada, la tendencia hasta el momento consiste en realizar comparaciones destacando analogías, más que señalando incompatibilidades y yuxtaponiendo diferencias. Es en esta línea que, a modo de ejemplo, los fuertes poderes del juez alemán en sede de *Haupttermin* han sido vistos como sustancialmente análogos a los del juez federal estadounidense en sede de *pretrial conference* o de *Discovery conference*, y también técnicamente comparables con aquellos²³. Aun no queriendo sobrevalorar este fenómeno, la difusión de vínculos como éstos, confrontando los datos esenciales de la distinción tradicional entre *common law* y *civil law*, señala un acercamiento que, en buena medida, permite relatar hasta el momento, el esquema de esta yuxtaposición en términos históricos.

Es en este contexto que parece configurable también, en función por el momento de subfenómeno, la noción de ordenamientos procesales mixtos, esto es, modelos procesales ya no coherentes *in toto* con las características tradicionalmente propias de los dos sistemas prevalentes de *civil law* y de *common law*²⁴.

Al iniciar un repaso analítico de los aspectos cruciales de los procesos civiles, ya sea al interior de los ordenamientos individuales o de los modelos procesales, parece verdaderamente inevitable señalar la paulatina y cada vez más difundida presencia de características pertenecientes a un sistema más que a otro. Esta tendencia resulta ser previsiblemente asimilable a las infinitas manifestaciones de la globalización, en cuyo ámbito es usual incluir, al momento, también el acercamiento entre dos modelos procesales, como el estadounidense o el alemán en particular²⁵. Por otra parte, ésta también es una tendencia y una perspectiva en cuyo contexto se pueden incluir exigencias difundidas y comunes de adecuación del instrumento procesal. Circunstancia que ha sucedido en muchos ordenamientos del proceso con respecto a la nueva tutela de derechos y a la consiguiente creación de nuevas formas de su ejercicio; como ejemplifica la reelaboración de la *classaction* estadounidense en otros ordenamientos, en particular en el brasilero²⁶.

En este punto resulta necesario advertir cómo todo ello ha logrado influenciar los caracteres generales de los modelos individuales de proceso, realizando una progresiva transformación de su naturaleza, tornándolos modelos procesales sustancialmente mixtos. Esta característica, que

²² Para referencias que dan cuenta de esta interpretación y -en base a ello- a la utilidad del confornte comparativo con perspectivas de reforma del derecho interno, DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, en *Riv. dir. proc.* 1979, p. 334 ss. Acerca de la misma línea de pensamiento MARCUS, *Putting American Procedural Exceptionalism in to a Globalized Context*, en *53 Am. J. Com. L.* 2005, p. 709, TARUFFO, *La ricerca della verità nell'AdversarySystem angloamericano*, en *Riv. dir.proc.* 1977, p. 596 ss.

²³ HAZARD, DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, en *39 Cornell Int'l L. J.* 2006, p. 59 ss. Desde otra perspectiva, para una armonización inevitable sobre bases economicistas entre los modelos de proceso G.P. MILLER, *The Legal – Economic Analysis of Comparative Civil Procedure*, en *45 Am. J. Comp. L.* 1997, p. 905 ss.

²⁴ TARUFFO, *Transcultural Dimension of Civil Justice*, en *23 Comp. L. Rev.* 2000, p. 1 ss., ÖRÜCÜ, *A General View of Legal Families and of Mixed Systems*, en ÖRÜCÜ, NELKEN (editors), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford 2007, pp. 169-187, CORAPI, *Tradizioneromanistica e influenze di common law nell'evoluzione del diritto brasiliano*, en *Riv. dir.comm.* 2009, I, 365.

²⁵ KOTZ, *Civil Justice Systems in Europe and the United States*, en *13 Duke J. of Comp. & Int'l L.* 2003, pp. 61-66; sugli "incentives transplant or harmonize procedures across borders" CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Civil Procedure*, en *50 Am. J. Comp. L.* 2002, p. 277.

²⁶ GIDI, *Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries*, en *51 Am. J. Comp. L.* 2003, p. 311 ss., ID., *The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries*, en *23 Ariz. J. Int'l Comp. L.* 2005, p. 37 ss.

actualmente resulta ser muy difundida, en el futuro será probablemente extensible a gran parte de los ordenamientos, aún a los ordenamientos tradicionales del proceso civil (lo que es decir, entendidos tradicionalmente como síntesis de los sistemas de *civil* o de *common law*). Tal perspectiva encuentra, por lo demás, evidentes concordancias en recientes reformas del proceso.

En este sentido, resulta emblemático el ejemplo de la reforma española implementada con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) del 2000²⁷. Con ella, de hecho, se ha concretado un fenómeno típico de reformulación normativa de amplio alcance, más bien se podría reputar un ejemplo de transformación radical de los lineamientos esenciales de un ordenamiento procesal. Ello ha ocurrido mediante la asignación al juez de un rol directivo del todo extraño a la tradición cultural de aquél ordenamiento procesal y, a la inversa, a través de la imposición a los abogados de un *standard* de colaboración definitivamente inusual en el panorama de la cultura procesalista europea-continental, especialmente en el ámbito latino²⁸. Es también en base a la capacidad del legislador español del 2000 de superar las perspectivas tradicionales y de adaptar sus intervenciones a las exigencias puestas por la práctica del proceso, que se reputa al ejemplo español de particular atención en esta sede.

En la perspectiva de la presente investigación, en efecto, el problema de la transformación del diagrama de los ordenamientos procesales que fueron objeto de reformas, se revela totalmente central. Ello dado que, al menos como tendencia, las reformas implican la adopción de un enfoque funcional a la resolución de los problemas transferidos por la sociedad al proceso²⁹. Y ello porque, al menos virtualmente, los caracteres típicos de los ordenamientos individuales se entrecruzan con cuestiones esenciales de transformación, concernientes tanto a los roles de los sujetos típicos del proceso, como, en mayor medida, a las perspectivas epistemológicas de referencia.

Conectada a la temática de esta perspectiva de las reformas -aunque también a la inversa, a la de su ausencia o falta de adecuación - aparecen en la actualidad otras dos cuestiones, como son el exceso de conflictividad y la extrema complejidad de gran parte de las controversias civiles. De naturaleza sustancialmente distinta, dichos cuestionamientos proponen análogos y urgentes problemas de adecuación del mecanismo procesal a las nuevas exigencias de la sociedad, con consecuencias predecibles, a su vez, en la modulación de los roles de jueces y abogados. Y particularmente conectada a estas dos cuestiones se advierte la presencia de amplias exigencias de especialización por parte del funcionario judicial, pero también de organización diversa de la actividad del abogado en el marco prevalente de formas variadas de calificación profesional. Sin embargo, todo ello no puede verse escindido de la configuración de modelos procesales análogamente especializados, estos es, adaptados al carácter siempre más diversificado y complejo de las controversias civiles³⁰.

1.4. El rol de la normativa procesal y de la jurisprudencia

El problema antes señalado de la diversificación y, sobre todo, de la complejidad de las controversias remite a la cuestión, siempre actual, de las relativas codificaciones atinentes al proceso civil. Es sustancialmente pacífica, especialmente para las culturas jurídicas occidentales, la idea de que los dos siglos que nos preceden hayan determinado la configuración típica del proceso civil mediante las formalidades de su disciplina, más allá de la extrema variedad de las técnicas relativas

²⁷ DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998*, en *Rev. der. proc.* 1999, p. 362 ss., MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia 2001, *passim* (trad. it., *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Nápoles 2002).

²⁸FERRAND, *The Respective Role of the Judge and Parties in the Preparation of the Case in France*, en TROCKER, VARANO (editors), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, cit., p. 1, OTEIZA, *Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution*, en WALKER, CHASE (editors), *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, cit., p. 225.

²⁹Para una exposición destacada de esta perspectiva CAPPELLETTI, *Social and Political Aspects of Civil Procedure - Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, en *57 Mich. L. Rev.* 1971, p. 847 ss.

³⁰DONDI, *Aspetti della complessità. Riscontri nella nozione di complessità processuale*, en ID. (editor), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milán 2011, p. 3 ss.

a la elaboración normativa³¹. En este sentido se debe señalar una tendencial convergencia a la modulación de la normativa procesal en formas codificadas de molde europeo-continental. De este modo, es emblemática la codificación de las normas procesales inglesas con la *Civil Procedure Rules* del 1999³².

La incidencia del rol de la normativa se ha manifestado en varios niveles, especialmente en el curso del *Novecento*, signando a la cultura del proceso civil de muchísimos ordenamientos. Se puede afirmar que, durante este siglo, a la idea misma de proceso se ha superpuesto la de normativa del proceso. Mayormente reputada “perfecta”, en su condición de “moderna”, a la normativa del proceso se le ha atribuido verdaderamente una función casi milagrosa, en sentido tanto estático como dinámico. Y coherente con esta visión, su sola presencia ha sido estimada como una herramienta para simplificar la variable de los conflictos, garantía de eficiente resolución de controversias; del mismo modo, su transformación periódica durante el curso del tiempo ha sido análogamente percibida como el único instrumento de resolución de los problemas del proceso³³. Resulta aún más relevante, el hecho de que de ello se ha derivado la idea, hasta el momento muy difundida, de que la reforma de la disciplina del proceso permita de por sí resolver cada uno de sus problemas de eficiencia y de adecuación -como mecanismo procesal, justamente- frente a las cambiantes exigencias de la realidad³⁴.

Ello constituye en su conjunto un núcleo de concepciones y valores que todavía condicionan la idea del *status quo* del proceso civil. Atribuir a la mera presencia de normas la función de superar la ineficiencia ha inducido, de hecho, a una subestimación sustancial, tanto de aspectos funcionales como de la llamada *legal practice*.

En algunas culturas más que en otras, ello se ha puesto de manifiesto al haberse atribuido una importancia sustancialmente marginal a la incidencia de las éticas sociales, de las culturas profesionales, así como de la formación institucional de los sujetos típicos del proceso, sobre el desarrollo de una controversia. Por otra parte, una desvalorización análoga ha merecido la organización de la estructura funcional del proceso, bajo el perfil tanto de los recursos económicos que se le destinan, como de la organización del personal administrativo y parajudicial. En cierta medida, se infiere que a ello debe conectarse la percepción de la actividad jurisdiccional como esencialmente burocrática, entendida sustancialmente -como se dirá también seguidamente- como confinada a la mera actividad decisoria, más que a la organización y a la conducción del proceso en su entero desarrollo³⁵.

Volviendo al fenómeno de la convergencia, es necesario señalar de qué manera ello concierne a las leyes procesales también bajo el perfil alternativo de la amplia incorporación de principios reconocidos en convenciones y normativas internacionales. En efecto, especialmente en el área

³¹En la doctrina estadounidense CHASE, *Law & History - The Evolution of the American Legal System*, New York 1997, *passim*. Con respecto a los cambios sustancialmente impuestos por el así llamado *industrial period* AKERMAN, *The Changing American Legal System*, Columbus 1940, p. 197 ss., FRIEDMAN, *History of American Law*, New York - Londres - Toronto - Sydney - Tokyo - Singapur 1985, 2° ed., *passim*, HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860 - The Crisis of Legal Orthodoxy*, Cambridge 1992, p. 233 ss., GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven - Londres 1977, p. 57 ss. Acerca de la influencia de los trastornos económicos sucesivos a los años '80 del siglo pasado VANDALL, *A History of Civil Litigation - Political and Economic Perspectives*, New York 2011, p. 49 ss. Con referencia a la búsqueda de la excelencia STEVENS, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill 1983, p. 191 ss.

³²JOLOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, en 15 *C.J.Q.* 1996, p. 198 ss., ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, en 19 *C.J.Q.* 2000, p. 19 ss., ID., *English Civil Procedure - Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003, *passim*.

³³Desde una perspectiva penal, emblemática de esta percepción de inadecuación de las concepciones tradicionales frente a la finalidad del proceso, STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milán 2003, pp. 3 ss., 14 ss.

³⁴Para ejemplos de percepción derivados de este dato como característico del siglo veinte SASSANI, *Il mito della riforma perenne*, en *Riv. dir. proc.* 2012, p. 1429 ss., SARAT, GARTH, KAGAN, *Looking Back at Law Century*, Ithaca 2002, *passim*, BURBANK, FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, en 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1543.

³⁵DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive veitaliane di riforma)*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 171 ss.; más en general, sobre las características propias del sistema judicial estadounidense MC CLOSKEY, *The American Supreme Court*, 2° ed., Chicago - Londres 1994, p. 174 ss., CASS, *The Rule of Law in America*, Baltimore - Londres 2001, p. 46 ss.

europeo-continentales y latinoamericana se registra la difusión de normativas supranacionales que proveen el reconocimiento de principios mínimos inviolables de naturaleza procesal, en particular bajo el perfil de los *standard* de efectividad de las normativas de referencia.

En la actualidad, la referencia a los principios generales parece tender a configurar tanto los contenidos necesarios de las disposiciones procesales, como las modalidades propias de la codificación, en el ámbito del proceso. Se trata de dos elementos dispuestos en estrecha interrelación justamente por la tendencia a destinar a los principios generales, definiciones normativas claras y virtualmente inequívocas. En el ámbito de la legislación procesal el *trend* más reciente resulta ser, en otros términos, considerar a los valores fundamentales no diferenciables de sus técnicas de actuación en concreto³⁶.

Otro dato a señalar, se refiere a la influencia de los principios básicos y normas fundamentales sobre el proceso civil. Se trata de la tendencia difundida a su interpretación en clave procesal por parte de cortes supranacionales, con una extensión objetiva de la jerarquía de las fuentes que no aparece privada de implicancias. Sobre esta base, parecería verdaderamente atribuible también a las cortes supremas nacionales un rol amplificado y fuerte en la interpretación de las normas procesales. Este es un fenómeno que, por lo demás, encuentra manifestación también en la llamada área de *civil law*, tradicionalmente extraña a la explícita atribución, en términos jurisdiccionales, de un rol atinente al ordenamiento individual. En cuanto a este tema, resulta emblemática la tendencia reciente de la Corte de Casación italiana a reinterpretar -con la asunción de un rol en sustancia paralegislativo- las reglas del proceso en la óptica, no solo de los principios fundamentales de la Constitución, sino también de las garantías provenientes de las normas internacionales. Una actitud que señala también cómo en cada uno de los ordenamientos se debe actualmente considerar concretamente superada la tradicional distinción entre los roles de las *Supreme Court* de *common law* y de las cortes de última instancia de *civil law*³⁷.

1.5. Perspectiva deontológica y proceso civil - Formación institucional del abogado y del funcionario judicial

Resulta ser un dato ampliamente aceptado que el análisis de los problemas del proceso civil implican remisiones a ámbitos ulteriores de la estricta configuración técnica del proceso (o de los procesos, en el sentido aquí elegido). Es desde esa óptica que, especialmente en un enfoque comparado, se presenta particularmente oportuna la adopción de la así llamada "perspectiva del abogado"³⁸. En un sentido si bien más amplio respecto a su significado literal aparente, dicha expresión requiere la exigencia de destinar una especial atención a la conexión entre el funcionamiento de un modelo de proceso civil y las modalidades de ejercicio de las actividades de defensa técnica (incluyendo también la interrelación profesional del abogado con el colega adversario y -por muchas razones, principalmente- con el juez).

Cabe agregar que esta perspectiva importa tendencialmente un vínculo que, quizás, constituya el elemento más relevante y característico. Se trata de la incidencia de los perfiles deontológicos sobre el ejercicio de la actividad profesional, comprendidos en las normativas ético-profesionales, elaborados en el debate doctrinal, y percibidos a nivel social. Y constituye una circunstancia de gran importancia que los diversos *standard* de atención de estos perfiles frente a los distintos

³⁶ Como indicación esencial acerca de la propensión, en el curso del siglo veinte, a la transformación de las reglas del proceso en el área estadounidense, FRIEDMAN, *American Law in the Twentieth Century*, New Haven - Londres 2002, p. 251 ss., MARCUS, *Modes of Procedural Reform*, en 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 2008, p. 157 ss.

³⁷ TARUFFO, *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level. Civil Law Countries*, en YESSIOU, FALTSI (editors), *Reports for the Thessaloniki international colloquium (21-25 May 1997)*, Salonicco - Atenas 1998, pp. 101-126, GROSSI, *The U.S. Supreme Court and the Modern Common Law Approach*, Cambridge 2015, p. 238 ss.

³⁸ DENTI, *La giustizia civile - Lezioni Introdotive*, Boloña 1989, p. 111.

ordenamientos, tengan numerosas implicancias en la configuración de los modelos individuales de proceso civil; incluso, también, en la totalidad de las culturas jurídicas de referencia³⁹.

Justamente en relación a las diversas percepciones que derivan de la incidencia del *legal ethics* sobre el funcionamiento del proceso civil, emergen diferencias, en efecto, muy relevantes entre las distintas culturas del proceso. El enfoque reservado a la ética profesional contribuye, en otros términos, a caracterizar significativamente a cada uno de los modelos procesales, con respecto ya sea a su práctica concreta, ya sea a los *standard* de colaboración entre sus usuarios técnicos, o bien, en definitiva, a su eficiencia general⁴⁰. Resulta entonces necesario señalar las diferencias entre las disciplinas de ética procesal del abogado, especialmente en esta acepción; esto es, tratándose de disciplinas concernientes no solo a las distintas percepciones culturales y de ética social, sino también a las configuraciones específicamente técnicas de los ordenamientos individuales.

Por otra parte, justamente desde esta perspectiva se explica la presencia en el ordenamiento estadounidense -en radical oposición frente a los demás ordenamientos del proceso- de un *corpus* disciplinario y de una elaboración doctrinaria de *legal ethics* paralela y mezclada a la inherente al proceso en general, y a la del proceso civil en particular⁴¹.

En dicho ordenamiento, la incidencia del rol de *legal ethics* sobre el proceso civil -como también sobre la práctica y la elaboración teórica-, ha asumido desde hace ya tiempo tal importancia que torna en verdad concretamente inapropiado hablar de problemas del proceso sin tener en cuenta también al ámbito disciplinario y cultural. No parece casual que en la cultura jurídica estadounidense al definir la totalidad de las disciplinas del proceso y de la ética profesional del abogado se utilice un término como *law of lawyering*; dicho término se refiere justamente al ejercicio de la actividad de defensa técnica tanto en el curso del proceso como en su fase preventiva⁴². A dicha circunstancia se conecta, a su vez, otro dato característico del ordenamiento estadounidense, indicativo en sí mismo de la importancia fundamental otorgada al rol del abogado en este modelo procesal, esto es, la tradicional concepción del juez como un *ex* abogado.

Que un cierto número de abogados, no solo *skilled in law* sino también *honorable*, puedan desenvolver en cierto momento de su experiencia profesional la función de jueces no constituye, en verdad, un dato neutro para la configuración del ordenamiento procesal estadounidense. Por un lado, ello importa sobre todo la atribución virtual de una particular confianza moral al ejercicio de la abogacía; o, por lo menos, a una parte elitista de ella. Por otro lado, la tendencia a afrontar en perspectiva concreta los problemas del funcionamiento del proceso civil parece conectarse, también, a su gestión por parte de un juez en posesión de una cultura técnica y profesional homogénea, o por lo menos, coherente con la de los defensores. Y es en razón del origen común de ambos roles y de la eventual menor neutralidad con que son percibidos a nivel social, que se justifica la presencia de disciplinas ético-profesionales.

En este marco de referencia cultural, parecería encontrar justificación la previsión en términos de *legal ethics* de parámetros de conducta no genéricos. Tales parámetros resultan en verdad específicamente modulados sobre el desarrollo de las actividades de defensa en las fases

³⁹ HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 45 ss. Para un análisis destacado de esta implicancia SIMON, *The Ideology of Advocacy - Procedural Justice and Professional Ethics*, en *Wisc. L. Rev.* 1978, p. 29 ss.

⁴⁰ DONDI, *Criserécence de la justice civile et évolution des réglementations procédurales selon différentes cultures du procès*, en *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* 2006, p. 2351 ss.

⁴¹ HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, cit., spec. p. 120 ss., SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, en *29 Wisc. L. Rev.* 1978, p. 30 ss., RHODE (editor), *Ethics in Practice - Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulations*, Oxford 2000, *passim*. Sobre las reformas normativas y acerca del rol de las propuestas de reformas elaboradas por la Kutak Commission REDLICH, *Professional Responsibility - A Problem Approach*, 2° ed., Boston - Toronto 1983, p. 43 ss.; en particular *lawyer-client relationship* HAZARD, KONIAK, CARMTON, COHEN, *The Law and Ethics of Lawyering*, New York 2005, p. 757 ss.; sobre la actividad de asesoramiento extrajudicial HAZARD, RHODE, *The Legal Profession: Responsibility and Regulation*, St. Paul, Minn. 1994, *passim*. Acerca del rol del abogado dentro del proceso GRAHAM, *The Consciousness of the Litigator-Lawyers in America*, Ann Arbor 2005, p. 15 ss., RHODE, *In the Interest of Justice - Reforming the Legal Profession*, Oxford 2000, p. 49 ss.

⁴² Para una original y destacada enunciación de la noción HAZARD, HODES, *The Law of Lawyering*, 3° ed., New York 2001, *passim*.

individuales del proceso. Es en razón de ello, que éstos tienden a ser provistos de medidas coercitivas y de aparatos sancionatorios establecidos especialmente y verosíblemente eficaces⁴³.

Por otra parte, parece posible afirmar que, sin esa enunciación e importancia del *legal ethics* dentro del ordenamiento estadounidense, no resultaría explicable el largo y conflictivo recorrido de la superación del concepto más rígido y tradicional de *adversary system of litigation*. Ello, considerando que la modulación técnica de estos ordenamientos en términos de "*American exceptionalism*" aparecen en buena medida estrictamente relacionados con la coexistencia, junto a una disciplina constantemente actualizada del proceso civil federal, de correspondientes normativas de ética profesional del abogado y del funcionario judicial⁴⁴.

Ello sucede con referencia a algunos elementos esenciales del proceso civil estadounidense, considerado en la perspectiva de su desarrollo práctico. En especial con relación a la configuración de las fases introductorias y de debate; fases en constante cambio y, en todo caso, objeto de intensa discusión a partir de la entrada en vigor de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938. Como se expresará en forma más detallada posteriormente, se ha observado una mutación en estos dos ámbitos del proceso, en especial en el último treinteno, que a través de las alteraciones en la concepción técnica originaria de las *Federal Rules*, ha tenido en consideración la noción tradicional de *adversariness*. Y cabe señalar que quizás el principal aspecto de esta mutación ha consistido en caracterizar como progresivamente *ethical* a la disciplina procesal, con la imposición de un espectro siempre más vasto de reglas de buen comportamiento procesal a los abogados de parte⁴⁵.

Arribados a una intensa cooperación entre jueces y abogados, a una drástica reducción de los tiempos del proceso y a una correlativa selección de las relativas actividades, no llama la atención que estos deberes resulten instaurados tanto a nivel de la normativa procesal cuanto a nivel de la disciplina deontológica. Esto es, por otra parte, plenamente confirmado por la versión más reciente de la Regla 1 de las *Federal Rules* estadounidenses, modificada en el sentido de implicar expresamente tanto al tribunal como a las partes (aunque la referencia literal parece ser fácilmente interpretada como referida principalmente a los abogados, en tanto defensores técnicos de las partes) con el objeto básico de administrar el funcionamiento de las normas con la finalidad de "*secure the just, speedy and inexpensive determination of every action and proceeding*"⁴⁶. Y ya desde ahora parece confirmarse cómo en ámbito estadounidense, dichos deberes se encuentren acompañados, en ambos casos, de aparatos coercitivos y sancionatorios recíprocamente similares. Típico del ordenamiento estadounidense, este carácter binario de la disciplina procesal no resulta, sin embargo, del todo extraño a otros ordenamientos.

La tendencia a atribuir progresivamente una importancia mayor al perfil ético-profesional en la consideración de los problemas de funcionamiento del proceso civil se refleja también en algunos de los principales ordenamientos europeo-continuales. Al margen de cualquier consideración de los perfiles microscópicos de antropología cultural y de ética social conectados a este complejo de cuestiones, ello se verifica, por ejemplo, en el alemán y en el francés. En ambos ordenamientos, la inclusión de *standard* ético-profesionales entre los parámetros de valoración de las estrategias, en

⁴³ DONDI, *Spuntiminimi in tema di "legal ethics" come eticadelladifesa in giudizio*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, p. 261, ID., *Introduzione*, en DONDI (editor), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Boloña 1993, p. 15 ss.

⁴⁴ MARCUS, "*American Exceptionalism*" in *Goals for Civil Litigation*, en UZELAC (editor), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial System*, en *Ius Gentium: Comparative Perspectives of Law and Justice*, Dordrecht 2014, vol. 34, p. 123 ss.

⁴⁵ Para estudios actualmente destacados que revelan, sin embargo, el sentido de esta evolución también a través de la adopción de una nueva disciplina de ética profesional HAZARD, HODES, *The Law of Lawyering: A Handbook of the Model Rules of Professional Conduct*, New York - Washington 1985, *passim*, HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, en *100 Yale. L. J.* 1991, p. 1239 ss., ID., *Professional Ethics: Rules and Conduct*, en *34 C.L.E.J. Reg.* 1988, p. 5 ss.

⁴⁶ Se agrega seguidamente el nuevo texto de la Regla 1 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses como resultado de los *amendments* del 2015: *These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding.* Para un comentario a esos *amendments* v. LIN, *The Evolution of American Discovery in Light of Constitutional Challenges: The Role of the 2015 Rules Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, en *44 Hast. Const. L. Q.* 2017, p. 225 ss.

sentido lato, del abogado en el proceso (y antes del proceso) constituye, hasta el momento, un elemento esencial del desarrollo eficiente de la actividad procesal⁴⁷.

Especialmente desde una visión comparada, otra implicancia fundamental de esta “perspectiva del abogado” concierne a las características de la formación institucional del jurista en cada uno de los ordenamientos. De una manera muy simplificada, se puede conectar la importancia de este aspecto a la circunstancia de que el modo de la formación institucional del jurista resulta en verdad inescindible de la caracterización profesional de su rol de técnico del derecho en el ámbito del proceso. En relación tanto a la figura del abogado como a la del juez, a causa del tramo más o menos extenso de formación común, a esta circunstancia se conecta también el tipo de interacción de relativa alianza entre el abogado que ejerce su profesión de forma independiente y el empleado judicial. Configurada de diversas formas en los ordenamientos particulares, ella resulta particularmente no soslayable a fin de definir los roles de abogado y de juez en su interacción recíproca del contexto procesal⁴⁸.

Es principalmente con referencia a la formación institucional del abogado y del funcionario judicial que emerge una divergencia macroscópica entre la especialidad del modelo estadounidense y la homologación sustancial de los demás modelos. Se considera que el sentido de dicha contraposición puede radicar en la orientación específica de la formación institucional del modelo estadounidense; en su forma y con sus características sustancialmente ausentes en los correlativos modelos. Verdaderamente, ningún otro modelo de formación institucional del jurista es tan específicamente *professionoriented* como el instituido por la *law school* estadounidense⁴⁹.

Éste resulta ser un dato del todo coherente ya sea con la evolución histórica del modelo social estadounidense, como también, con su cultura jurídica y su modelo de justicia. Posicionada en el nivel más alto (*master degree*) del *cursus* educativo, se puede decir que la *law school* estadounidense constituye la prefiguración -en una perspectiva de estudio y de formación prevalentemente procesalista- de las modalidades prácticas del ejercicio de la profesión legal y de la actividad jurisdiccional. Es todavía este el modelo que, especialmente en sus declinaciones más calificadas, influencia a los valores de la profesión legal, tanto en sus relaciones internas, como en la interrelación con el funcionario judicial⁵⁰. Y representa una fuerte confirmación de ello, la ya señalada existencia y elaboración de *standard* ético-profesionales portadores de múltiples directrices.

En cuanto al aspecto específico de la práctica profesional, este dato encuentra una doble declinación. Por un lado, poniendo el énfasis en sintonía con la cultura jurídica estadounidense prevalentemente en el proceso, ello ha comportado la búsqueda de modalidades cada vez más eficientes de organización y gestión de la defensa técnica (circunstancia, de la que da cuenta, a modo de ejemplo, la hasta el momento muy difundida presencia de departamentos específicos de *litigation* en *law firm* pequeñas y medianas). Por otro lado, también en razón de la proveniencia del empleado judicial de la rama de la abogacía, una intensa colaboración entre jueces y abogados fundada sobre la estima recíproca (cuando no también sobre la apreciación de elecciones estratégico-defensivas “sabias” en sede procesal) constituye en la actualidad uno de los principales objetivos del proceso civil estadounidense⁵¹. Cuánto y de qué manera en aquel ordenamiento ello haya influenciado -e

⁴⁷HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., *passim*.

⁴⁸ DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction - The U.S. and Italian Models Compared*, en 15 *ZJP Int.* 2010, p. 77 ss., ID., *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, en *Pol. dir.* 2013, p. 105 ss.

⁴⁹ WOODARD, *Justice Through Law - Historical Dimension of the American Law School*, en 34 *J. Legal Educ.* 1984, p. 345 ss., SPENCER, *The Law School Critique in Historical Perspective*, en 69 *Wash. & Lee L. Rev.* 2012, p. 1949 ss.

⁵⁰ KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, en 32 *J. Legal Educ.* 1982, p. 591 ss., KALMAN, *Professing Law - Elite Law School Professors in the Twentieth Century*, en SARAT, GARTH, KAGAN, (editors), *Looking Back at Law's Century*, cit., p. 337 ss.

⁵¹ GLENDON, *A Nation Under Lawyers - How the Crisis in Legal Profession is Transforming American Society*, Cambridge Mass. 1996, pp. 20 ss. e 36 ss., POSNER, *The Role of the Judge in the Twenty-first Century*, en 86 *B. U. L. Rev.* 2006, p. 1049 ss., KAHAN, BRAMAN, *Cultural Cognition and Public Policy*, en 24 *Yale L. & Pol. Rev.* 2006, p. 149 ss.

influencia todavía- tanto a la práctica del proceso, como también, a las perspectivas mismas de la reforma normativa, será objeto de numerosas puntualizaciones en las páginas que siguen.

1.6. Desarrollo de la investigación y apertura a las nuevas culturas del proceso

La realización de una investigación como la que aquí se propone ha implicado elecciones selectivas y programáticas en diversos aspectos. Ya se ha hecho referencia a los riesgos y a las incertezas de la comparación procesal en un momento histórico de grandes transformaciones como el actual. Y ello, especialmente, desde la perspectiva de un reconocimiento de carácter, si bien no general, al menos amplio, con prescindencia de los numerosos límites de este *abrégé*.

En efecto, la referencia a un contexto considerablemente vasto, intrínsecamente complicado, y sobre todo, en constante evolución ha impuesto, en concordancia con su carácter declaradamente institucional, la asunción de una perspectiva drásticamente limitada de la investigación. En esta línea de pensamiento, la orientación prevalentemente adoptada ha sido la de una extrema reducción tanto de los argumentos tratados, como de los correspondientes problemas. Se han considerado, por otro lado, descontados, aunque respectivamente asumidos, los notables riesgos de falta de completitud y relatividad que trae aparejado este enfoque.

Mediante la elección de un análisis fundamentalmente fragmentado al considerar el desarrollo del proceso civil en sus fases típicas, se ha pretendido efectuar principalmente algunas delimitaciones esenciales de campo. El ámbito de investigación será por lo tanto *-a priori-* la fase introductoria y, a continuación, la de preparación-discusión, de instrucción probatoria y de decisión. Dentro de este *framework* verdaderamente tradicional, la perspectiva comparatista ha impuesto circunscribir el objeto de la investigación, por un lado, a las características esenciales de los ordenamientos individuales y, por otro, a la consideración privilegiada de algunos de ellos.

En relación al primer aspecto, se ha considerado oportuna también la delimitación de carácter objetivo. No serán considerados los ámbitos del proceso civil centrados en el debate sobre el funcionamiento de la justicia civil, como la galaxia de las así llamadas soluciones alternativas al proceso, como tampoco, sin perjuicio de su obvia importancia práctica, la fase de ejecución en su conjunto. En miras de lograr una mínima seriedad en el tratamiento, la restricción a los modelos de proceso ordinario de conocimiento ha implicado, a su vez, la exclusión de gran parte de los procedimientos especiales, además de las formas particulares de tutela cautelar o anticipatoria. Por el contrario, aún sin entrar en detalle, se ha pretendido al menos señalar la siempre más amplia difusión de formas de tutela sumarias, anticipatorias y, sobre todo, colectivas. Sin embargo, resulta evidente cómo particularmente estas últimas son emblemas de las transformaciones verificadas a nivel global por el aumento objetivo del número de las controversias, pero sobre todo, por su progresiva diversificación y complejidad⁵².

Respecto a la consideración privilegiada de algunos ordenamientos, ella ha respondido a opciones, especialmente al momento, particularmente arduas o problemáticas. A diferencia de la limitación concreta de los referentes tradicionales, en la actualidad verdaderamente se registra una difundida conciencia de la multiplicidad de culturas jurídicas a las que se puede, y por muchas razones, se debe hacer referencia. Se trata de una circunstancia que innegablemente marca el momento actual; en verdad, también como consecuencia de los trastornos en la economía mundial, numerosos ordenamientos “nuevos” o no tradicionales tienden actualmente a atraer la atención del jurista y de la opinión pública misma.

Desde esta óptica, se ha dirigido la atención hacia los nuevos ordenamientos; intentando combinar la fuerte limitación impuesta por la exigencia de elegir entre esquemas todavía existentes y

⁵²TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, en BELLI (editor), *Le azioni collettive in Italia*, Milán 2007, p. 529 ss.; y en forma precedente ID., *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, en 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 2001, p. 405 ss., GIUSSANI, *Studi sulle “class actions”*, Padua 1996, p. 303 ss., GIDI, *A Class Action come instrumento de tutela dos direitos - As ações collettivas em una perspectiva comparada*, San Pablo 2007, pp. 29 ss, 46 ss.

realidades nuevas, desde una perspectiva virtualmente inclusiva. En ese sentido, cabe también señalar, de qué manera el presente análisis se caracteriza por haberse adoptado una opción metodológica de fondo, correspondiente al énfasis sistemático atribuido en el presente trabajo a las nociones de *common law* y de *civil law*. A estas nociones se les reconoce todavía la función de referentes esenciales aún en la configuración de nuevos ordenamientos, según, justamente, su relativa proximidad o su distancia y diferenciaciones en relación a estos parámetros. Su mantenimiento como parámetros de referencia recurrentes ha sido efectuado, por otra parte, con plena conciencia de la desintegración sufrida desde hace tiempo por las categorías de *common law* y de *civil law*, como también del, hasta el momento, muy avanzado fenómeno de acercamiento y convergencia entre modelos procedimentales y sistemas jurídicos⁵³.

Se debe en todo caso señalar que justamente los ordenamientos nuevos o emergentes parecen proporcionar indicios más o menos claros, aunque ciertamente sugerentes, de una “no pertenencia”, transfiriendo al tiempo futuro problemas de calificación o colocación de nuevos modelos todavía pendientes de exploración. También en esta dirección se ha pretendido desarrollar el análisis, dando cuenta, en lo posible, de las interesantes transformaciones hacia realidades todavía no armonizadas. Este es un fenómeno típico del momento histórico actual; un momento que se podría definir como signado por una suerte de sincretismo procesal, preponderantemente en relación a los “nuevos” derechos del proceso. En efecto, con fuertes diversificaciones de caso en caso, esta compleja circunstancia parece afectar especialmente a ordenamientos como el chino o el ruso, como también a algunas realidades latinoamericanas que, sin aparentes *shock* culturales, manifiestan una viva propensión a la adopción de soluciones provenientes de las dos áreas tradicionalmente consideradas como inconciliablemente yuxtapuestas.

Con respecto a los “nuevos ordenamientos” se han observado dos fenómenos en parte opuestos y merecedores de ser señalados. El primero puede explicarse en su “pertenencia” -declarada o no- a zonas de influencia cultural que derivaron, justamente, de los ordenamientos tradicionales principales; el segundo, en su capacidad de configurar soluciones nuevas y sugestivas de ulteriores innovaciones. En concordancia con el tratamiento que se ha pretendido asignar a este trabajo, se podrán rastrear amplias alusiones a estas dos actitudes en prácticamente todas las fases del proceso. Una última acotación al pasar. Con el objeto de ponderar, al menos, una respetable tradición comparatista, en el presente trabajo no se ha pretendido proporcionar un mero resumen de las soluciones adoptadas en los diversos ordenamientos considerados frente a los distintos aspectos del proceso (ello también, proveyendo a los capítulos siguientes de la bibliografía general respectiva). Ya sea que se haya logrado o no, la aspiración ha sido, en resumidas cuentas, la de realizar cotejos y relaciones no solo entre los ordenamientos del proceso civil, sino también entre las culturas -jurídicas y no jurídicas- representativas del modo de ser de este ámbito de la justicia.

⁵³Sobre el punto, entre otros, MURRAY, STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham 2004, p. 632 ss.

