

DERECHO PROCESAL Y CULTURAS JURÍDICAS

Rolf Stürner*

I. Consideraciones introductorias

La tarea de esta conferencia inaugural consistirá en analizar y describir la vinculación entre el desarrollo del derecho procesal con la cultura jurídica. Por cierto, resulta difícil separar la cultura jurídica de la cultura política. Siendo que hoy en día existen diferencias fundamentales entre las diferentes formas de proceso del mundo, ellas pueden derivarse finalmente de las diferencias de culturas políticas y como ellas impregnan la totalidad de la cultura jurídica y no solamente el derecho procesal. Aún cuando sean muchas las diferencias, sin embargo es mayor el número de puntos en común y cada vez estos serán mayores. Esto tiene dos motivos. Por un lado el derecho procesal que rige en el mundo, en sus fundamentos salvo algunas pocas excepciones, proviene de raíces europeas y tiene una historia en común¹. Por otro lado la uniformidad mundial de la civilización humana conduce a una armonización del pensamiento jurídico y con él de las formas procesales². La división de los ordenamientos jurídicos actuales en culturas jurídicas puede ser apenas considerada como válida³. Para el derecho procesal comparado, lo que frecuentemente se encuentra en los libros como distinciones entre las diferentes culturas jurídicas, se considera la división en procesos romanos, germánicos y angloamericanos, aunque sin embargo puede mencionarse el desarrollo de nuevas diferencias

* Catedrático (Ordinarius) en la Universidad de Friburgo (Alemania), Doctor en Derecho; Visiting Professor Harvard Law School invierno 2001 y otoño 2003; ministro de los Superiores Tribunales de Karlsruhe, Baden-Württemberg, (Alemania). Esta es la Conferencia inaugural del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal (México 2003) con modificaciones y adecuaciones para la presente publicación. Traducción de Álvaro J. Pérez Ragone, LL.M. y Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia (Alemania), profesor de Derecho Procesal Civil en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: alvaro.perez@ucv.cl

¹ Al respecto ver Van Caenegem, Robert, *History of European Civil Procedure- International Encyclopedia of Comparative Law*. Martines-Nijhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1973, Vol. XVI, Ch. 2; Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952; Stürner, Rolf, "Zur Struktur des Europäischen Zivilprozesses", en *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 2001, p. 491 ss.

² Al respecto ver especialmente Guinchard, Serge y otros, *Droit Processuel*, 2ª. Ed., Dalloz, Paris, 2003.

³ Intentando en ese sentido Zweigert, Konrad/Kötz, Heinz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3a. ed., C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1996, § 5, p. 62 y ss.

dentro de esta última⁴. Sin consideración del desarrollo histórico, este tema no puede ser tratado, en tanto no se mencione como punto de partida la procedencia de la familia jurídica. La mayoría de los estados en Asia, Norteamérica, África y Australia se consideran por sí mismos como procedentes de las familias jurídicas procesales, aún cuando se hayan constituido en interesantes culturas híbridas y con características propias⁵.

En especial se comienza con los estados no europeos, otrora socialistas, como fuertemente orientados directa o indirectamente a modelos fundamentalmente europeos o angloamericanos. Así, bien puede hablarse de una influencia mundial de éstas. Sin embargo debe advertirse una limitación. En tanto los procesos se orientan de acuerdo a reglas tradicionales, especialmente religiosas, como -por ejemplo- puede ser el caso en algunos puntos de los estados del Islam, mas esto no puede ser aquí desarrollado.

El punto central de esta conferencia inaugural se centra en el proceso civil lo que, sin embargo, no cierra las acotaciones en relación a otro tipo de procedimientos. La conferencia ha de tratar ante todo los siguientes puntos de vista: el triunfo del principio dispositivo de las partes (sub II), el desarrollo de la cultura procesal (sub III), el desarrollo del derecho probatorio (sub IV), la relación de escrituralidad, oralidad y publicidad (sub V), el acceso al tribunal (sub VI) y la distribución de roles entre las partes y el juez (sub VII). Ante todo bajo este último punto de vista, se quiebran las profundas antinomias que nacen de la cultura social y política, lo que sin embargo hace surgir una serie de interrogantes fundamentales.

II. El triunfo de la disposición de las partes (principio dispositivo)

1. Desarrollo fundamental

El principio según el cual las partes determinan el inicio, conclusión y objeto de un proceso pertenece actualmente a un indiscutido fundamento de todas las familias jurídico-culturales y

⁴ En relación a las grandes diferencias entre el nuevo proceso civil inglés y el norteamericano consultar Harzard, Geoffrey/Taruffo, Michele/Stürner, Rolf/Gidi, Antonio, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, The American Law Institute, Filadelfia, Discussion Draft N. 4 (April 2003), Introduction, p. 8 y ss.; en relación al acercamiento en las estructuras de los procesos inglés, alemán, español e iberoamericano consultar Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2003, n. 6.46; Stürner, Rolf. 2001. "Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions against Non-Compliance", VI (NS) Uniform Law Review Vol.4, pp. 871 y ss., 880 y ss.; Ortells Ramos, Manuel. 1989. "Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano", *Revista General de Derecho* 541/42, p. 6315 y ss.; Ortells Ramos, Manuel/ Sánchez, Juan, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Arazandi, Valencia, 2000, p. 634 y ss.; Montero Aroca, Juan et alt., *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, año, 2001, pp. 41 y ss., 56 y ss.

⁵ Para la familia jurídica germana, sus cambios e influencias ver el volumen de Habscheid, Walter (Coordinador), *Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Gieseking, Bielefeld, 1991, con artículos de Stürner (Alemania), Jelinek (Austria), Rouhette (Francia), Beys (Grecia), Nakamura (Japón), Trocker (Italia) entre otros.

procesales. Las peticiones de las partes dan inicio al proceso, el reconocimiento, renuncia, allanamiento, retiro de la demanda o transacción implican su conclusión. Los modernos códigos procesales, como el francés *Nouveau Code de Procédure Civile*⁶ o el español⁷ se ajustan a este principio en forma férrea. De la misma forma lo hacen normas modelos transnacionales como el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica 1994⁸ o los Principles of Transnational Civil Procedure del American Law Institute/Unidroit⁹. El convencimiento común y fundamental sobre la autonomía privada procesal es antiguo y sus raíces pueden encontrarse de la misma forma tanto en el proceso romano¹⁰ como en el germano¹¹. Ha impregnado con peso tanto al proceso italiano-canónico como también al moderno constituyéndose en puntos de partidas aceptados en las culturas procesales romanas¹², germanas¹³ y angloamericanas¹⁴. En esta homogeneidad se refleja una porción de la cultura política común, la que enarboló el derecho subjetivo como el centro de las conductas económicas y jurídicas colocando al individuo como figura central del ordenamiento estatal y económico. En épocas más primitivas, en el medioevo y en la era moderna, rigió este principio individualista sólo para una determinada clase social. Los movimientos por los derechos de los ciudadanos y las revoluciones de los siglos XIX y XX cambiaron la imagen a todos los seres humanos.

⁶ Art. 1 n.c.p.c.: "Seules les parties introduisent l'instance ... Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi".

⁷ Art. 19 LEC 2000: Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

⁸ Art. 1 Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; al respecto Ortells Ramos, Manuel. 1989. *Revista General de Derecho* 541/542 (1989), 6315 y ss., 6326, 6343; Barbosa Moreira, José Carlos, "Le code-modelle de procedure civile pour l'Amerique latine de l'Institut Ibero-Americain de Droit Processuel". 1998. *ZZPInt* 3, p. 437 y ss.

⁹ Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Principle 10.

¹⁰ Entre muchos otros Kaser, Max/Hackl, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2a. ed., Beck, Múnich, 1996, §§ 3 II 3; 10, 11, 30, 32, 35, 37, 42, 43, 71 ss.

¹¹ Al respecto Planitz, Hanns/Eckardt, Karl August, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3a. ed., Böhlau-Verlag GmbH, Viena-Colonia, 1981, p. 63; Biersborn, Dirk, *Klage und Klageerwiderung im deutschen und englischen Zivilprozess*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999, pp. 13, 45, 74.

¹² Liebman, Enrico T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1992, n. 71 y ss.; del mismo, "Fundamento del principio dispositivo". 1960. *Riv. dir. proc.*, p. 551 y ss.; Solus, Henry/Perrot, Roger, *Droit judiciaire privé*, Tome 3, Dalloz, Paris, 1991, n. 76 y s.; Vincent, Jean/Guinhard, Serge, *Procédure Civile*, 25ª. ed., Dalloz-Sirey, Paris, 1999, n. 534, 535; Montero Aroca, Juan, et alt., *Derecho Jurisdiccional*, Parte I, 10ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 330 y s.

¹³ Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 15. ed., Beck, Múnich, 1993, § 77; Rechberger, Walter/Fucik, Robert, *ZPO (Österreich)*, Springer Verlag, Viena-Nueva York, 1994, introducción § 171 n. 2.

¹⁴ Al respecto Andrews, Neil, *Principles of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1994, n. 3-001 y s.; del mismo, *English Civil Procedure*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2003, n. 6.48; Friedenthal, James/Kane, Mark/Miller, Arthur, *Civil Procedure*, West Law School, Boston/Nueva York, 3ª. ed., 1999, p. 2 (donde sin embargo el principio dispositivo sobre el inicio, conclusión y objeto el proceso se mezcla con preguntas vinculadas a la recopilación y aporte de material probatorio).

2. La refutación jurídico-cultural del socialismo

Se debería tener siempre en cuenta que, hasta hace no más de una década, estas características comunes jurídico-culturales no existían o eran muy limitadas.

Los estados socialistas conocían los procesos civiles sobre la base de la circulación de bienes, se regularon así administrativamente y las resoluciones de los litigios se efectuaban mediante órganos administrativos de decisión. Aún así, la autonomía privada y la iniciativa individual –y con ello el derecho subjetivo– conservaban un limitado lugar¹⁵. Esta forma se reflejaba en el proceso pero con la primacía de los intereses generales: los tribunales podrían decidir sobre y en base a las peticiones de las partes y, de manera similar, era necesario el asentimiento inicial en materias como reconocimiento, allanamiento, renuncia o retiro de la demanda¹⁶. La caída de estas culturas jurídicas totalitarias y anti-individualistas tiene, como resultado, el desarrollo de una joven cultura política. Algunos estados de Europa oriental, otrora socialistas, pudieron en sus reformas vincularse con antiguas y comunes tradiciones¹⁷.

Otras culturas jurídicas, en especial en Asia, buscan aún su orientación tanto en el derecho material como procesal. Es así de esperar, que los modelos de familias jurídicas romanas, germanas y angloamericanas puedan ejercer suficiente influencia y de esta manera lograr el desarrollo de estándares transnacionales.

O sea, la cultura jurídica en la civilización occidental no debería desarrollar una gran característica propia. El desarrollo revolucionario hacia los estados socialistas y de allí a culturas jurídicas individualistas responde ahora más, en muchos aspectos, a consideraciones utilitaristas y económicas. El convencimiento de un valor propio del individuo y sus derechos humanos no se desarrolla aún acabadamente. Esto recibe poco apoyo, para evitar, que los mecanismos administrativos en importantes cuestiones económicas controvertidas dentro del desarrollo antes descrito, puedan implicar de futuro un resurgimiento de los estados socialistas. Se debería recordar, que hasta hace no más de dos o tres décadas los sistemas socialistas eran considerados como culturas jurídicas independientes y colocadas en las antípodas¹⁸, sin que se pueda reconocer el verdadero rostro de dichos sistemas. El triunfo actual de la autonomía de la voluntad y el

¹⁵ Al respecto Baur, Fritz/Stürmer, Rolf, *Sachenrecht*, 17a. ed., Munich, Beck, 1999, § 62 (en la antigua República Democrática Alemana).

¹⁶ Para el Código Procesal Civil ruso Art. 179 del CPC de 1923 y Art. 195 CPC de 1964; en relación al CPC de la antigua República Democrática Alemana ver §§ 2 Abs. 4, 4-7, 30, 46 CPC de entonces.

¹⁷ Para Hungría, Polonia, ver van Caenegem, Robert, *History of European Civil Procedure- International Encyclopedia of Comparative Law*, Martines-Nijhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1973, n. 36 y ss., 69.

¹⁸ Al respecto ver los ejemplos de Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, Ch. 1: Introduction: "Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure", en *International Encyclopedia*, Martines-Nijhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1987, Introduction cap. 1, n. 11 ss., 15 ss., 46, 59.

principio dispositivo no es algo que resulta evidente por sí mismo, la expresión relativa a la disposición de las partes es un bien costoso en una constitución libre¹⁹.

III. El desarrollo de la cultura procesal

1. El punto de partida en común de las principales familias jurídicas

Pueda quizás sorprender que el proceso romano haya influenciado sólo apenas en la estructura externa del proceso moderno. Sucede que, tan solo en la división interna del material procesal en *acciones* y *exceptiones* -lo que determina la actividad de las partes- es donde puede verse alguna otra influencia²⁰. Recién con la supervivencia del proceso romano a través del proceso italiano-canónico pudo impregnar posteriormente el desarrollo estructural. La antípoda del proceso italiano-canónico quedó en cierta forma representada por el proceso germano. Luego, éste último se estructuró dirigido al descubrimiento de la verdad y a la sentencia, previa audiencia por ante tribunales integrados por legos.²¹

El proceso que era enseñando en el medioevo tardío e inicio de la era moderna fue influenciado por el espíritu escolástico e intentó, mediante la estructuración de reglas fijas, arribar a la verdad, lo que era posible mediante un juez letrado²². Se exigía la manifestación por escrito en forma detallada de alegaciones relativas a hechos ("*positiones*"), las que eran puestas a consideración de la contraparte para que las aceptara o negara. Con ello se redactaban luego oraciones de carácter probatorio ("*articuli*"), que integraban resoluciones que luego podían apelarse. La producción de la prueba la conducía un examinador de acuerdo a reglas rígidas de prueba, debiendo aquél informar sobre su resultado en forma escrita. De esta manera el tribunal decidía sin recibir impresiones personales de las partes y testigos.

Mientras el proceso germano se remontaba a las impresiones sobre las personas actuantes,

¹⁹ En relación a la garantía del principio de disposición de las partes mediante los derechos humanos y fundamentales ver Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter, "Verfassung und Zivilprozess", in Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order, Giesekeing, Bielefeld, 1983, p. 7 y ss., 73 s.; Stürner, Rolf, Festschrift Fritz Baur, Mohr, Tübinga, 1981, p. 652 y s.

²⁰ Kaser, Max/Hackl, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, Beck, Múnich, 1996, § 32, p. 231 y ss.; § 35, p. 256 y ss.; Pugliese, Giovanni, 1950. Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 3, p. 349 y ss.

²¹ Entre muchos von Bar, Karl Ludwig von, Das Beweisurteil des germanischen Prozesses, Gruber Lothar, s.l., 1866; Ganshof, François, "La Preuve dans le Droit Franc". 1965. Recueil de la Société Jean Bodin, XVII, p. 71 y ss.; Brunner, Heinrich, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der Karolingischen Zeit, Gerold, Viena, 1866. p. 62 y ss.; Engelmann, Arthur/ Millar, Robert Wynes, A History of Continental Civil Procedure, Wilson, Nueva York, 1928, pp. 16, 20 ss.

²² Gratian, Concordantia dicordantium canonum, Bologna, 1140; Durantis, Speculum iudiciale, 1272; Lévy, Jean-Philippe, "La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle". 1939. Annales de l'Université de Lyon, 3^e série: Droit 5.

el proceso docto lo hacía en relación a reglas abstractas. La oposición no podía ser mayor en el punto de partida, aún cuando la coexistencia de ambas formas procesales condujo en cada una de las culturas jurídicas más y más a formas híbridas. Desde el punto de vista jurídico cultural el alejamiento de impresiones personales para ser sustituida por reglas implicó un progreso; esto, ya que las consideraciones personales son eliminadas mediante reglas jurídicas abstractas siendo de esta manera efectivizada la igualdad jurídica como base de toda razón humana. Sin embargo este extremo puede ser fuente de verdadera injusticia: *summum ius summa iniuria* rige también en derecho procesal.

El procesamiento de estos opuestos se efectuó en forma diferente en cada una de las culturas jurídicas. La moderna cultura tiende hacia una convergencia, en tanto no se considere el modelo norteamericano del jurado.

2. La familia jurídica románica

El proceso francés, como representante prominente de la familia jurídica romana, ha conservado una sorprendente continuidad²³. Su desarrollo se inicia, ya antes de la revolución, en cierta manera cerrado e integrado al ordenamiento monárquico-real. Al inicio del proceso en forma escrita se continúa –siempre que fuere necesaria– una etapa probatoria por ante el “*juge d’instruction*”, quien en caso de que la causa esté en estado de ser resuelta la remite a una corte para su tratamiento y tramitación por audiencia oral. Esta estructura permanece hasta el día de hoy: demanda y contestación escrita, instrucción por ante el *juge de la mise en état*, audiencia oral y sentencia²⁴. La revolución francesa, aún cuando fortaleció la oralidad y el libre convencimiento del juez –en términos de *Robespierre* “*conviction intime*”– con la muy fuerte limitación a la inmediatez en la producción de la prueba por ante el “*juge de la mise en état*” y las reglas probatorias en favor de la prueba documental; permitió que lo esencial del proceso civil francés persista hasta el día de hoy.

El proceso italiano²⁵ se vincula hasta ahora en forma fuerte con su pariente francés. En ambos procesos se percibe todavía claramente el proceso docto, aún cuando se manifiesta mayor oralidad y la modificación de muchas reglas probatorias.

²³ Al respecto ver Olivier-Martin, Francois, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, DOMAT/CNRS Editions, Paris, 1948, reeditado en 1992, n. 137 y ss.; Glasson, Ernest-Désiré, “Les sources de la procédure civile française”. 1881. *Rev. hist.*, pp. 401-431, 437-516; Hilaire, Jean, *Histoire des Institutions Judiciaires*, Cours de droit, Litec, Paris, 1990-1991.

²⁴ Para el “*procédure ordinaire avec mise en état*” en especial Vincent, Jean/Guinchard, Serge, *Procédure Civile*, 25ª. ed., Dalloz-Sirey, Paris, 1999, p. 139 ss.

²⁵ Como texto fundamental ver Taruffo, Michelle, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980; Carnelutti, Francesco, “Carattere del nuovo processo civile italiano”. 1941. *Riv. dir. proc. civ.*, p. 34 y ss.; en alemán Trocker, Nicolo, “Grundlinien der Reform der italienischen Zivilrechtspflege”. 1996. *ZZPInt* 1, p. 3 y ss.; Piekenbrock, Andreas, *Der italienische Zivilprozess im europäischen Umfeld*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

El proceso español permaneció, de manera evidente, plenamente dentro del proceso docto hasta su radical reforma en el inicio de un nuevo siglo²⁶. La introducción de una audiencia preliminar, efectuando luego la producción de prueba por ante el juez que conoce en una audiencia oral concentrada, significa una orientación hacia el moderno derecho procesal alemán e inglés y el desapego del modelo románico clásico del proceso con su instrucción judicial organizada en, frecuentemente, largas secuencias de audiencias. Es valioso hacer resaltar que el mismo camino toma el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica²⁷ y quizás a largo plazo pueda lograr su recepción plena en Centro y Sudamérica, que tradicionalmente pertenecieron al modelo tradicional romano.

3. El proceso germano

El proceso alemán se asentó en el derecho común y la fuerza normativa tenía en su cúspide al proceso docto. El pensamiento germano inicial de una audiencia oral con producción de prueba no sobrevive en el proceso civil²⁸. La revolución y el dominio de la cultura francesa conducen sin embargo, en el siglo XIX, a un fuerte acercamiento al pensamiento procesal francés. Una consecuencia fue que el proceso se realizara parcialmente en forma similar que en Francia: oralidad, producción de la prueba en forma no inmediata por ante el juez que conocía, plena modificación de las reglas probatorias. Debido a que la idea de una única audiencia oral concentrada y principal no era realizable, se receptará luego plenamente la estructura del modelo francés: demanda y contestación de la demanda en forma escrita, juez unipersonal instructor con una larga secuencia de audiencias, una audiencia oral la mayoría de las veces sin producción de prueba y la sentencia. Recién la reforma de 1976 trajo consigo la actual cultura procesal:²⁹ demanda y contestación de la demanda en forma escrita, medidas preparatorias o prueba anticipada como la presentación de documentos, informes de peritos, citación de testigos etc. procedimiento escrito o bien luego de una audiencia preliminar preparatoria, audiencia principal con producción de prueba y sentencia.

El proceso austríaco se encontraba al respecto en un muy limitado estado, en especial en

²⁶ Una buena presentación general puede verse en Montero Aroca, Juan et al., *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 41-60; en lengua alemana Miras, Antonio, *Die Entwicklung des spanischen Zivilprozeßrechts*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1994.

²⁷ Art. 297 y ss. Código Modelo Iberoamérica, en especial Art. 300 y s., 303; Ortells Ramos, Manuel, "Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano". 1989. *Revista General de Derecho* nrs. 541/542, pp. 6315 ss., 6346; Barbosa Moreira, José Carlos, "Le code-moèle de procedure civile pour l'Amerique latine de l'Institut Ibero-Americain de Droit Processuel". 1998. *ZZPInt* 3, op. Cit., 437 y ss.

²⁸ Al respecto ver Schwartz, Johann Christoph, *400 Jahre deutscher Zivilprozess – Gesetzgebung*, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1898, Nueva impresión 1986; en lengua inglesa Engelmann, Arthur/ Millar, Robert Wynes, *A History of Continental Civil Procedure*, Wilson, Nueva York, 1928.

²⁹ Fundamental en mi estimadísimo maestro Baur, Fritz, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Zivilsachen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1966 ("Modelo de Stuttgart").

lo relativo a la audiencia preliminar. Se orientaba más en relación al proceso penal -que aún existía- en el cual la audiencia principal y de prueba se efectuaba en forma oral con producción de la totalidad de la prueba. El proceso austríaco realizaba de esta manera oralidad e inmediatez de la prueba de forma tal que, siempre el mismo juez unipersonal, tramitaba el proceso hasta la sentencia, la que deriva de una secuencia de varias audiencias. Esto logra sin embargo consolidar la posibilidad de que, en una audiencia preliminar pueda darse la oportunidad para la plena planificación del proceso³⁰.

4. La familia jurídica Angloamericana

Cuando frecuentemente se acostumbra decir que el proceso angloamericano constituye una estructura totalmente única, no teniendo ningún punto en común con los procesos germanos y romanos³¹, la afirmación es solo parcialmente correcta. El proceso de las *Chancery Courts*, el que se estructuró sobre la *equity* (equidad), fue un hermano gemelo del proceso romano-canónico y en definitiva derivaba de la rama continental³². En las *Common Law Courts* sobrevivía el juicio por jurados (*jury-trial*) lo que lo diferenció del continente. Como característica específica de la cultura jurídica angloamericana se acude frecuentemente a los "*writs*" como escritos introductorios del proceso y al "*law of evidence*", donde los jueces legos se deben proteger de la manipulación de los abogados mediante reglas de admisibilidad de la prueba. Visto esto correctamente no existe originalidad en estos institutos y se puede constatar que son cercanos al sistema continental europeo, sin que con ello se afecte el sentimiento propio angloamericano. Los "*writs*" se desarrollan a partir de la "*brevia originalia*" de los cancilleres reales y se vinculan muy fuerte con las "*lettres de justice*" como escritos introductorios propios del proceso del parlamento parisino³³ y ambos se desarrollaron, en sus formas, en base al modelo histórico del procedimiento formulario romano con sus formulas y reglas para la demanda³⁴. Hoy en día se sabe también que la mayoría de las reglas de admisibilidad de la prueba, como por ejemplo *best evidence* y *hearsay rule* o *parol evidence rule*, tienen sus raíces en la doctrina de la prueba y que el juicio por jurados se desarrolló

³⁰ Para la estructura del proceso Fasching, Hanns, *Zivilprozessrecht*, 2. ed., Manz, Viena, 1990, n. 1032; Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane, *Zivilprozessrecht*, 6. ed. Manz, Viena, 2003, n. 514.

³¹ Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, p. 27: "English Civil Procedure thus became a stated book to all but Englishmen – a completely insulated system which did not look beyond itself."

³² Al respecto y para todo lo siguiente Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, pp. 13-38.

³³ Véase Stürner, Rolf, *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 2000, p. 498.

³⁴ Pringsheim, Fritz, "The inner relationship between English and Roman Law", in *Gesammelte Abhandlungen*, v. I, s.e., Heidelberg, 1961, pp. 76-90 y el mismo texto en 1935, C.L.J., pp. 347-365; Peter, Hans, *Action und Writ*, Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1957; Biersborn, Dirk, *Klage und Klageerwiderung im deutschen und englischen Zivilprozess*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999, p. 401 ss.

fuertemente con otra finalidad a la que existía en el continente³⁵.

Los elementos originales del proceso inglés no son ni el juicio por jurados de las cortes del *Common Law* ni el proceso romano canónico de las cortes de equidad (*equity courts*), los que existieron simultáneamente como formas procesales durante siglos, unificándose recién en el siglo XIX. No obstante, ya antes las cortes del *Common Law* remitieron en su procedimiento a aclaraciones de las *Chancery Courts*³⁶ y recíprocamente las *Chancery Courts* acudieron a las *Common Law Courts* para la declaración de testigos e interrogatorio cruzado³⁷ en la segunda mitad del siglo XIX se produce la unificación de las cortes.

La reforma toma consigo una fase introductoria menos formalizada y escrita y la etapa del procedimiento de esclarecimiento propia de las cortes de Chancery. Con ella también se introduce, antes de la sentencia, la audiencia oral y pública en el juicio, lo que es propio del procedimiento del *Common Law*. Se puede de esta manera decir con buenos fundamentos, que el proceso inglés tiene en su etapa preliminar (*pretrial*) orígenes romano-canónicos unidos a la etapa del juicio (*trial*) con orígenes germanos.

Con esta combinación tiene lugar un dramático cambio en la finalidad del proceso, en su parte romano-canónica, como integrante de un nuevo proceso híbrido³⁸. En breve no servirá para la rendición de prueba, y con ello, para la información del tribunal. Mucho más aún estará consagrado para el logro de la información de las partes y de esta manera para poder preparar el ofrecimiento de las pruebas por ante el jurado o el juez eliminando sorpresas. Simultáneamente la información de las partes como finalidad del proceso en esta etapa procedimental tuvo otra consecuencia: la resolución del conflicto informalmente por las partes mismas a través de un acuerdo o la conclusión unilateral del proceso por haberse podido prever el fracaso futuro. Sólo una cantidad muy limitada de todos los procesos alcanza arribar a la etapa del *trial* y con ello la conclusión mediante una sentencia luego de la fase contenciosa. Esto es totalmente diferente a los procesos continentales de influencia románica o germana³⁹.

³⁵ Para la mejor presentación moderna sobre el tema en Macnair, Michael, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; en lengua alemana Stürner, Rolf, *Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 2000, pp. 1171 ss., 1186 s.; buenos ejemplos pueden verse en Helmholz, Richard, "Origins of the Privilege Against Self-Incrimination – The Role of the European *Ius Commune*", 1990. *New York University Law Review* 65, pp. 962-990; Damaska, Mirjam, "Hearsay in Cinquecento Italy", *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, 1994, pp. 59-89.

³⁶ Al respecto Langdell, Christopher Columbus, *Summary of Equity Pleading*, 2a. ed., Williams Hein & Co, Cambridge, 1883, p. 204; Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, p. 204.

³⁷ "Feigned Issue", ver Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, p. 268.

³⁸ Completo al respecto Stürner, Rolf, "Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance", 2001. VI (NS) *Uniform Law Review* v. 4, pp. 871 ss., 876 s., 880 ss.

³⁹ Al respecto ver Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 34.02 ss. ("relative paucity of trial hearings") con datos estadísticos.

El proceso en los Estados Unidos de América - mediante la influencia de las Federal Rules 1938- se perfeccionó en la estructura procedimental mediante el *pretrial discovery* en el sentido de la autonomía de la información de y para las partes. El jurado- en lo que luego se adentrará- tiene en los Estados Unidos de América gran significado para importantes procesos, ante todo en casos de *punitive damages*, donde es una garantía constitucional fuertemente arraigada en el pensamiento jurídico. Aun cuando sólo una escasa cantidad de procesos arriban para su conocimiento ante el jurado- no más del 2% al 3% - éste impregna la totalidad de la estructura procesal y es un importante medio de presión política-jurídica⁴⁰.

Totalmente contrario se desarrolla el nuevo proceso inglés. El jurado está casi eliminado, teniendo sólo aplicación en casos de difamación, persecución maliciosa y fraude ("*false imprisonment*" o "*fraud*")⁴¹. En el nuevo proceso inglés la etapa preliminar (*pretrial*) sigue sirviendo tanto para la preparación del *trial*, al que está preordenada, como a proveer información a las partes. Sin embargo el tribunal (*trial judge*) conoce sobre el contenido y resultado de las medidas de esclarecimiento de la etapa preliminar cuando, por ejemplo, el único perito designado por la corte (*court appointed single expert*) entrega su informe en forma escrita o cuando las declaraciones de los testigos en el "pretrial", se constituyen en lo principal ("*main examination*") para el reemplazo de éstos⁴². De esta manera el *pretrial* sirve hoy por hoy en Inglaterra tanto para información de las partes como del tribunal. No constituye más sólo una mera preparación del *trial*, sino que sustituye más bien a una fase de la rendición de prueba, cuyos puntos importantes a ser tratados quedan determinados por el tribunal.

5. La estructura procesal del presente- ¿Una cultura jurídica diferente?

De esta forma, en el presente, se conocen tres modelos procesales que no pueden clasificarse más de acuerdo a la familia jurídica de la cual provienen.

El primero e inicial modelo procesal románico distingue entre inicio del proceso en forma escrita, una secuencia de audiencias para el esclarecimiento, la rendición de la prueba, concluyendo con una audiencia oral, la mayoría de las veces sin ofrecimiento de prueba. Además de Francia e Italia este modelo existe en parte de centro y Sudamérica, África, aún con algunos pasos para la reforma y concentración en dos o menos audiencias orales, también en Grecia, Japón, Austria, y finalmente se deben mencionar a Alemania, España y el Código Modelo para Iberoamérica que luego abandonaron este modelo.

⁴⁰ Una buena presentación general sobre el estado de la discusión y desarrollo puede verse en Friedenthal, James/Kane, Mark/Miller, Arthur, *Civil Procedure*, West Law School, Boston/Nueva York, 1999, Ch. 11A, pp. 490-499.

⁴¹ Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 34.09; Supreme Court Act 1981, sec. 69.

⁴² Al respecto Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 34.15, 34.21; *Civil Procedure Rules* 32.1, 32.5, 35.5.

El segundo modelo puede describirse como modelo de “audiencia principal”, en el cual, la fase inicial escrita es seguida de una etapa de esclarecimiento, que sirve en forma flexible para la preparación de la audiencia principal o parcialmente para la rendición de prueba. O sea se orienta para la información de las partes y del tribunal. El proceso concluye con una audiencia principal y concentrada para la rendición de la prueba sobre los principales puntos controvertidos. Este es el punto de partida del modelo alemán, español, el moderno proceso inglés, pero también del Código Modelo para Iberoamérica.

El tercer modelo es el modelo por jurado, con una etapa inicial escrita, *discovery* sólo para la información de las partes y una audiencia principal para la rendición de prueba. Este modelo existe en forma plena en los Estados Unidos de América e, igualmente, en algunos estados pertenecientes al *Common Law* donde no receptaron la orientación inglesa.

Es así entonces que se quiere preguntar si las diferentes estructuras procesales reflejan el dar y el recibir de las diferentes culturas jurídicas, hegemonías políticas-económicas, la casualidad en el sentido de una “*variatio delectat*” o, por el contrario, un pedazo de cultura política enraizada. En tanto el “modelo de una audiencia principal” ha comenzado a establecerse más allá de la frontera de las culturas jurídicas romanas, germánicas y angloamericanas, en Alemania, España, Inglaterra o Sudamérica. Quizás este es el fuerte resultado del paso procesal de limitaciones jurídico-culturales tradicionales y consideraciones pragmáticas procesales hacia una civilización procesal mundial, la que se ha desarrollado independientemente de las particularidades nacionales. El modelo procesal de la secuencia de audiencias muestra, por el contrario, una gran inercia y no está dispuesto a organizarse ahora en una audiencia principal concentrada ya que esto enfrenta a la racionalidad, libre de toda emoción, del proceso docto. Sin embargo, éstos, en forma frecuente – tal cual es bien marcado en Francia⁴³ – no se dan en los procesos sumarios donde no caben aquellas consideraciones.

El modelo del jurado, conformado por una fase previa de esclarecimiento para la información de las partes antes de arribar a una dramatizada audiencia principal, toma consigo la duplicación del esclarecimiento de la causa y se podrá mantener solamente allí donde la sentencia por jueces legos que decide el proceso integra el pensamiento político fundamental. Mundialmente la orientación es entre el modelo de audiencia principal y el de la secuencia de audiencias. No es ninguna casualidad que los *Principles of Transnational Civil Procedure* aún cuando se mostraron abiertos a ambos modelos⁴⁴, hayan sin embargo manifestado su preferencia de estilo por el modelo de audiencia principal, el mismo adoptado por el Código Modelo para Iberoamérica.

⁴³ Al respecto Vincent, Jean/Guinchard, Serge, *Procédure Civile*, 25ª. ed., Dalloz-Sirey, Paris, 1999, n. 791 y ss.; en lengua alemana Stürmer, Rolf, en *Procedural Law in Europe*, Storme (Coordinador), Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, pp. 143-186, especialmente p. 72.

⁴⁴ *Principles of Transnational Civil Procedure*, Principle 9, en especial Comment P-9C.

IV. El desarrollo del derecho probatorio

Con esta descripción de la estructura procesal se vincula curiosamente la suerte del derecho probatorio.

1. El desarrollo de las reglas de prueba legales

El proceso romano⁴⁵ había comenzado a desarrollar el libre convencimiento en la valoración de las pruebas, ya en una temprana fase, de acuerdo a formas religiosas condicionantes mediante el proceso formulario y su procedimiento *apud iudicem*. Sin embargo el proceso de cognición justiniano, de manera interesante, crea reglas procesales para documentos, en relación a los cuales, se establecen sus efectos probatorios y, por otro lado, reglas de prueba sobre credibilidad de los testigos estableciéndose un número indispensable de estos de modo tal que puedan constituir plena prueba asimilable a la documental. El proceso docto fortaleció con el tiempo esta construcción de reglas perfeccionando el sistema⁴⁶. Con ello se creó la creencia de la humanidad de haber alcanzado el sueño del descubrimiento de la verdad que era independiente de emociones subjetivas y casualidades.

Esta idea rigió en toda Europa y también en el proceso inglés. Para las cortes inglesas (*Chancery Courts*) con su proceso romano-canónico es válido el análisis desde antiguo y hasta su nuevo proceso de conocimiento sin reservas, aún con el otro proceso paralelo y opuesto que existía⁴⁷. Esto rige, con modificaciones en la forma, también para las cortes del derecho común (*Common Law Courts*) con sus jueces-jurados. Para jueces legos, sin embargo, no resulta aplicable un sistema de reglas legales de prueba. El lego valorará siempre de acuerdo a su propia e íntima convicción "*conviction intime*" cada vez más fuerte que el juez letrado. Necesitará una cierta libertad de valoración. Debido a que también el jurado -siguiendo el espíritu de su tiempo- no deseaba renunciar a filtros de racionalidad supraindividual, se modificó en forma adecuada el conjunto de reglas de la prueba romano-canónicas para el descubrimiento de la verdad. Así se transformó en un sistema de reglas de admisibilidad de la prueba a los

⁴⁵ En relación al proceso romano y el desarrollo del derecho probatorio Kaser, Max/Hackl, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, §§ 12 I, 2/3; 18 II, 22; 53 IV; 73 IV; 92; en forma general Stürmer, Rolf, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, p. 1171 ss.

⁴⁶ Entre otros Lévy, Jean-Philippe, "La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle". 1939. Annales de l'Université de Lyon, 3^e série: Droit 5; Endemann, Friedrich, Civilprozessverfahren nach der kanonistischen Lehre. 1891. ZZP 15, pp. 252-282.

⁴⁷ Para resaltar Macnair, Michael, The Law of Proof in Early Modern Equity, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; otro punto de vista Millar, Robert Wynes, Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, p. 26: "*One might suppose that, untrammelled by the jury, the system would have taken over the canonical proof rules, but only in small part are they suffered to affect it – a striking evidence of the influence radiating from the courts of Westminster and of the independence of English lawyers*".

efectos de poder, desde el inicio, proteger al jurado de determinados medios de prueba⁴⁸. La finalidad del sistema de pruebas legales o reguladas mediante reglas fijas tuvo por objetivo principal, tanto en el proceso continental como en el de las Cortes inglesas de *Chancery*, la regulación inmediata del descubrimiento de la verdad por parte de los jueces letrados. La finalidad del sistema de reglas probatorias en el modelo por jurados tenía por objeto proteger al juez lego de medios probatorios dudosos filtrando todo elemento que pueda influenciarlo. Esta doble finalidad representada por la dicotomía descrita en el derecho probatorio del proceso canónico y sus sucesores, fue facilitada por las cortes del derecho común (*Common Law Courts*) con su transformación plena. Sin embargo, en principio, esta diferenciada finalidad ha sobrevivido hasta nuestros días.

2. La imagen del presente

El descubrimiento del individuo como figura central del ordenamiento jurídico condujo en el continente a alejarse del sistema de la prueba legal, que fue concebido como forma para evitar sospechas tanto en los testigos como en los jueces⁴⁹. Ello tiene lugar en forma interesante, pero con diferente intensidad. La familia jurídica romana – esencialmente influenciada por Francia como el país de la Revolución– lo implementa sin mayor entusiasmo. Hasta el día de hoy conocen los sistemas de derecho de origen romano un fuerte sobrepeso de la prueba documental⁵⁰. Ello tiene mucho que ver también con la tradición de la *testis inhabilis*⁵¹ y que se mantenga inquebrantable la tradición adversa al juramento de las partes⁵². Por otro lado el paso hacia la libre valoración de la prueba se implementa en forma plena en la cultura jurídica germana y sus descendientes. El derecho probatorio angloamericano incorpora el elemento individual del derecho probatorio ante todo rechazando toda consideración vinculada a la *testis inhabilis*, a la cual también la parte pertenece⁵³, permaneciendo sin embargo con un sistema de

⁴⁸ En relación a la influencia romano-canónica del derecho probatorio de las *Chancery Courts* en relación a las reglas de admisibilidad de las *Common Law Courts* ver Macnair, Michael, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

⁴⁹ Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, Art. 22 § 4, *Oeuvres complètes*, T. XXIV, Vol. Found., Paris, 1785, p. 337.

⁵⁰ Por ejemplo Art. 1341 ss. C.c. Francia; Art. 2721 y ss. C.c. Italia.

⁵¹ Por ejemplo Art. 246 ss. c.p.c. Italia (en relación al en relación a la jurisprudencia correctiva de la Corte Costituzionale ver en forma completa Carpi, Federico/Taruffo, Michele/Togni, Elena, *Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 1996, Art. 246 comentario IV; Art. 247 comentario I; Pisani Proto, Andrea, *Diritto Processuale Civile*, 4 ed., Jovene, Napoli, 2002, Cap. 10 n. 5.1, p. 419. La “tacha de los testigos” del nuevo proceso español (Art. 377 LEC 2000) es en cierta manera una experiencia tardía de la “*testis inhabilis*” (Art. 1246 f. Código Civil versión anterior), pero que el efecto es ponderado de acuerdo a la libre valoración de las pruebas (en relación a la “valoración de las declaraciones de testigos Art. 376 LEC 2000). Francia abandonó completamente la *testis inhabilis* del antiguo derecho (Art. 268, 283 a.c.p.c.) (Art. 205 n.c.p.c.).

⁵² Al respecto Art. 1357-1365 C.c., Art. 317-322 c.p.c. Francia; Art. 2736-2738 C.c., Art. 233-239 c.p.c. Italia; en relación a la vieja redacción de la norma en España (Art. 580 LEC 1881, Art. 1236-1238 Código Civil a.F.) Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Parte II 9 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 280-281.

⁵³ En relación a la derogación de la regla “*nullus idoneus testis in re sua intellegitur*” en el siglo XIX ver Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, p. 207.

examen previo de admisibilidad de la prueba. Aparentemente se frena la revolución de la prueba ya existente con el cuadro de la libre convicción dentro del ámbito de la valoración por jueces legos. Sin embargo la caída del jurado ("*jury*") en Inglaterra trae consigo también la eliminación del sistema de admisibilidad previa de la prueba en los últimos diez años⁵⁴. De esta forma se acortó la distancia en relación al derecho probatorio de la cultura jurídica germánica. Así es posible observar un curioso cuadro, el que se verifica ante todo en los Estados Unidos de América, mediante su sistema de admisibilidad de la prueba que tiene mayor cercanía y referencia con el sistema probatorio legal de Justiniano y del proceso docto. Allí donde rige el modelo procesal de la audiencia principal con jueces letrados como en Inglaterra, Alemania, en el último tiempo en España y en muchas partes de Iberoamérica, se dejan de lado las reglas de la prueba legal. Las culturas jurídicas románicas con su sobrepeso en la prueba documental mantienen una porción de su racionalidad supraindividual.

3. Derecho probatorio y cultura jurídica

La familia jurídica angloamericana tuvo que pagar, por el jurado, un alto precio con su sistema del *law of evidence*. Si los jueces legos pueden ser protegidos mediante un buen y sutilmente estudiado sistema de admisibilidad de la prueba contra una manipulación dramática, aparece realmente como dudoso y permanece sin control⁵⁵. De esta forma la vinculación entre legitimación democrática inmediata de los jueces legos y el tradicional "*law of evidence*" está quizás fundada sólo históricamente y no representa realmente un requisito necesario para el desempeño de la actividad de los jueces legos. Son precisamente los romanos, más que toda otra cultura jurídica, los que daban un gran valor a la racionalidad de la prueba, lo que se manifestaba en su amor por las formas claras, lo que era trasladado también a la filosofía y al arte. El desarrollo de la moderna documentación electrónica y digital debe evitar aquí conclusiones apresuradas. Podría ser que en un futuro próximo se eleve el valor probatorio de la documentación electrónica y digital. Y, de esta forma, también el derecho probatorio procesal influya, a costa de los medios de pruebas personales, como un aporte a la sociedad de la comunicación masiva para una cultura procesal en común.

V. Escrituralidad, oralidad y publicidad como espejo de las culturas jurídicas

1. El cambio histórico

De acuerdo a nuestro conocimiento actual el proceso romano fue, en todas sus fases históricas esenciales, oral y público. Lo mismo cabe decir sobre el proceso germano. Dos

⁵⁴ Ver Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 31.01, 31.23 ss., 31.29 ss.

⁵⁵ En forma completa Sward, Ellen, *The Decline of the Civil Jury*, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 2001, pp. 243 ss., 271 ss.

elementos deben ser resaltados al respecto. Por un lado una gran número de las partes que intervenían en el proceso eran analfabetos; por otro el derecho era parte de la política, por ende parte de lo público a lo cual debía permitirse el acceso de todos. Las tendencias hacia la escrituralidad empiezan a aparecer recién en un período romano tardío, como es el caso del proceso justiniano oriental, donde el juez sentenciante podía delegar en un asesor el esclarecimiento de la causa y la recepción de las pruebas. Éste, finalmente, debía informar al juez sentenciante en forma escrita⁵⁶. El proceso docto del medioevo elevó a grado de ideales la escrituralidad, la mediatez y la no publicidad.⁵⁷ La elaboración del derecho fue vinculada en un sistema abstracto de reglas siendo el producto de la enseñanza escolástica y para nada un proceso político. El conocimiento y las impresiones personales eran considerados como factores perturbadores, la justicia ciega con sus ojos cubiertos caracteriza esta concepción hasta nuestros días. La escrituralidad garantiza distancia y exactitud, la estricta observancia del derecho. Esta escrituralidad y no publicidad del proceso docto rigió las culturas románicas en forma fuerte, en los territorios alemanes⁵⁸ y españoles⁵⁹ alcanzó una exagerada perfección. Se debe sin embargo aclarar, que en los procesos sumarios de escasa cuantía se mantuvo la oralidad, teniendo en cuenta el analfabetismo de las partes que intervenían. En Inglaterra se corresponde al desarrollo del proceso por ante las *Chancery Courts*, mientras que el juicio por jurados de las cortes del *Common Law* permanecen públicas y como acto esencial de la vida política⁶⁰. Es recién con las revoluciones y los movimientos de reforma del siglo XIX que se introducen en el continente la idea vinculada con la oralidad, con la cual se vinculan derechamente el pensamiento de inmediatez y publicidad. De acuerdo a las ideas de la Revolución Francesa esto era una expresión del acceso de los ciudadanos libres y del pueblo como soberano a sus tribunales⁶¹. Sin embargo, las culturas jurídicas de Francia, Italia y también en España y Sudamérica permanecieron con un proceso probatorio no público que se lleva a cabo por ante un funcionario sobre cuyo informe actuará –mediatamente– el juez sentenciante⁶². La orientación hacia la plena publicidad de la audiencia con rendición de prueba por ante el juez que debe

⁵⁶ Al respecto ver Kaser, Max/Hackl, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, § 1 IV 4, p. 9; § 84 I, p. 445; § 77, p. 412 s.; § 91, p. 485. Este asesor es el antecedente del *Juge de la mise en état* y figuras similares.

⁵⁷ Un buen resumen general puede verse en Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, Ch. 1: Introduction: "Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure", en *International Encyclopedia*, Martines-Njhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1987, n. 3 y ss.

⁵⁸ En relación al desarrollo del proceso germano común ver Wetzell, Georg Wilhelm, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Ed., Tauchnitz, Leipzig, 1879, § 67, p. 893 y ss.

⁵⁹ Una buena presentación general para el desarrollo español puede verse en Montero Aroca, Juan y otros, *El Nuevo Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 44 ss., 50.

⁶⁰ Para el desarrollo inglés ver Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952, p. 36 s.

⁶¹ En relación al significado de la Revolución Francesa y sus consecuencias ver Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, Ch. 1: Introduction: "Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure", en *International Encyclopedia*, Martines-Njhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1987, n. 4 y ss.

⁶² Ver Bonnier, Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5a. ed., Joubert, Paris, 1888, § 248, pp. 230, 241, 243 s.

conocer tiene lugar en Alemania muchas décadas después en forma muy demorada a la sombra del proceso francés. Es recién con la introducción del modelo de audiencia principal en el año 1976 que se produce el quiebre definitivo. En Inglaterra por su lado la unificación del procedimiento de „*chancery*“ con el juicio por jurados de las *Common Law Courts* tuvo por resultado la conformación de dos etapas, una primera netamente escrita con el „*pretrial*“ a la que seguía un juicio oral con rendición de las pruebas⁶³.

2. El estado actual de desarrollo

Allí donde se incorporó o se está comenzando a instaurar el “modelo de audiencia principal”, a saber: Inglaterra, Alemania, España, los países escandinavos, y algunos estados sudamericanos domina la plena oralidad, inmediatez y publicidad de la audiencia y de la rendición de prueba sobre la cual se motiva la sentencia. La escrituralidad y la etapa no pública del proceso tienen en realidad un carácter meramente preparatorio⁶⁴. En el sistema romano el modelo de instrucción, oralidad, inmediatez y publicidad no se ha desarrollado en forma plena⁶⁵. Esto probablemente porque la actividad decisoria del pronunciamiento de la sentencia por el juez, en la tradición del proceso docto, es considerada más como un acto de conocimiento científico antes que político. El desarrollo moderno demuestra, independientemente de algunas culturas jurídicas, una notable tendencia hacia la preparación escrita o la sustitución mediante documento escrito de la declaración oral de testigos (*attestation, witness statement, etc.*)⁶⁶.

Un valor diferente entre la relación de publicidad y esfera privada de las partes puede verse en la publicidad de los actos del tribunal: Estados Unidos de América⁶⁷ y su seguidor Japón se manifiestan plenamente en el punto de partida, de la misma forma algunos países escandinavos donde la tradición continental apenas ha tenido influencia acorde a los intereses

⁶³ Para el significado histórico de la oralidad y publicidad del „*trial*“ ver Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 4.61 ss.

⁶⁴ Para Inglaterra Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 4.59 ss.; para Alemania GVG § 169, ZPO § 273; para España Art. 120 n. 1 de la constitución en forma completa ver Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Parte I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 377-382; ver también Código Modelo Iberoamericano Art. 7, 8; Art. 6 inciso 1 Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶⁵ Para Francia Art. 22, 433 n.c.p.c. (Publicidad sólo del debate „*débat*“); para Italia Art. 128 inc. 1, 275 c.p.c. (Publicidad de la audiencia „*udienze*“) y Art. 84 inc. 1 *Disposizioni di attuazione del c.p.c.* („*Le udienze del giudice istruttore non sono pubbliche*“).

⁶⁶ En relación a la „*attestation*“ en Francia Art. 200 ss. n.c.p.c.; en relación a la declaración de testigos „*witness statement*“ en Inglaterra y la sustitución por la „*examination in chief*“, CPR 32.4, 32.5 (ver al respecto Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 34.21; para la declaración escrita de testigos en Alemania § 377 ZPO).

⁶⁷ Al respecto ver el caso *Nixon v. Warner Communications, Inc.* 435 U.S. 589, 597-599 (1978); *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20, 33 (1984); en relación a los detalles y órdenes de protección de los tribunales ver en forma completa Miller, Arthur, „*Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts*“, 1991. *Harvard Law Review* 105, pp. 427 ss.

y pautas de la decisión judicial⁶⁸. El moderno derecho inglés -y esto es interesante remarcarlo- ha optado por una solución mixta: escrito de demanda y resoluciones judiciales son de acceso público, otros documentos pueden ser conocidos cuando lo permita una resolución judicial⁶⁹. Los *Principles of Transnational Civil Procedure* optan por una audiencia y producción de pruebas públicos y en relación al ingreso de terceros para conocer de actos escritos, se somete primero a una resolución judicial⁷⁰.

3. Diferentes componentes fundamentales de las culturas jurídicas

Un mínimo estándar orientado hacia la publicidad y oralidad del proceso civil se corresponde con varias de las modernas constituciones y convenciones internacionales, dándosele en muchos casos el carácter de derecho humano. El distinto valor se puede aclarar finalmente a partir de la diferencia de dos componentes culturales jurídicos fundamentales.

El primer componente fundamental se vincula con la relación existente entre jurisprudencia y aplicación del derecho. El *case law* crea nuevo derecho en cada causa litigiosa a partir de los hechos; la democracia es entonces por eso pensada en tanto algo público. La fuerte tendencia de la familia jurídica angloamericana hacia la publicidad de la totalidad del proceso puede aclararse a partir de esta forma democrática de legitimación del derecho. En la tradición jurídica de la codificación, el peso de la legitimación democrática recae fuertemente en el acto parlamentario, siendo la concretización y aplicación mediante el tribunal más bien un acto de conocimiento antes que uno de creación, requiriendo consecuentemente publicidad en tanto fiscalización y control. Con la convergencia de ambos sistemas en formas mixtas se comienza incluso ahora a oscurecer la clara frontera procesal, siendo que muchas culturas jurídicas codificadoras se han declarado firmemente en favor de la publicidad.

El segundo componente fundamental en la relación entre publicidad y privacidad. Dentro de la concepción norteamericana de democracia se hace desde el inicio hincapié en la igualdad; su realización tiene como presupuestos la transparencia y con ello la publicidad. Frente a la cual la privacidad se retira, lo que se manifiesta por cierto en forma clara en el derecho a negarse a realizar algún acto dentro del proceso, lo que se permite en casos muy limitados⁷¹. La “*égalité*” de la revolución francesa con su idéntica intensión no habría podido efectivizarse dentro de esta concepción de la transparencia con todas sus consecuencias. Ello debido a que

⁶⁸ § 299 ZPO Alemania; § 219 ZPO Austria; Art. 229-236 Ley Orgánica 6/1985 España; Art. 29 n.c.p.c. Francia; Art. 744 y s. c.p.c., Art. 76 Disposizioni di attuazione del c.p.c. Italia.

⁶⁹ CPR 5(4) Inglaterra.

⁷⁰ *Principles of Transnational Civil Procedure*, Principle 20.

⁷¹ En forma completa ver Stürmer, Rolf, “U.S.-amerikanisches und europäisches Verfahrensverständnis”, Festschrift für Ernst Stiefel, Verlag C. H. Beck, München, 1987, p. 763 ss.; del mismo, “Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance”. 2001. *Uniform Law Review* VI (NS), pp. 871 ss., 878 ss.

en el continente y en muchas otras partes del mundo la privacidad representa siempre una parte protegida democráticamente que no legitima actos que la afecten a ningún poder del Estado. O sea cumple una importante función defensiva contra las distintas posibilidades de agresión de entidades estatales. Con el fortalecimiento de la democracia en muchas partes de la civilización occidental aún cuando cada vez más se reduce esta protección a la privacidad, sin embargo, la amenaza a la objetividad del proceso judicial y de la privacidad mediante los medios masivos de comunicación es tratada de manera disímil por las diferentes culturas jurídicas. Así puede decirse que las grandes antinomias permanecen⁷². Sería muy fácil decir que el procedimiento público, inmediato y oral se corresponde con la democracia, y que otros procedimientos no tan públicos y parcialmente escritos se adecuan más bien a ideas burocráticas y jerarquizadas. Pues bien, se debe concluir que la protección de la privacidad y de la esfera personal son igualmente elementos importantes para la libertad individual y la democracia como lo son la transparencia y de igualdad.

VI. El acceso al tribunal (o acceso a la Justicia)⁷³

Un importante tópico de la sociedad de masa moderna y de la idea de estado social está constituido por el acceso de cada uno de los ciudadanos a los tribunales. No es suficiente la posibilidad teórica del ejercicio de un derecho, sino que eso debe ser realizable y plenamente posible también económicamente. Las barreras financieras representan entonces un gran problema de cada individuo, como así también los casos donde individualmente se intenta acceder a una tutela por daños en masa.

1. Instrumentos de control

Todas las culturas jurídicas conocen instrumentos para solucionar el problema del acceso a la justicia, siendo obvio que la solución no puede ser única sino que la mayoría de las veces se deben acudir a mecanismos paralelos. Sin embargo se pueden mencionar puntos claramente elementales. Los instrumentos para facilitar el acceso para esas partes procesales que no tienen posibilidades patrimoniales se manifiestan en asistencias financieras estatales o privadas, seguros de asistencia y protección jurídica o simplemente se permite el acceso al demandante sobre la base de la posibilidad de éxito en el proceso. En el caso de la llamada daños jurídicos en masa, se procura su solución mediante la legitimación de determinados organismos, acciones colectivas, demandas representativas o acciones del grupo.

⁷² Al respecto ver Damaska, Mirjam, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung. Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht*, Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983, p. 435 ss.; Stürner, Rolf, "Einflußnahme auf schwebende Verfahren", in *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht* in Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983, pp. 179-216.

⁷³ *Nota del traductor*: se optó aquí por dejar la traducción literal que perfectamente puede leerse como sinónimo de "acceso a la justicia".

2. Diferentes puntos de vista esenciales de las culturas jurídicas

Así se corresponde con esta noción elemental que, ante todo el derecho procesal de los Estados Unidos de América a un cuando conoce formas de asistencia financiera para las costas procesales o la posibilidad de demandas mediante determinados organismos⁷⁴, se fundamenta principalmente en la representación y postulación procesal sobre un porcentaje en caso de éxito del proceso a lo que se suma la existencia de las acciones de grupo⁷⁵. En el caso de los ordenamientos jurídicos continentales se orientan más bien en la asistencia financiera estatal, las demandas mediante organismos y acciones colectivas⁷⁶. Se tienen frente a frente la regulación y la desregulación, la organización burocráticas jerárquica de la autonomía privada para la protección de los derechos. El próximo paso se encuentra cercano: la democracia se adecua al modelo desregulado, lo que es dejado de lado por la preferencia continental vinculada con la tradición de asistencia estatal. Al respecto se debe mencionar que la tendencia se orienta hacia el principio de mercado desregulado y acorde al modelo norteamericano. Ello porque la organización estatal poco puede ofrecer y es inadecuada para los casos de litigación internacional. Las empresas multinacionales temen las acciones de clases (*class action*) cuando no se acuerden honorarios sobre el éxito del proceso (*quota litis*) más aún en el caso de los *punitive damages*, en contraposición a los procesos mediante organismos o demandas colectivas⁷⁷. La individualización del riesgo, cada vez es más frecuente por parte del ciudadano consciente de su participación en un mercado de capitales mundial pensando en sus pérdidas y ganancias. Con ello se fortalece la tendencia hacia acciones de grupos y clases sobre la base del éxito probable del proceso. En general puede decirse que el destino de las instituciones para protección de los derechos se hará dependiente de si la cultura impregnada de la economía y mercado norteamericano y su ponderación de los riesgos logra impostarse mundialmente en los individuos. O, si por el contrario se ve social y económicamente un freno a esta tendencia y

⁷⁴ Siendo siempre un excelente presentación la de Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, "Der Schutz diffuser und kollektiver Interessen im Zivilprozeß", Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983, p. 117 y ss.

⁷⁵ En relación a la *class action* Friedenthal, James/Kane, Mark/Miller, Arthur, Civil Procedure, West Law School, Boston/Nueva York, 1999, Cap. 16, p. 736 y s.; Miller, Arthur, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem", 1979. Harvard Law Review 92, p. 664; Mullenix, Linda, "Re-Interpreting American Class Action Procedure: The United States Supreme Court Speaks". 2000. ZZPInt 5, p. 337 y ss.; Andrews, Neil, English Civil Procedure, Oxford University Press, Oxford, 2003, n. 41.90 ss.

⁷⁶ Al respecto la presentación general de Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983, p. 117 ss.; Leipold, Dieter, "Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breit gestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland", Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht in Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983, pp. 57-104; Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Kötz, Heinz/Baetge, Dietmar, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

⁷⁷ En relación al significado de las *class action* en el ámbito internacional ver "Duke/Geneva Symposium 2000". 2001. Duke Journal of International Law 11, pp. 157-421 con comentarios de Weinstein, Hensler, Cooper, Andrews, Watson, Clark/Harris, Hodges, Koch, Walter, Nordh und Taruffo.

el Estado social solidario vinculado con la regulación estatal vuelve a tener un significado positivo. Actualmente el principio del mercado se encuentran en su pleno esplendor, mundialmente dominan los estudios jurídicos angloamericanos procurando en todos los casos los tribunales de ese país y estructurados y adecuados a sus formas. En muchos estados de tradición continental se manifiesta este fenómeno de la recepción⁷⁸. De esta forma se evidencia en el ámbito del acceso al derecho, como en ninguna otra área, la influencia inmediata jurídico-cultural y la hegemonía de la visión jurídica norteamericana⁷⁹, contra la cual el resto de las culturas jurídicas poco pudieron aportar. Será interesante ver si la Unión Europea, Japón y Sudamérica pueden constituirse, desarrollarse y mantenerse en el tiempo como culturas de antípodas adecuadas a la libertad de mercado. La Unión Europea se ha definido hasta ahora mayoritariamente por la libertad de mercado en tanto no pudo interrumpir su dinámica cayendo sin una propia aspiración en el modelo norteamericano.

VII. La distribución de roles entre el juez y las partes

1. La distribución de roles como el punto de partida preferido para las comparaciones de las culturas jurídicas

Probablemente la distribución de roles entre el juez y las partes sea el punto de partida preferido como punto de vista cultural jurídico para la comparación de los procesos. Por un lado en algunos casos la autonomía de las partes aparece como amplísima y además de la posibilidad de disposición de las partes sobre el inicio, conclusión y objeto del proceso aquella abarca todas las otras actividades indispensables. Así quedan incluidos la búsqueda y ofrecimiento de todo material relevante para el proceso, el impulso procesal (notificación), la conducción formal de la prueba mediante la declaración e incluso la responsabilidad por los fundamentos de derecho. Allí se presume una cultura política de estabilidad democrática, la que supone un ciudadano activo y competitivo cuya madurez sirve de fundamento. Allí donde la actividad del juez sustituya a la de la parte, ello es considerado como una expresión de la organización de la sociedad jerárquica obstaculizadora de la propia iniciativa. Incluso en forma frecuente haciendo referencia a una predisposición para estructuras totalitarias⁸⁰.

⁷⁸ Ver por ejemplo para las *class action* en Brasil Gidi, Antonio. 2003. American Journal of Comparative Law 53, p. 311 y ss.

⁷⁹ Sobre la hegemonía jurídica norteamericana ver Stürmer, Rolf, "Der Justizkonflikt zwischen den U.S.A. und Europa", Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, Beck Verlag, München, 1986, pp. 217-248.

⁸⁰ Sobre éste tema en forma completa Damaska, Mirjan, The faces of Justice and State Authority, Yale University Press, New Haven Press, 1986; Lord Simon in *D. v. national Society for the Prevention of Cruelty to Children* [1972] 2 W.L.R. 201; Marcus, Richard, "Malaise of the Litigation Superpower", in Civil Justice in Crisis, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 71 ss., 101, donde bajo el título „Judges über alles: The Rise of Managerial Judging“ se trata el regimen totalitario de la época Nazi en Alemania; en forma completa Langbein, John, "The influence of German Emigrés on American Law: The Curious Case of Civil and Criminal Procedure", in Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, Mohr Siebeck, Tübinga, 1993, pp. 320 ss., 328-331.

2. Análisis histórico-jurídico y de derecho comparado

Un análisis histórico-jurídico y de derecho comparado puede a veces confirmar esta visión, sin embargo dichas conclusiones son finalmente difíciles de admitir. En el proceso romano la actividad de las partes se ubica en el centro, crea incluso la impresión de que la responsabilidad jurídica individual es un importante paso, en el cual sin embargo las otras partes del pueblo quedan excluidas. El proceso docto por el posterior derecho común conoció un verdadero juez pasivo. Así se ve en la etapa de recepción de la prueba la participación del examinador y la propuesta de solución jurídica, sin embargo la conclusión de una sociedad de constitución democrática sería más que falsa. El desarrollo angloamericano hacia el juez pasivo podría apoyar la tesis fundamental, ya que en los hechos Angloamérica ha conseguido la democracia más confirmada y estable⁸¹. Igualmente considerando los Estados Unidos de América sin consideración a los antiguos habitantes indígenas y por largo tiempo al pueblo de raza negra. Sin embargo, en el origen del proceso romano y el proceso docto permitirán a los jueces indicar las pruebas y el derecho, y por cierto en esta tradición el juez es en realidad aun pasivo. La estructura política y social -en especial cuando se compara Francia e Italia con los estados sudamericanos- es muy cambiante y diferente. Esta forma procesal ha sobrevivido incluso a época totalitarias. El juez alemán del absolutismo ilustrado prusiano con su tendencia al estado de bienestar fue muy activo, los abogados incluso fueron suprimidos en favor de quienes lo reemplazaron, los Consejeros de Estado. De esta manera luego viene la corta época del proceso prusiano en el Gobierno de los Federicos con otra orientación⁸². El cuadro alemán posterior fue sin embargo contrario a esta tesis fundamental: el juez del siglo XIX, el del derecho jerárquico en la época de Wilhelm y el de la república de Weimar, incluso el del tercer Reich fue en realidad más pasivo que el de la larga democracia alemana de posguerra. ¿Será que ello se corresponde con la referencia a Inglaterra y al “*managerial judge*” contra la actual cerrada constitución democrática? El juez activo del proceso austríaco puede muy bien ser considerado como un reflejo tardío del pensamiento de estado de bienestar alemán, el que sin embargo ha sobrevivido más que más hacia la democracia. Así se vincula la fuerza de la democracia con el traspaso hacia un juez activo. Aun cuando se pueda coincidir en que el juez civil inquisidor da una imagen de constitución jerárquica estatal, como era conocida de alguna manera en los estados socialistas, ésto al menos en teoría⁸³. El juez activo y cooperativo, tal cual se lo conoce en el sistema austro-alemán, francés, y ahora inglés y español, aparece como una figura democrática fundamental con varios puntos de moderación.

⁸¹ Al respecto Stürner, Rolf, “Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and Unidroit”, 2000. *The International Lawyer* 34, pp. 1071 ss., 1083 ss.

⁸² Ver Ebel, Friedrich, 200 Jahre preußischer Zivilprozeß, Walter de Gruyter, Berlin, 1982; en lengua inglesa van Caenegem, Robert, *History of European Civil Procedure- International Encyclopedia of Comparative Law*, Martines-Nijhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1973, n. 66.

⁸³ Ver supra II.2.

3. El “*jury trial*” como fundamento interno de la distribución de roles diferente

De esta manera sólo permanece en lo que a esta tesis se refiere sólo un núcleo aceptable. Cuando se concibe al juez lego, al jurado, como la institución esencial de la constitución democrática, es entonces quien necesariamente debe ser reducida a un rol pasivo. Esto aún cuando no excluya, que un juez letrado pueda tener una fuerte actividad directiva del proceso tanto en el *pretrial* como en el *trial*, tal cual es el caso actual de los Estados Unidos de América. Aún cuando sin embargo son los jueces legos lo que debieran poder fallar, a dicha actividad obviamente se le ponen límites estrictos⁸⁴ mucho mayores que en una etapa de proceso posterior donde será un juez letrado el que continuará con las audiencias y finalmente sentenciará. De esta forma es una consecuencia poco económica la duplicación del esclarecimiento de los hechos en dos etapas *pretrial* y *trial*, consecuencia de la figura de los jueces legos⁸⁵. La amplitud del *discovery* puede aclararse no solamente en base a la necesidad de poder arribar adecuadamente a una instancia de hecho, sino además admitiéndose la apelación solo para el control del derecho. De esta forma el agotador juicio por jurados por regla, no puede repetirse. El más fino proceso por ante un juez letrado puede sin ningún problema tramitarse y admitir un control de los hechos en la segunda instancia, tal cual es frecuente y sucede en la tradición continental. A menudo se puede aclarar el material litigioso en el proceso por ante un juez letrado en primera instancia y con poco desgaste, pudiendo la parte no satisfecha interponer apelación. Pero es sin embargo un prejuicio decir que la cuota de apelación es mucho más elevada en los procesos continentales con jueces letrados ya que parece ser que todo recién puede ser resuelto en segunda instancia. En todo caso esto no se corresponde y es falso al menos en relación a Alemania y Estados Unidos de América⁸⁶. Como conclusión se separa el proceso de los Estados Unidos de América mucho más del proceso inglés moderno, que el proceso inglés del continental con influencia románica o germana. El fundamento de todas estas características delimitantes es sin duda la estructura de los jueces legos, en relación a la cual se configura la totalidad del proceso, aún cuando el juicio por jurados tenga lugar en un limitado número de procesos. El espectador se asombra sobre un ordenamiento jurídico que aparece limitada a tan poco ello es, no a litigios que sean concluidos en forma rápida y en gran cantidad mediante una sentencia judicial, sino un gran acontecimiento como es el juicio por jurados para un número limitado de causas.

4. Diferente concepción del derecho

Finalmente debe decirse que las fundamentales y diferentes concepciones sobre la finalidad

⁸⁴ Sobre la limitada posibilidad de actuación del juez en la instrucción en relación al resultado de la prueba ver al respecto Sward, Ellen, *The Decline of the Civil Jury*, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 2001, p. 260 ss.

⁸⁵ Al respecto Stürner, Rolf. 2001. VI (NS) *Uniform Law Review* 4, pp. 871 ss., 876 s., 881 s.

⁸⁶ Ver Murray, Peter/Stürner, Rolf, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, cap. 13 (E) (2).

del proceso entre la cultura jurídica de los Estados Unidos de América y la familia jurídico-cultural continental se fundamentan en una concepción diferente del derecho. Para el pensamiento norteamericano el derecho es una forma de solución de conflictos sociales. Se funda en una experiencia práctica, en el sentido común (*common sense*), siendo su adecuación a las necesidades individuales “*pursuit of happiness*” una tarea fundamental de toda la sociedad. Esto aclara no sólo el posicionamiento fuerte que tiene el jurado, sino además su incorporación en la conciencia jurídica. Así también logra aclararse que, la autoridad de la máxima legal debe doblegarse frente a la organización individual consensuada. Se hace resaltar como una ventaja (“*American advantage*”) en el sistema de justicia que los Estados Unidos de América en tanto un largo camino que debe recorrerse para arribar a una sentencia contenciosa, ya que se encuentra abierta la posibilidad libre de solución de conflictos sobre la base de la razón humana⁸⁷. El surgimiento de la mediación precisamente se aclara mediante esta concepción⁸⁸. Desaparece así de esta manera la diferencia entre “*rights based mediation*” y el flexible “*interest based mediation*”. La cultura continental considera al derecho más bien como una forma que se asienta sobre la idea fundamental de justicia, lo que tiende a realizar en su sistemática y dogmática. La sentencia judicial permite la realización del derecho. Se verifican muchas situaciones jurídicas similares, como sería el caso de la conciliación judicial con transacción (“*rights based mediation*”), lo que es conocido y aceptado en el continente en muchos estados, instando el juez activamente para ello. Contrariamente la posibilidad de solución en los casos conocidos como “*interest based mediation*”, serían considerados en el sistema continental -no raras veces- más bien como formas de denegación de justicia y de tutela de los derechos⁸⁹. Muchas culturas jurídicas nacionales se encuentran entre ambos extremos que intentan llegar a un punto intermedio.

VIII. Conclusión

La tesis inicial de la cultura procesal y jurídica muestra una clara línea de vinculación, siendo que ambas fueron influenciadas por la cultura política pudiéndose ello confirmar. Esto rige en primer lugar para la vinculación entre la disposición de las partes y la cultura jurídica individualista, lo que tiene algún elemento valioso en su punto de partida. Así, por el contrario, pueda resaltarse para las culturas procesales, la diferencia entre el proceso románico tradicional irracional despersonalizado, opuesto y el modelo de la audiencia principal con mayor contacto personal y de convencimiento. En todo caso se puede remarcar el fuerte abandono del

⁸⁷ Extremadamente claro Gross, Samuel, “The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation”, 1987. Michigan Law Review 85, p. 734.

⁸⁸ Ver James, Daniel /Hazard, Geoffrey/Leubsdorf, John, Civil Procedure, 5a. ed., Little, Brown and Company, Boston, 2001, § 6.7, p. 381 ss.; Gross, Samuel/Syverud, Kent, “Don’t Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement”, 1996. University of California Law Review 44, p. 1; Murray, Peter/Stürmer, Rolf, German Civil Justice, Carolina Academic Press, Durham, 2004, cap. 13 B.

⁸⁹ Ver Murray, Peter/Stürmer, Rolf, German Civil Justice, Carolina Academic Press, Durham, 2004, cap. 11(I) (4).

individualismo. La principal diferencia entonces no existe entre el modelo románico con su secuencia de audiencias y el modelo de audiencia principal, sino entre estos dos modelos y el modelo por jurado, el que duplica obligatoriamente la etapa del esclarecimiento de los hechos. De la misma manera en el derecho probatorio del modelo de jurado se han conservado las reglas de la prueba para la sola protección del juez lego, aunque ello no sea necesario. Así, donde el acceso al tribunal, en especial en los casos de daños colectivos en la moderna sociedad no se decide la fuerte competencia que hay entre el modelo norteamericano de las *class action* con “*contingency fee*” (honorarios contingentes) y la demanda por representación adecuada a la forma del sistema continental. De la misma manera, aún cuando el modelo norteamericano se manifiesta por una libertad de mercado mundial sin limitaciones regulativas se muestra como no conveniente, ante todo por qué la Unión Europea, Japón y Sudamérica no han podido desarrollar hasta ahora un modelo adecuado contrario al concepto de mercado norteamericano. La relación entre distribución de los roles procesales y cultura política se puede ver de forma muy limitada, aún cuando siempre se la pretenda mostrar en su implementación en una forma muy extrema. Una fuerte corriente se orienta hacia un juez activo y cooperador fundado en un ejemplo liberal y democrático. También aquí debe considerarse cercano al consenso el jurado norteamericano, ya que los jueces legos son fundamentalmente más pasivos que los jueces letrados. Más fuerte que en otras culturas jurídicas se manifiesta en la cultura norteamericana la inclinación hacia formas de resolución de conflictos alternativas, las que enfrentan el pensamiento jurídico de énfasis en el contencioso. Sin embargo se puede tener en cuenta que, en los Estados Unidos de América se desarrolla en forma paralela al juicio por jurados un proceso por ante un juez letrado que se corresponde con el modelo de Inglaterra, el Continental-Europeo y el Código Modelo Iberoamericano. Los *Principles of Transnational Civil Procedure*, del American Law Institute, manifiestan en forma clara esta tesis. Ellos no son un derecho unificado, sino una propuesta de armonización que persigue acercar a las diferentes culturas políticas mundiales sobre la base de una adecuada valoración del individuo en relación a la cual también es relevante la cultura política.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrews, Neil, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Andrews, Neil, *Principles of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Barbosa Moreira, José, “Le code-moèle de procedure civile pour l’Amerique latine del” Institut Ibero-Americain de Droit Processuel”. 1998. ZZPInt 3, p. 437 y ss.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Kötz, Heinz/Baetge, Dietmar, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1999.
- Baur, Fritz /Stürner, Rolf, *Sachenrecht*, 17a. ed., Múnich, Beck, 1999.
- Baur, Fritz, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Zivilsachen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1966.

-
- Bieresborn, Dirk, *Klage und Klageerwiderung im deutschen und englischen Zivilprozess*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999.
 - Bonnier, Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5a. ed., Joubert, Paris, 1888.
 - Brunner, Heinrich, *Zeugen- und Inquisitionsbeweis der Karolingischen Zeit*, Gerold, Viena, 1866.
 - Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, "Der Schutz diffuser und kollektiver Interessen im Zivilprozeß", *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht*, Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983.
 - Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, Ch. 1: Introduction: "Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure", en *International Encyclopedia*, Martines-Njhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1987.
 - Cappelletti, Mauro/Garth, Bryan, Ch. 1: Introduction: "Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure", en *International Encyclopedia*, Martines-Njhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tubinga, 1987.
 - Carnelutti, Francesco, "Carattere del nuovo processo civile italiano". 1941. *Riv. dir. proc. civ.*, p. 34.
 - Carpi, Federico/Taruffo, Michele/Togni, Elena, *Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 1996.
 - Damaska, Mirjam, "Hearsay in Cinquecento Italy", *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, 1994.
 - Damaska, Mirjam, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung. Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht*, Würzburg 1983, Giesecking, Bielefeld, 1983, p. 435 ss.
 - Durantis, *Speculum iudiciale*, 1272.
 - Damaska, Mirjam, *The faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven Press, 1986.
 - Ebel, Friedrich, *200 Jahre preußischer Zivilprozeß*, Walter de Gruyter, Berlin, 1982.
 - Endemann, Friedrich, *Civilprozessverfahren nach der kanonistischen Lehre*. 1891. *ZZP* 15, p. 252.
 - Engelmann, Arthur/ Millar, Robert Wynes, *A History of Continental Civil Procedure*, Wilson, Nueva York, 1928.
 - Fasching, Hanns, *Zivilprozessrecht*, 2. ed., Manz, Viena, 1990.
 - Friedenthal, James/Kane, Mark/Miller, Arthur, *Civil Procedure*, 3ª. Ed, West Law School, Boston/Nueva York, 1999.
 - James, Daniel/Hazard, Geoffrey/Leubsdorf, John, *Civil Procedure*, 5a. ed., Little, Brown and Company, Boston, 2001.
 - Friedenthal, James/Kane, Mark/Miller, Arthur, *Civil Procedure*, West Law School, Boston/Nueva York, 1999.
 - Ganshof, François, "La Preuve dans le Droit Franc". 1965. *Recueil de la Société Jean Bodin*, XVII, p. 71 y ss.

-
- Gidi, Antonio. 2003. *American Journal of Comparative Law* 53, p. 311 y ss.
 - Glasson, Ernest-Désiré, “Les sources de la procédure civile française“. 1881. *Rev. hist.*, p. 401.
 - Gross, Samuel, “The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation”, 1987. *Michigan Law Review* 85, p. 734.
 - Gross, Samuel/Syverud, Kent, “Don’t Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement”. 1996. *University of California Law Review* 44, p. 1
 - Gratian, *Concordantia dicordantium canonum*, Bologna, 1140
 - Guinchard, Serge y otros, *Droit Processuel*, 2ª. Ed., Dalloz, Paris, 2003.
 - Habscheid, Walter (Coordinador), *Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Giesecking, Bielefeld, 1991.
 - Harzard, Geoffrey/Taruffo, Michele/Stürner, Rolf/Gidi, Antonio, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, The American Law Institute, Filadelfia, Discussion Draft N.º 4 (April 2003).
 - Helmholz, Richard, “Origins of the Privilege Against Self-Incrimination – The Role of the European *Ius Commune*”, 1990. *New York University Law Review* 65, p. 962.
 - Hilaire, Jean, *Histoire des Institutions Judiciaires*, Cours de droit, Litec, Paris, 1990-1991.
 - Kaser, Max/Hackl, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2a. ed., Beck, Múnich, 1996.
 - Langbein, John, “The influence of German Emigrés on American Law: The Curious Case of Civil and Criminal Procedure”, in *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1993, p. 320.
 - Langdell, Christopher Columbus, *Summary of Equity Pleading*, 2a. ed., Williams Hein & Co, Cambridge, 1883.
 - Lévy, Jean-Philippe, “La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-âge depuis la renaissance du droit romain jusqu’à la fin du XIV^e siècle“. 1939. *Annales de l’Université de Lyon*, 3^e série: Droit 5.
 - Liebman, Enrico T., “Fondamento del principio dispositivo”. 1960. *Riv. dir. proc.*, p. 551 y ss.
 - Liebman, Enrico T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffré, Milano, 1992.
 - Leipold, Dieter, “Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breit gestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland“, *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht in Würzburg 1983*, Giesecking, Bielefeld, 1983, pp. 57-104.
 - Macnair, Michael, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
 - Marcus, Richard, “Malaise of the Litigation Superpower”, in *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 71.
 - Millar, Robert Wynes, *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*, New York Univ. Press, Nueva Cork, 1952.
 - Miller, Arthur, “Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts“, 1991. *Harvard Law Review* 105, p. 427.

- Miller, Arthur, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem", 1979. Harvard Law Review 92, p. 664.
- Miras, Antonio, Die Entwicklung des spanischen Zivilprozeßrechts, Mohr Siebeck, Tubinga, 1994.
- Montero Aroca y otros, Derecho Jurisdiccional, Parte II 9 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - Montero Aroca, Juan y otros, El Nuevo Proceso Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
 - Montero Aroca, Juan, et alt., Derecho Jurisdiccional, Parte I, 10ª. ed. , Tirant lo Blanch , Valencia, 2000.
 - Mullenix, Linda, "Re-Interpreting American Class Action Procedure: The United States Supreme Court Speaks". 2000. ZZPInt 5, p. 337 y ss.
 - Murray, Peter/Stürner, Rolf, German Civil Justice, Carolina Academic Press, Durham, 2004
 - Olivier-Martin, Francois, Histoire du Droit français des origines à la Révolution, DOMAT/CNRS Editions, Paris, 1948, reeditado en 1992.
 - Ortells Ramos, Manuel, "Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano". 1989. Revista General de Derecho nrs. 541/542, p. 6315 ss.,
 - Ortells Ramos, Manuel/ Sánchez, Juan, Derecho Procesal Civil, Ed. Arazandi, Valencia, 2000,
 - Peter, Hans, Action und Writ, Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1957.
 - Piekenbrock, Andreas, Der italienische Zivilprozeß im europäischen Umfeld, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
 - Planitz, Hanns/Eckardt, Karl August, Deutsche Rechtsgeschichte, 3a. ed., Böhlau-Verlag GmbH, Viena-Colonia, 1981.
 - Pringsheim, Fritz, "The inner relationship between English and Roman Law", in Gesammelte Abhandlungen, v. I, s.e., Heidelberg, 1961, S. 76-90 y el mismo texto en .1935. C.L.J., pp. 347-365.
 - Proto Pisani, Andrea, Diritto Processuale Civile, 4 ed., Jovene, Napoli, 2002.
 - Pugliese, Giovanni. 1950. Revue Internationale des Droits de l' Antiquité 3, p. 349 y ss.
 - Rechberger, Walter/Fucik, Robert, ZPO (Österreich), Springer Verlag, Viena-Nueva York, 1994.
 - Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane, Zivilprozessrecht, 6. ed. Manz, Viena, 2003.
 - Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 15. ed., Beck, Múnich, 1993.
 - Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter, "Verfassung und Zivilprozess", in Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order, Giesecking, Bielefeld, 1983.
 - Schwartz, Johann Christoph, 400 Jahre deutscher Civilprocess – Gesetzgebung, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1898, Nueva impresión 1986
 - Solus, Henry/Perrot, Roger, Droit judiciaire privé, Tome 3, Dalloz, Paris, 1991
 - Stürner, Rolf, "Zur Struktur des Europäischen Zivilprozesses", en Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag. , C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 2001.

- Stürner, Rolf, en *Procedural Law in Europe*, Storme (Coordinador), Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, pp. 143.
- Stürner, Rolf, "Einflußnahme auf schwebende Verfahren", in *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht in Würzburg 1983*, Giesecking, Bielefeld, 1983, p. 179.
- Stürner, Rolf/Murray, Peter, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004.
- Stürner, Rolf, "Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance". 2001. VI (NS) *Uniform Law Review* v. 4, p. 871.
- Stürner, Rolf, "Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and Unidroit", 2000. *The International Lawyer* 34, p. 1071.
- Stürner, Rolf, "U.S.-amerikanisches und europäisches Verfahrensverständnis", *Festschrift für Ernst Stiefel*, Verlag C. H. Beck, München, 1987, p. 763 s.
- Stürner, Rolf, en *Festschrift Fritz Baur*, Mohr, Tübinga, 1981.
- Stürner, Rolf, *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 2000, p. 498.
- Stürner, Rolf, "Der Justizkonflikt zwischen den U.S.A. und Europa", *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Beck Verlag, München, 1986.
- Sward, Ellen, *The Decline of the Civil Jury*, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 2001.
- Taruffo, Michelle, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- Trocker, Nicolo, "Grundlinien der Reform der italienischen Zivilrechtspflege". 1996. *ZZPInt* 1, p. 3.
- Van Caenegem, Robert, *History of European Civil Procedure- International Encyclopedia of Comparative Law*. Martines-Nijhoff-Mohr Siebeck, Londres/Tübinga, 1973.
- Vincent, Jean/Guinchard, Serge, *Procédure Civile*, 25^a. ed., Dalloz-Sirey, Paris, 1999.
- Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, Art. 22 § 4, *Oeuvres complètes*, T. XXIV, Vol. Found., Paris, 1785, p. 337.
- Von Bar, Karl Ludwig Von, *Das Beweisurteil des germanischen Prozesses*, Gruber Lothar, s.l., 1866.
- Wetzell, Georg Wilhelm, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Ed., Tauchnitz, Leipzig, 1879, § 67, p. 893 ss.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Heinz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3a. ed., C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1996.