

EL DERECHO PROCESAL CIVIL ENTRE POSITIVISMO Y COMPARACIÓN*

CIVIL PROCEDURE BETWEEN POSITIVISM AND COMPARISON

Luca PASSANANTE

Profesor Titular Università di Brescia

RESUMEN: El artículo aborda algunos temas relevantes para una reflexión crítica sobre el problema metodológico. El autor se centra, en particular, en la relación entre el Derecho procesal civil y la comparación, destacando, por un lado, la legitimidad de las instancias positivistas y, por otro, la necesidad de entender el enfoque comparativo como algo mucho más consistente que una comparación entre instituciones vigentes en distintos ordenamientos jurídicos. Finalmente, el autor propone algunas reflexiones finales sobre las interrelaciones entre propósito y método en el Derecho procesal civil comparado.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal; Derecho comparado; método; positivismo jurídico.

ABSTRACT: The article addresses some issues relevant to a critical reflection on the methodological problem. The author focuses on the relationship between civil procedure and comparison, highlighting, on one hand, the legitimacy of positivistic instances and, on the other hand, the need to understand the comparative approach as something more than a comparison between institutions in different jurisdictions. Finally, the author proposes some concluding remarks on the interrelationships between purpose and method in civil comparative civil procedure.

* Traducción de Miquel Julià-Pijoan. Título original: «Il diritto processuale civile tra positivismo e comparazione», *Rivista di diritto processuale*, Vol. 3, 2020, pp. 1066-1083.

Este trabajo recoge mi intervención en el seminario «Comparación y derecho positivo», organizado por el Departamento de Derecho de la Università di Ferrara, los días 20 y 21 de septiembre de 2019. Los epígrafes en los que se divide el mismo son reflexiones en forma de respuesta a un cuestionario propuesto a los ponentes por Alessandro Somma; al que muestro mi más sincero agradecimiento por haber estimulado estas y otras reflexiones, que surgieron a la luz y como resultado de un diálogo interdisciplinario productivo y enriquecedor.

KEYWORDS: civil procedure; comparative law; method; legal positivism.

SUMARIO: 1. EL CARÁCTER SUBVERSIVO DE LA COMPARACIÓN Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL.—2. DIFÍCIL, MAS NO IMPOSIBLE: LA PROLIFERACIÓN DE LA MICRO-COMPARACIÓN.—3. LAS DOS «ALMAS» DEL PROCESAL-CIVILISTA.—4. EL DERECHO PROCESAL CIVIL EXTRANJERO Y COMPARADO—5. LOS ORDENAMIENTOS MÁS HABITUALES: ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.—6. LA IMPORTACIÓN DE MODELOS EXTRANJEROS Y LA CRÍTICA DE LAS ORTODOXIAS IMPERANTES.—7. FORMULACIÓN DE UNA PARADOJA: «COMPARAR» SIN «COMPARAR» Y «COMPARAR» SIN «COMPARAR»—8. COMPARACIÓN Y PROCESO CIVIL: UNIFICAR, DIVIDIR, UNIFORMIZAR.—9. LEGISLACIÓN EUROPEA Y PROCESO CIVIL.—10. CASI UNA CONCLUSIÓN: LOS MÉTODOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.

1. EL CARÁCTER SUBVERSIVO DE LA COMPARACIÓN Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

La naturaleza subversiva es uno de los rasgos más fascinantes del Derecho comparado¹ que, a su vez, se erige como una de las características que lo distingue de otras ramas del Derecho (o al menos así lo ha sido hasta tiempos muy recientes) y lo legitima profundamente, es decir, lo auto-legítima.

Como es sabido, existe una suerte de incompatibilidad entre la comparación y el Derecho positivo o, mejor dicho, entre la comparación y el positivismo jurídico —ya sea este un positivismo legislativo o doctrinal—. Dicha incompatibilidad no es absoluta, sino solo relativa. En efecto, el Derecho comparado no se opone en términos absolutos al Derecho positivo, habida cuenta de que ambos están relacionados. Por el contrario, el Derecho comparado antagoniza con el positivismo jurídico, es decir, con el postulado jurídico-filosófico vertebrado sobre el dogma de la unicidad del sistema jurídico (extremo que fue desvirtuado por SACCO, al introducir el concepto de *formante*) y que estudia el Derecho desde una perspectiva necesariamente interna.

En la actualidad, ser positivista perseverante en el ámbito académico conlleva negar una verdad indiscutible, a saber, que el derecho es una ciencia y una práctica social². En otras palabras, significa, por un lado, orillar que la ley no es el único factor que participa del proceso creativo del Derecho y, por el otro, que el ordenamiento jurídico no se puede considerar como una variable independiente del contexto social, cultural, económico, religioso, en el que se ubica.

Muchos comparatistas ya han advertido la discrepancia entre el planteamiento positivista y el Derecho comparado.

¹ FLETCHER, G., «Comparative Law as a Subversive Discipline», *Am. J. Comp. Law*, Vol. 46, 1998, pp. 683-700; MUIR WATT, H., «La fonction subversive du droit compare», *Rev. int. droit comp.*, Vol. 52, 2000, pp. 503-527; SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, 2.^a ed., Torino, 2019, pp. 3 y ss.

² VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990.

En este contexto, descrito en apretada síntesis, el Derecho procesal se distingue del Derecho sustantivo por poseer dos características propias:

- a) por un lado, tiende a ser un derecho instrumental, al menos en los ordenamientos jurídicos continentales (*civil law*)³;
- b) por otro lado, y en parte como consecuencia de lo anterior, apela a la observancia del principio de legalidad, con mayor intensidad de lo que lo hace el Derecho sustantivo⁴.

La manifestación de que el Derecho procesal es un derecho instrumental no conlleva en modo alguno la difuminación de su relevancia, sino todo lo contrario. El proceso es el mecanismo contemplado por el ordenamiento jurídico para proteger los derechos e intereses reconocidos por el Derecho sustantivo; sin su presencia las normas de Derecho sustantivo no podrían materializarse, a menos que concurriese la espontánea (benevolente u oportunista) colaboración de la otra parte. Por ello, la mera existencia del proceso (civil) —muchas veces sin la necesidad de que el mismo se celebre— asegura el cumplimiento de las normas en la práctica (si bien es cierto que, por supuesto, pueden concurrir otras muchas razones, distintas del temor a sufrir un proceso judicial, que induzcan a una determinada persona a obedecer las normas, en lugar de infringirlas).

El carácter instrumental del Derecho procesal civil parecería emanciparlo de los juicios de valor que en cambio suelen formularse en relación con las normas de Derecho sustantivo, generando la convicción que sobre el primero solo es posible realizar juicios de naturaleza técnica. Así, mientras se puede discutir acerca de si es justa una norma que prevea (o no) la nulidad de un contrato en el que haya mediado algún vicio del consentimiento, ¿se puede afirmar que es justa una norma que disponga que el proceso deba incoarse con una *citazione* o con un *ricorso*? ¿Y una que contemple que el plazo para la personación del actor es de diez o veinte días? Y así sucesivamente.

Es más, actualmente es la propia Constitución la que prescribe que la función jurisdiccional debe desarrollarse a través del proceso debido regulado por la ley, trazando así una fuerte vinculación entre la justicia del proceso (la de sus reglas) y su predeterminación por la ley. De modo que parte de la doctrina sostiene que aquellos actos, cuyas formas y términos no están preestablecidos en la ley, son constitucionalmente ilegítimos⁵.

³ Confirman el carácter instrumental del Derecho procesal: cfr., entre otros, LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, 10.^a ed., vol. I, Milano 2019, pp. 3 y ss.; MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A., *Diritto processuale civile*, 27.^a ed., vol. I, Torino 2019, pp. 4 y ss.; BIAVATI, B., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2018, pp. 60-61.

⁴ En este sentido, véase: PASSANANTE, L., «Giusto processo e principio di legalità nell'interpretazione delle norme processuali», en *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, en fase de publicación.

⁵ Cfr. PROTO PISANI, A., «Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena», en *Il giusto processo (Roma, 28-29 marzo 2002)*, en *Atti dei convegni lincei* 184, Roma, 2003, pp. 167-183, así como LANFRANCHI, L., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, pp. 40 y ss.; del mismo autor la voz «Giusto processo. I) Processo civile», en *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma 2001, pp. 1 ss. CARRATTA, A., «I nuovi riti speciali societari tra »decodificazione« e »sommarrizzazione»», en LANFRANCHI, L. y CARRATTA, A. (coords.), *Davanti al giudice. Studi sul processo so-*

En este escenario, los juicios de valor sobre las normas procesales (o al menos sobre una parte de ellas) deben desarrollarse en una dimensión mucho menos compleja. Así, tales juicios se reducen a términos de mayor o menor eficiencia, de la mayor o menor idoneidad de una determinada norma procesal para tutelar las posiciones jurídicas subjetivas en juego⁶. Por tanto —en ausencia, como suele ocurrir, de otros elementos— los indicadores del grado de eficiencia (calculados según los criterios seleccionados por actores preponderantes en contextos institucionales supranacionales; piénsese, por ejemplo, en el paradigmático informe periódico *Doing Business* del Banco Mundial o de los informes de la CEPEJ) podrían ser los que determinasen si una concreta norma procesal es mejor que otra⁷.

No obstante, este planteamiento corre el riesgo de resultar ingenuo, toda vez que el funcionamiento de la justicia civil depende de tantos factores que cualquier reforma que ambicione incidir en exclusiva en las normas del proceso es poco realista. Por poner solo algunos ejemplos: los aspectos institucionales concernientes al número o a las funciones encomendadas de los magistrados, a la organización de las oficinas judiciales, a la regulación de concursos internos y cambios de carrera, a los criterios para evaluar la productividad, etc. son probablemente más importantes que (o, al menos, tan importantes como) la modificación de concretas normas procesales.

El carácter instrumental del derecho procesal civil, así como la idea de que debería ser la ley (y, según algunos, únicamente la ley) la que debería determinar cuáles son las normas del proceso, elevan la complejidad de la tarea del procesal-comparatista.

2. DIFÍCIL, MAS NO IMPOSIBLE: LA PROLIFERACIÓN DE LA MICRO-COMPARACIÓN

Hoy en día, es harto difícil hojear el índice de una monografía sobre Derecho procesal civil, sin hallar referencias de naturaleza comparativa. Sin embargo, es igualmente inusual leer análisis comparativos de gran calidad, es

cientario, Torino, 2005, pp. 67 ss; del mismo autor la voz «Processo sommario (dir. proc. civ.)», en *Enc. dir.*, vol. II, tomo I, Milano, 2008, pp. 877-893 y, especialmente, pp. 879 y ss.; *Id.* «Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari», en LANFRANCHI, L. y CARRATTA, A. (coords.), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Napoli, 2012, pp. 1 y ss. COSTANTINO, G. «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie», en CIVININI, M.G. y VERARDI, C.M. (coords.), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell’Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano, 2001, pp. 255 y ss. BOVE, M., «Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»», *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 479 y ss. y, en especial, pp. 490-491 y 497, así como, más recientemente, del mismo autor; «Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi», en *Giusto proc. civ.*, 2014, pp. 55-95 y especialmente, pp. 91 y ss.

⁶ Se aborda la clara naturaleza procedimental de las normas procesales, sin ser depositarias de valores en CONSOLO, C., «Le Sezioni Unite tornano sull’overruling, di nuovo propiziando la figura dell’avvocato “internet-addicted” e pure “veggente”», en *Giur. cost.*, 2012, pp. 3166 y ss.

⁷ Es crítico sobre este particular CAPONI, R., «Doing Business come scopo della giustizia civile?», in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10-16.

decir, con vocación sistemológica, abiertos a la comparación no únicamente de normas, sino de culturas; análisis comprometidos con reconstrucciones diacrónicas y sistemáticas, y no constreñidos a la indagación de similitudes y diferencias entre instituciones específicas. Además del hecho de que quien escribe no está facultado para ello, sería poco elegante señalarlos; deviene más fecundo tratar de comprender los motivos de este proceder tan generalizado.

Bajo mi punto de vista, tales motivos pueden agruparse al menos en dos categorías: la primera de ellas ya ha sido anticipada parcialmente en el apartado anterior y está vinculada a la tendencia de los procesalistas a preferir un planteamiento positivista; la segunda es de orden «económica» *lato sensu*.

A estos efectos, la convicción arraigada de que el Derecho procesal está sujeto a juicios predominantemente (o exclusivamente) técnicos y la indudable importancia que los procesal-civilistas suelen atribuir a la dimensión positiva —como baluarte (más o menos sólido) de la certeza de las normas procesales reconocedoras de derechos— son elementos que estimulan la micro-comparación. De hecho, si se considera que el enfoque debe ser eminentemente técnico y que la certeza es más importante que la efectividad de las normas, la tentación de no abandonar los tradicionales enfoques ortodoxos se impone a la curiosidad de idear planteamientos originales para estudiar la materia.

Y, entonces, ¿a qué se reduce la comparación en el Derecho procesal civil? Pues bien, a la identificación, en Derecho extranjero, de instituciones más o menos similares a las presentes en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de las cuales se puedan advertir diferencias y similitudes.

En lo que sigue, examinaré las dos categorías de motivos que he consignado anteriormente.

En primer lugar, cabe significar que, a pesar de la opinión mayoritaria, no es cierto que el Derecho procesal se pueda considerar neutral, por varios motivos⁸. El Derecho procesal no es una simple técnica, inidónea para expresar opciones ideológicas o axiológicas. Creo que Mirijan DAMAŠKA lo demostró extraordinariamente, a través de uno de los análisis comparativos más fascinantes y complejos del proceso civil⁹. En él, se ponían en entredicho —y no gratuitamente— los conceptos de justicia y poder, asignando un rol crítico a la ideología como condicionante de la promulgación de normas de Derecho procesal, por ejemplo, en la orientación de la ejecución de decisiones políticas o de la resolución de los conflictos. Pero incluso los debates más acalorados, que se desarrollaron dentro y fuera de las fronteras nacionales, fueron debates de alto contenido ideológico¹⁰. Es más, ni siquiera es cierto que las

⁸ Para una crítica de la presunta neutralidad de las formas del proceso, ajena a la literatura procesal-civilista, *vid.* SORRENTI, G., «Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità», en RUGGERI, A., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, p. 2281.

⁹ Me refiero, evidentemente, a DAMAŠKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven 1986.

¹⁰ Se aprecian en: TARUFFO, M., *La semplice verità*, Laterza, Roma-Bari 2002; CAVALLONE, B. «In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele

normas de derecho procesal no puedan calificarse como más o menos justas, sobre la base de criterios extrajudiciales. Así las cosas, los plazos para ejercer la defensa excesivamente cortos o las cargas (por ejemplo, probatorias) gravosas para la parte que pretende ejercer un derecho que le es propio son normas procesales sobre las que se puede formular un juicio sobre su (in)justicia.

En suma, no se presenta como plausible sostener que el Derecho procesal sea realmente una simple técnica¹¹. Por tanto, desde esta perspectiva, la lección que nos aporta la comparación deviene extremadamente útil para el análisis jurídico, habida cuenta de que recomienda efectuarlo desde un punto de vista externo.

Por el contrario, la fidelidad del procesalista a los esquemas positivistas expresa una petición de certeza de las normas (prevista —también— por el art. 111, c. 7, de la Constitución italiana), que representa una reacción legítima ante interpretaciones a menudo excesivamente innovadoras y distintas que se atribuyen a una misma norma, incluso en marcos espaciotemporales reducidos.

Como ya apunté, la segunda categoría de motivos que estimula la micro-comparación y obstaculiza la emancipación de los modelos positivistas es de naturaleza económica *lato sensu*. Efectuar una comparación que amplíe la panorámica propia de los micro-problemas tiene unos costes muy elevados. Por un lado, consiste en una actividad intelectual que requiere mucho esfuerzo y, como mínimo, un conocimiento de la cultura, de la sociedad, de la economía, historia, de la religión de los sistemas a los que uno se aproxima (cuando no un estudio en profundidad). Por el otro, esta suerte de comparaciones «macro» acarrear muchos más riesgos que los asumidos en las micro-comparaciones, en las que simplemente se toman en consideración las similitudes y las diferencias. Por consiguiente, los análisis de sistemas son, en efecto, mucho más exigentes y arriesgados que los que se constriñen a segmentos más o menos extensos de este o aquel ordenamiento.

3. LAS DOS «ALMAS» DEL PROCESAL-CIVILISTA

Muchos estudiosos del Derecho procesal civil son abogados o jueces, es decir, ejercen la práctica del Derecho —como es natural que sea—. Tal circunstancia también concurrió en importantes procesalistas del pasado, como

Taruffo)", *Riv. Dir. Proc.*, 2010, pp. 1-26; TARUFFO, M. "Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone", *Riv. Dir. Proc.*, 2010, pp. 995 y ss.; DITTRICH, L. "La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio", *Riv. Dir. Proc.*, 2011, pp. 108 y ss.; COMOGLIO, L.P. «"Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice», cit., pp. 131 y ss.; MONTELEONE, G. «A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e "neoliberisti"», *Giusto proc. civ.*, 2016, pp. 273 y ss.

¹¹ En este sentido, cfr. COMOGLIO, L.P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004.

Calamandrei y Carnelutti, que fueron grandes abogados o como Mortara, que fue magistrado y presidente de la Corte di Cassazione de Roma.

Esta «doble alma», que coexiste en la mayoría de los procesalistas (a menudo, pero no necesariamente, en consonancia con las decisiones profesionales) explica, a mi juicio, la razón por la que en el proceso civil se alzaprima el análisis efectuado desde un «punto de vista interno», que tiende a confinar la materia dentro de sus propios límites. La practicidad, vinculada al ejercicio de las profesiones de juez o abogado, promueve la búsqueda de opciones seguras y fiables, alimenta un espíritu más conservador y frecuentemente provoca que las investigaciones sobre esta materia sean impermeables a la comparación con otros ordenamientos jurídicos, así como permanezcan aisladas de otras disciplinas, incluso jurídicas.

Uno de los atributos imprescindibles de la mejor comparación radica precisamente en fomentar la preferencia por un punto de vista «externo»¹². El carácter externo se predica respecto de varios aspectos: no solo porque está al exterior de las fronteras nacionales, sino también porque se encuentra afuera del tema objeto de estudio. Paralelamente, los estudios de los principales procesal-comparatistas del pasado —piénsese, por ejemplo, en Denti y Cappelletti— o del presente han propiciado una continua comparativa con la historia, la cultura, la religión, la sociedad, las instituciones en las que rigen determinadas normas de Derecho procesal civil. Y, en especial, promovieron un estudio de las normas procesales efectuado «desde el exterior». En la actualidad, los estudiosos del Derecho procesal civil no solo descuidan la aproximación externa, que emerge de la historia, de la cultura y de la sociedad, sino que, además, desatienden —con debidas e importantes excepciones, naturalmente— el estudio de las propias instituciones. En este sentido, constituye un ejemplo llamativo la separación —circunscrita en el ámbito docente, mas con importantes consecuencias para las prácticas investigadoras— de la asignatura de Derecho procesal civil respecto de las instituciones del sistema judicial, que en la actualidad únicamente se imparte en una decena de Departamentos en toda Italia¹³.

En cambio, el estudio del proceso civil debe partir, en primer lugar, del estudio de las instituciones. Es más, debe partir del estudio de la historia de las instituciones. Piénsese, por citar algunos ejemplos, en la importancia fundamental de las garantías de autonomía e independencia del poder judicial, en el principio (aceptado solo de forma relativa y, por tanto, con formas que en cierto modo son contradictorias en la Constitución italiana) de la unidad de la jurisdicción, en el papel crucial que ostentan desde una perspectiva de la justicia civil (y no solo del proceso) instituciones tales como la asistencia jurídica gratuita o los métodos alternativos de resolución de conflictos. Algu-

¹² Sobre este particular *vid.* SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, *op. cit.* pp. 21 y ss.

¹³ Con relación a esta separación, *cfr.* la reconstrucción histórica y las reflexiones críticas de CIPRIANI, F., “Per lo studio dell’ordinamento giudiziario”, en *Materiali per lo studio dell’ordinamento giudiziario*, Napoli, 2001, pp. 5 y ss.

nas de estas cuestiones también han sido comprendidas en los manuales, lo que muestra cómo el Derecho procesal civil tiende a ampliar la perspectiva institucional y sistémica, intentando —en cierta medida— superar la autorreferencialidad de la que eran grandes enemigos (o, al menos, intentaron serlo) los procesal-comparatistas.

Igualmente, se omite con demasiada frecuencia la dimensión evolutiva. Actualmente, las alusiones comparativas se encuentran diluidas incluso en los trabajos de mayor alcance teórico, y rara vez resiguen la trayectoria evolutiva (o involutiva) del proceso civil en los distintos ordenamientos jurídicos¹⁴. En este sentido, basta con manifestar que quien examine el proceso civil inglés, desconociendo los antecedentes que originaron la regulación actual, difícilmente podrá comprender tal modelo de proceso y, menos aún, dicho sistema jurídico.

La importancia práctica de observar el principio de legalidad, que promueve un enfoque teórico de cuño positivista, está evidentemente unida a la intención de impedir que las normas procesales muden durante el proceso. Esto es, evitar que el advenimiento de innovadoras exégesis, que se aparten de la interpretación consolidada, acarree la desestimación de la pretensión de la parte que se ha amparado en dicha norma. Este particular no es una cuestión imaginaria: existen supuestos de hecho en los que la variación (o incluso la inversión) de la exégesis jurisprudencial de una norma procesal ha provocado un menoscabo en el ejercicio efectivo de los derechos procesales, comprometiendo el (super)derecho —constitucionalmente reconocido— a la tutela judicial efectiva.

Tanto es así que la jurisprudencia, con el fin de atemperar los perniciosos efectos de determinados pronunciamientos jurisprudenciales inesperados, se ha visto constreñida a recuperar el concepto de *prospective overruling* —noción propia del Derecho extranjero—; haciendo de él, dicho sea de paso, un uso indebido y altamente contradictorio con nuestra tradición jurídica¹⁵.

Estos y otros casos, impuestos por la practicidad, a menudo obligan a la doctrina a realizar una labor que inevitablemente se nutre de una perspectiva interna no solo del Derecho, sino incluso del propio derecho procesal civil, incidiendo en ocasiones en extremos excesivamente autorreferenciales.

¿Todo está perdido? Yo diría que no. En mi opinión, los entornos culturales y la comunidad científica en los que se desarrollan los estudios sobre Derecho procesal civil están predispuestos a aceptar (y, de hecho, quizás hasta cierto punto incluso anhelan) perspectivas «rompedoras», menos serviles con las ortodoxias imperantes.

¹⁴ Es una excepción en el ámbito italiano DONDI, A., ANSANELLI, V. y COMOGLIO, P., *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, 2.^a ed., Milano, 2018.

¹⁵ *Vid.*, también por las referencias doctrinales y jurisprudenciales, el capítulo “Mutamenti di giurisprudenza e diritto processuale: il «prospective overruling»” en PASSANANTE, L. *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, pp. 273 y ss. Asimismo, también el trabajo de VILLA, A., *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2019.

4. EL DERECHO PROCESAL CIVIL EXTRANJERO Y COMPARADO

En el Derecho procesal civil parece pervivir la distinción entre Derecho extranjero y Derecho comparado. Al primero pertenecen los estudios cuyo objeto estriba en describir una institución, una reforma o un sistema jurídico, mientras al segundo se incluyen los que consisten en una comparación entre dos o más sistemas judiciales, preferiblemente con la realidad del proceso civil italiano. Muestra de ello es, por ejemplo, la continuidad, en las dos revistas más importantes de Derecho procesal civil —la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* y la *Rivista di diritto processuale*—, de una sección dedicada precisamente a los «*Saggi di diritto comparato e straniero*» y al «*Diritto processuale straniero e comparato*», respectivamente.

Esta diferenciación, en cierta medida, ha contribuido a desalentar trabajos meramente descriptivos de Derecho procesal civil extranjero. Esta circunstancia quizás es positiva, toda vez que la comparación es un particular (cuantitativa y cualitativamente superior y, además) distinto a una mera descripción de un ordenamiento jurídico extranjero. Sin embargo, es igualmente cierto que describir un ordenamiento extranjero, a través de los ojos de quien se halla en otro lugar, ya es una comparación. Y, a menudo, este extremo no se toma en consideración, injustamente¹⁶.

Tradicionalmente, el Derecho procesal civil no ha avivado la comparación. Es más, diría que esta ha sido una actitud defensiva. No obstante, en la actualidad, el escenario ha cambiado significativamente: el Derecho procesal civil está mucho más abierto a la comparación. De hecho, al consultar el directorio de la International Association of Procedural Law (IAPL), se advierte un dato interesante, a saber, que el número de miembros de nacionalidad italiana es mucho más superior que la media de los miembros de otros países.

Ciertamente, los mejores trabajos de Derecho procesal civil comparado superan la simple exposición de instituciones extranjeras y alientan investi-

¹⁶ Por otro lado, la contribución que los exiliados (involuntarios) y expatriados (voluntariamente) han dispensado tanto a la difusión como a la creación de conocimiento es extraordinaria, incluso desproporcionada. Este resultado (que únicamente puede sorprender a los ingenuos) está mediado por un proceso de apertura de miras, que ha sido sensacionalmente descrito como sigue: «*gli esuli si sprovincializzano con il passaggio da una cultura a un'altra, ma contribuiscono a loro volta a sprovincializzare i propri ospiti offrendo non solo conoscenze diverse ma anche, cosa più importante, modi di pensare alternativi. In breve, l'esilio, e in misura minore l'espatrio, sono educativi per entrambe le parti dell'incontro*» (BURKE, P., *Exiles and Expatriates in the History of Knowledge 1500-2000*, WALTHAM, MA, 2017) (traducido al italiano por Francesco Francis, con el título *Espatriati ed esuli nella storia della conoscenza*, Bologna 2019, p. 30). También cumple señalar la importancia de las traducciones, verdaderos cometidos culturales, injustamente devaluadas en la medida (muy triste) de que nos hemos acostumbrado a denominarlas (con una expresión aún más deprimente) «producción (¡sic!) científica». En este extremo, las referencias bibliográficas serían muchísimas. Sin embargo, me limito únicamente a señalar, entre las más recientes, la traducción de Marino Marinelli de la primera parte de *Der Prozeß als Rechtslage* de Goldschmidt. Este es un esfuerzo editorial valiosísimo —sobre todo porque está dirigido a colmar un vacío importante que duró excesivamente— publicado a finales del año 2019 por la editorial Giappichelli.

gaciones de carácter transversal. Estas tienen como norte el análisis de problemas o grupos de problemas, en lugar de ocuparse de instituciones o de conceptos. Estos estudios, sin embargo, todavía son una minoría, mientras que la mayoría tienden a presentar las normas de Derecho extranjero acerca de instituciones específicas.

5. LOS ORDENAMIENTOS MÁS HABITUALES: ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los procesal-civilistas que se han ocupado de la comparación se han inclinado principalmente por el estudio de algunos ordenamientos jurídicos, en detrimento de otros. En este sentido, se pueden identificar dos corrientes principales. La primera de ellas ha dedicado una mayor atención al sistema jurídico alemán, sirviéndose de las grandes enseñanzas de la dogmática. Por su lado, la segunda ha estudiado particularmente el sistema estadounidense, proponiendo una comparación con el *adversary system*, que desde siempre se ha presentado tan alejado del sistema continental (e italiano) de entender el proceso civil, el rol del juez, el de las partes, la prueba, los medios impugnatorios, el papel de los tribunales supremos y del precedente.

En consecuencia, aquellos sistemas más alejados del ordenamiento italiano (inspirado principalmente por el sistema francés; un sistema que ha ejercido un atractivo cultural harto endeble para los procesal-comparatistas —si excluimos el interés por la Casación¹⁷ y por la institución del *astreinte*—) han ostentado tradicionalmente un rol hegemónico, atrayendo la mayor atención de los procesalistas.

El interés por el Derecho procesal civil alemán parece de alguna manera unido al reconocimiento tradicional (más o menos justificado y fundado, en lo que se refiere al Derecho procesal) de la superioridad de la dogmática alemana sobre la italiana. Por otro lado, la atracción por la justicia civil estadounidense descansa en la profunda discrepancia de ese modelo respecto del nuestro, pero también en la reconocida superioridad económica de tal país que configura un factor concomitante, sino determinante, en catalizar la predilección de los investigadores procesalistas.

Sin embargo, recientemente, ha emergido un interés creciente por las reformas procesales. Así, las dos mayores reformas de Derecho procesal civil de los últimos veinte años (la inglesa en 1998 y la española de 2000) han sido objeto de diversos estudios doctrinales. Asimismo, la doctrina también está dirigiendo su mirada hacia América Latina —algo insólito, al haberse considerado como una zona periférica—, toda vez que durante la última década

¹⁷ Incluso esta certeza podría quedar desvirtuada (no lo creo, aunque la tesis sea indudablemente fascinante y muy bien argumentada): *vid.* —hablando de estudios heterodoxos— NIEVA FENOLL, J., «El origen inglés de la Casación Francesa», en *Rev. Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2020, Vol. I, pp. 1-18.

se han promulgado nuevas leyes procesales en varios países. Me refiero, por ejemplo, a Colombia¹⁸, a Bolivia¹⁹, a Brasil²⁰, a Ecuador²¹ y a la tramitación de las nuevas leyes procesales civiles del Perú²² y de Argentina²³.

Así las cosas, el crítico estado de ineficacia de la justicia civil italiana ha desencadenado una suerte de «búsqueda» de la mejor reforma existente. Esta búsqueda es muy peligrosa, habida cuenta de que la misma puede excitar potencialmente un provincialismo, que presenta como más conveniente todo aquello que proviene de ordenamientos más eficientes que el italiano (que son casi todos).

6. LA IMPORTACIÓN DE MODELOS EXTRANJEROS Y LA CRÍTICA DE LAS ORTODOXIAS IMPERANTES

En el ámbito del Derecho procesal civil, como ocurre en otras disciplinas, también se compara con el fin de importar sistemas o instituciones. Algunos ejemplos concretos son: los requisitos de los medios impugnatorios²⁴, los medios de coerción indirecta para la ejecución de las obligaciones de no hacer o de hacer infungibles²⁵, la previsión de un sistema procesal flexible (con la implementación de un procedimiento sumario de cognición) que contemple un desarrollo simplificado y la atribución de importantes prerrogativas al juez²⁶.

Por otro lado, que la comparación comprenda entre sus principales propósitos el de ofrecer instrumentos de política legislativa y procesal ha sido

¹⁸ En Colombia, se aprobó el Código General del Proceso en el año 2012.

¹⁹ El Código Procesal Civil boliviano fue aprobado en el año 2013.

²⁰ En Brasil, el *Código de Processo Civil* fue aprobado en el año 2015. Sobre el mismo, *vid.* MARI-NONI, L.G., ARENHART, S. C. y MITIDIERO, D., *O Novo Processo Civil*, São Pauli, 2015. ZUFELATO, C., “Os princípios gerais de direito processual como elo entre o novo código de processo civil brasileiro e os sistemas jurídicos romanista e ibero-americano, en *Roma e America*, 36/2015, pp. 287 y ss.

²¹ El Código Orgánico General de Procesos de la República de Ecuador fue aprobado, también, en 2015. Sobre las leyes de enjuiciamiento civil de Bolivia y Ecuador, *vid.* PRIORI POSADA, G.F., “Panorama sobre las recientes modificaciones procesales civiles en América Latina: los Códigos de Bolivia y Ecuador”, en *Roma e America*, 36/2015, pp. 271 y ss.

²² El proyecto de ley de enjuiciamiento civil argentino está disponible en la siguiente dirección: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/04/LP-Proyecto-de-reforma-al-Codigo-ProcesalCivil.pdf>.

²³ El anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil argentina está disponible en la siguiente dirección: <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/fundamentos-del-proyecto-codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>. El mismo desembocó en el Proyecto de Ley de aprobación del código procesal civil y comercial de la Nación. Sobre este Proyecto, *vid.* OTEIZA, E. “¿Principios procesales?”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2020, pp. 27-40.

²⁴ En este sentido, cabe recordar la magnífica obra de DALLA BONTÀ, S., *Contributo allo studio del filtro in appello*, Napoli, 2015.

²⁵ Se advierte en CHIARLONI, S., “Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 bis c.p.c.”, en *Libro dell’anno del diritto*, Enc. giur., Roma, 2012, pp. 708 y ss.; CHIZZINI, A., “Commento all’art. 614-bis”, en BALENA G., CAPONI, R., CHIZZINI, A. y MENCHINI, S. (coords.), *La riforma della giustizia civile. Commento alla legge di riforma del processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p.165; BINA, M., «Esecuzione indiretta delle inibitorie», en GIUSSANI, A. (coord.), *Il processo industriale*, Torino, 2012, pp. 387 y ss.

²⁶ Se discute en LUPOI, M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?*, Bologna, 2018.

abiertamente apoyada por los mayores exponentes de la actividad comparativa procesal²⁷.

También se compara con el fin de formular hipótesis —a menudo de manera ingenua e ineficaz— sobre cuáles pueden ser *ex ante* los efectos de las reformas procesales o para reconstruir su semántica *ex post*. Desde este punto de vista, la reforma de la apelación es un ejemplo muy significativo. No obstante, frecuentemente, el legislador no dialoga con la doctrina y esta se encuentra en múltiples ocasiones con reformas que abrigan pretensiones poco realistas y que generalmente son incapaces de alcanzar los resultados prometidos²⁸.

En este sentido, son pocos los trabajos que utilizan la comparación para combatir las ortodoxias imperantes. Incluso quienes prefieren una interpretación transversal de las instituciones, abordando los problemas que las envuelven —en vez de su estructura dogmática—, rara vez llegan a cuestionar las instituciones y los sistemas establecidos.

Merece una mención particular un uso singular de la comparación (no únicamente jurídica, sino también histórica, literaria, religiosa, artística, sociológica, etc.), efectuada en un placentero y fantasioso *excursus* —ingeniosamente explicado—. En el mismo, se demuestra de un modo extraordinariamente eficaz cómo el proceso es también —o como sostiene el autor, en primer lugar— un fenómeno antropológico, psicológico y cultural²⁹. Este empleo de la comparación aporta una visión heterodoxa no solo del proceso, sino de sus propios métodos de estudio tradicionales, tan osada como efectiva para evidenciar los límites de los enfoques didácticos (y científicos) aún en boga en los Departamentos y Facultades de Derecho.

7. FORMULACIÓN DE UNA PARADOJA: «COMPARAR» SIN «COMPARAR» Y «COMPARAR» SIN «COMPARAR»

En méritos de todo lo anterior, se presenta una paradoja (provocadora): ¿Se pueden estudiar y desarrollar comparaciones con ordenamientos jurí-

²⁷ Se advierte en CAPPELLETTI, M., «Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia», en *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, pp. 11 y ss.; DENTI, V., «Diritto comparato e scienza del processo», en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, pp. 21 y ss. (es el trabajo presentado en las jornadas de estudio de la *Associazione italiana di diritto comparato* sobre el tema «La contribución de la comparación a las ciencias jurídicas», celebrado en Torino del 25 al 27 de mayo de 1979 y publicado en las Actas de la Conferencia, Milano, 1980, pp.199 y ss).

²⁸ Algunos apuntes acerca de la desconsideración del legislador a las alegaciones de la doctrina (con explicaciones de signo contrario) se hallan en VARANO, V., «Il diritto processuale civile italiano in Europa», en BUSSANI, M. (coord.), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione*. Anuario di diritto comparato e di studi legislativi, Napoli, 2014, pp. 125 y 127, y STÜRNER, R., «Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2014, pp. 271 y ss; especialmente, p. 297 y la nota núm. 139 ambos interpelan, recogiendo sus provocaciones, a CAPONI, R., «Frammenti di teoriadel processo civile. Una premessa introduttiva», en *Il Processo*, 2019, pp. 1 y ss.

²⁹ Me refiero al extraordinario libro (en el sentido más literal de *extra ordinem*) de CAVALLONE, B., *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016.

dicos extranjeros, sin desvincularse de la «lógica» de los derechos positivos (realizando una operación que solo puede denominarse «comparación» en un sentido sumamente restringido)? En otras palabras, ¿se puede «comparar» sin «Comparar»? Bajo mi punto de vista, se puede responder afirmativamente a dicha pregunta, aunque tal vez también se puede sostener lo contrario, esto es, la posibilidad —aquí quizás aún más paradójicamente— de efectuar una «Comparación» incluso sin ocuparse del Derecho extranjero.

Si realmente comparar (y por tanto «Comparar») significa fundamentalmente adoptar una perspectiva externa al Derecho, bien puede producirse un «comparar» sin «Comparar». Con ello quiero manifestar que, en determinadas ocasiones, se pueden estudiar derechos extranjeros sin salir de la perspectiva interna del Derecho. Desde un planteamiento estrictamente iuspositivista, traspasar las fronteras nacionales ya conlleva situarse formalmente afuera del ordenamiento jurídico (entendido *stricto sensu*), hasta alcanzar un punto en el que el Derecho extranjero puede calificarse como un hecho. Sin embargo, con ello no se formula una buena comparación: una comparación entre soluciones técnicas, que evite el banco de pruebas de la realidad, provoca la disolución del *tertium comparationis* que CAPPELLETTI había identificado, elaborando su propia propuesta metodológica, como el rasgo típico de la comparación³⁰. Por consiguiente, si continuamos limitándonos a realizar comparaciones entre instituciones particulares o, peor aún, entre disposiciones normativas concretas, la pretensión comparativa corre el riesgo de no convertirse en una «Comparación» real, fracasando en su cometido.

Considero que las propuestas metodológicas de importantes comparatistas pueden leerse como antídotos para este tipo de planteamientos. Piénsese, por ejemplo, en la teoría de los formantes de SACCO³¹, en el concepto de sistema propuesto por LUPOI³², en la importancia fundamental que se le atribuye a la dimensión histórica, cultural, socioeconómica en lo procesal-comparativo (y en la comparación en general) por DENTI³³ y CAPPELLETTI³⁴. Las mismas tesis de Trento —en particular, la quinta— ofrecen una herramienta muy útil para emprender un estudio comparativo metodológicamente fructífero del Derecho (y ciertamente también del Derecho procesal civil)³⁵.

Precisamente, partiendo de las ideas que ofrece la última de las tesis de Trento —que, considerada detenidamente, prescribe fomentar la relación entre la comparación jurídica y otras disciplinas—, se podría sostener que la confrontación con otras disciplinas constituye, en realidad, un presupuesto imprescindible de toda comparación. Su imprescindibilidad permite afirmar

³⁰ CAPPELLETTI, M., «Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia», *op. cit.*, en particular, p. 17.

³¹ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980.

³² LUPOI, M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, pp. 122 y ss.

³³ DENTI, V., «Diritto comparato e scienza del processo», *op. cit.*, p. 21 ss.

³⁴ *Ibid.* nota 31.

³⁵ Para una reconstrucción fundamentada de las Tesis de Trento Cfr. AJANI, G., FRANCAVILLA, D. y PASA, B., *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Torino, 2018, pp. 3 ss.

que quienes estudian el Derecho interno, por medio de la comparación con otras disciplinas (economía, sociología, antropología, etc.), realizan en realidad una operación cultural mucho más útil para la comparación, que quienes circunscriben su estudio a las normas vigentes en un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando se esfuerzan por escudriñar sus diferencias y semejanzas.

8. COMPARACIÓN Y PROCESO CIVIL: UNIFICAR, DIVIDIR, UNIFORMIZAR

Se presenta como arduo afirmar si la comparación en Derecho procesal civil ha servido para unificar o más bien para resaltar las diferencias y las identidades irreducibles a un sustrato convergente. En Derecho procesal civil, la comparación se ha empleado en las últimas décadas para enfatizar las deficiencias de nuestro sistema de justicia y tratar de remediarlas. Creo que se ha insistido más en subrayar las diferencias que las semejanzas, con el fin de transmitir a los políticos la necesidad de implementar reformas. Estos mensajes, sin embargo, han sido interpretados parcial y equivocadamente; traducidos por el legislador en un número irracional de micro-intervenciones en la Ley procesal civil. Dicho cuerpo normativo se halla literalmente despedazado por una interminable recua de reformas que, fundamentándose en el espejismo de la mejora de un sistema de justicia civil impresentable y sumido en una crisis crónica desde hace cuarenta años, han provocado el desmoronamiento del sistema. Asimismo, las mismas han elevado (más si cabe) los niveles de ineficacia de la justicia civil y desalientan (o incluso desesperan) a quienes utilizan el proceso para tutelar derechos; su fin institucional³⁶.

Por su parte, están aflorando corrientes unificadoras a nivel supranacional. Algunos proyectos importantes (piénsese en el Código-Tipo de América Latina³⁷, en el Proyecto ALI-UNIDROIT que culminó con la redacción de los

³⁶ Cabe señalar, incluso como un útil recordatorio, un libro corto —pero con un inestimable valor—, en el que se devuelve la atención a la protección de los derechos como objetivo indispensable y central del proceso civil; un fin que prescinde de los conflictos ideológicos (y hasta en cierto punto exacerbados) que envuelven a los conceptos de público/privado: PRIORI POSADA, G.F. *El proceso y la cura de los derechos*, Lima, 2019. La obra, originalmente dirigida a los estudiantes, en realidad ostenta unas notables implicaciones para el estudio (y aplicación) del Derecho procesal civil.

³⁷ Se trata de un particular que ha sido muy estudiado, especialmente a partir de finales de la década de los ochenta y principios de la década de los noventa. El proyecto se puede consultar en VESCOVI, E. *El código procesal civil modelo para Ibero-América*, 2.^a ed., Montevideo, 1997. Asimismo y principalmente SCHIPANI, S. y VACCARELLA, R. (coords.), *Un «Codice Tipo» di Procedura Civile per l'America Latina (Atti del Congresso Internazionale, Roma, 26/28 settembre, 1988)*, 4 Roma e America. *Collana di studi giuridici latinoamericani*, Padova, 1990, así como BERIZONCE, R.O. *Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el Derecho común y el Derecho uniforme (Anteproyecto de Código-tipo del proceso civil para América Latina)*, pp. 29 y ss; DE MIGUEL, C., *Notas sobre las garantías procesales del Código-tipo Iberoamericano*, pp. 61 ss; FAZZALARI, E. *Il Codice-tipo e i valori del processo*, pp. 103 y ss; GELSI BIDART, A., *Código Tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el Derecho común o uniforme*, pp. 41 y ss.; ORTELLAS RAMOS, M., *Código-tipo y reforma del proceso entre Derecho común y Derecho uniforme en América Latina*, pp. 69 ss. Además, VACCARELLA, R., "Un codice

*Transnational Principles and Rules of Civil Procedure*³⁸, en el proyecto ELI-UNIDROIT, que está trabajando en la redacción de los *Transnational Principles* y las *European Rules of Civil Procedure*)³⁹ han tratado de erigirse como leyes modelo, en un intento —al menos parcialmente exitoso, especialmente en América Latina— de aunar «lo mejor» de varios sistemas procesales pertenecientes a un área determinada, con la voluntad de inspirar a los legisladores nacionales en la redacción de las reformas normativas⁴⁰.

9. LEGISLACIÓN EUROPEA Y PROCESO CIVIL

El proceso de unificación europea en materia procesal se ha desarrollado principalmente a través de la introducción de reglamentos comunitarios, que han incidido de manera bastante superficial en los sistemas procesales de los distintos países. Las normas comunitarias, de hecho, operan a un nivel y de un modo tal que apenas afectan al núcleo de las tradiciones jurídicas nacionales⁴¹. Sin embargo, no podemos olvidar el papel fundamental (y probablemente mucho más penetrante) que los Tribunales europeos han desempeñado y desempeñan en este ámbito, contribuyendo a la formación de un verdadero Derecho procesal europeo, cuyos resultados se patentizan tanto en la doctrina⁴² como en la jurisprudencia⁴³.

tipo di procedura civile per l'America Latina", en *Riv. Dir. Proc.*, 1989, pp. 253 ss. VINCENTI, U., «Un nuovo "ius commune" latino-americano in materia processuale?», en *Riv. dir. civ.*, 1991, II, pp. 609 ss.; BERIZONCE, R.O., «L'udienza preliminare nel codice processuale civile modello per l'Ibero-America», en *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. II, Padova, 1994, pp. 29 ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V., «Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (el desistimiento del proceso)», en *Justicia*, 1989, IV, pp. 791-812; PROVERA, G., «Divagazioni storiche intorno al Progetto di "Codice tipo" di procedura civile per l'America Latina», en *Index*, 1991, pp. 333 y ss.; TAVOLARI OLIVEROS, R., «Hacia una teoría general del proceso para los Códigos procesales "modelo" para Iberoamérica», en 3 *Roma e America*, 1997, pp. 127 y ss.; VESCOVI, E., «Confrontación entre el Código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo. Hacia un proceso universal. Las tendencias que el Código modelo va plasmando en la realidad», en 3 *Roma e America*, 1997, pp. 99 y ss.

³⁸ HAZARD, G.C. y TARUFFO, M., *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: Proposed Final Draft (March 9, 2004)*, American Law Institute 2004; HAZARD, G.C. y TARUFFO, M., *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge 2006; GIDI, A., HAZARD, G.C. y TARUFFO, M. y STÜRNER, R., «Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», en *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 33, 2001, pp. 769 ss.

³⁹ Para una actualización del proyecto, *vid.*: <https://www.unidroit.org/work-in-progress-eliunidroit-european-rules>.

⁴⁰ Para una interesante confrontación de los resultados de estos proyectos en el área iberoamericana: MITIDIERO, D., NIEVA FENOLL, J., OTEIZA, E., PRIORI POSADA, G. F., *et al.* (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*, Palestra, Lima. Véase el texto y las notas núm. 19 a 24 del apartado 5.

⁴¹ Sobre este extremo es obligada la lectura de BIAVATI, P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015.

⁴² *Vid.*, además de la obra referenciada en la nota anterior; TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino 2011.

⁴³ Basta consultar los informes temáticos jurisprudenciales de la Corte di Cassazione, elaborados periódicamente por el Ufficio del Massimario, para advertir la capital importancia que han asumido las decisiones de los Tribunales europeos y del Tribunal de Estrasburgo con relación a la interpretación y aplicación del Derecho procesal civil interno.

En términos generales, el Derecho comunitario no ha obstaculizado la comparación, sino todo lo contrario: muy probablemente ha promovido su desarrollo en el ámbito del Derecho procesal, pero con límites⁴⁴. En efecto, el proceso de unificación que, por ejemplo, ha emprendido la elaboración de las *European Rules of Civil Procedure* ha excitado indudablemente el conocimiento mutuo de los sistemas procesales europeos. Esto no obstante, las mismas difícilmente se prestan a disolver las ortodoxias imperantes, dado que se sirven de la comparación para llevar a cabo la ideación de un modelo de proceso, encaminado a construir un potencial punto de referencia para los legisladores nacionales. De ahí que el impulso derivado del proceso de unificación europea constituye un estímulo a la comparación —entendida como un conocimiento recíproco de las legislaciones procesales— y, al mismo tiempo (e incluso paradójicamente), un escollo al desarrollo de la comparación «subversiva».

10. CASI UNA CONCLUSIÓN: LOS MÉTODOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

En lo que sigue, avanzaré hacia la presentación de las conclusiones. No obstante, el título de este párrafo es demasiado ambicioso para alcanzar, en realidad, una conclusión verdadera. Por ello, prefiero que se considere una «casi» conclusión.

La primera conclusión descansa en señalar que el estudio y el análisis del proceso civil pueden efectuarse por medio de una pluralidad de métodos⁴⁵. Esta afirmación en la actualidad puede considerarse trivial, sin embargo, no era así hasta hace unos años, cuando el método dogmático-sistemático era considerado el único capaz de imprimir científicidad al estudio de esta materia⁴⁶. Afortunadamente, se ha superado este tiempo —sin que haya sido preciso desacreditar dicho método— y hoy en día también se admiten otros métodos considerados científicamente válidos; los que Remo CAPONI, en un reciente ensayo, denomina —evocadora y respetuosamente— las «*diverse anime*» del Derecho procesal civil⁴⁷.

La segunda conclusión, y no menos importante, concierne a la cuestión metodológica —ya abordada por la más observadora doctrina italiana—. La misma está comenzando a ser tomada en consideración por la comunidad científica internacional que se ocupa del Derecho procesal civil comparado.

⁴⁴ A estos efectos, cabe significar la obra, HESS, B., BURKHARD y KRAMER, X. (coords.), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Baden Baden 2017; en especial, debe destacarse CAPONI, R. "Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks", pp. 43 y ss. Acerca de las relaciones entre los Tribunales nacionales y los europeos, *vid.* HESS, B., BURKHARD y KRAMER, X. (coords.), «Corti europee e giudici nazionali», en *Corti europee e giudici nazionali. Atti del 27° Convegno nazionale (Verona, 25-26 settembre 2009)*, Bologna, 2011, pp. 239 y ss.

⁴⁵ Esta idea ya estaba presente en los trabajos recogidos en BESSONE, M., SILVESTRI, E. y TARUFFO, M. *I metodi della giustizia civile*, Padova, 2000.

⁴⁶ CAPONI, R., "Frammenti di teoria del processo civile. Una premessa introduttiva", *op. cit.*, p. 9.

⁴⁷ *Ibid.*

En este caso, considero que los trabajos reunidos en una reciente publicación, cuyo título es *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*⁴⁸, reproducen —trasponiéndolos al Derecho procesal— algunas de las problemáticas que ocupan (o incluso obsesionan) a los comparativistas⁴⁹. Así, se discuten —incluso desde una perspectiva crítica— propuestas metodológicas de prestigiosos procesal-comparativistas⁵⁰; se exponen valiosas reflexiones sobre el uso (a veces distorsionado) de los métodos estadísticos en el Derecho procesal civil comparado⁵¹.

La tercera y última conclusión está referida al Derecho procesal comparado, pero quizás también al Derecho comparado *tout court*, y atañe a la relación entre la finalidad y el método. Considero que la finalidad (aunque no únicamente) posee una influencia decisiva en el método del Derecho procesal civil. Es un particular que normalmente pasa desapercibido. En otras palabras, y muy trivialmente, para el abogado que tiene como norte ganar el procedimiento, el Derecho procesal se tendrá en cuenta principalmente en su dimensión normativa, a lo sumo atemperada —aunque solo aparentemente— en el recurrir a la «fuente» jurisprudencial; no muy discrepante será el planteamiento del juez, cuando tenga que dictar una sentencia. Por el contrario, en el caso del legislador, el método será completamente diferente. Seguramente, el legislador recurrirá a métodos estadísticos, econométricos, que suelen ser ajenos a las normas a reformar. Así las cosas, existirán diferentes planteamientos para analizar, no únicamente el Derecho procesal civil, sino también el Derecho procesal comparado, dependiendo si el estudioso del proceso se dedica a la investigación o a la docencia, así como si pretende adoptar una posición ideológica neutral o, por el contrario, pretende posicionarse ideológicamente. Por otro lado, lo que acabo de referir no es un particular nuevo, por cuanto ya se podía advertir en una obra de DENTI, publicada hace cuarenta años⁵².

Como es evidente, las anteriores conclusiones no son más que sugerencias que ciertamente no aspiran a finalizar, sino a reiniciar el debate sobre una de las cuestiones más complejas y arduas: el método. A dicha cuestión, la doctrina italiana —incluso respondiendo (directa o indirectamente) a ciertos postulados, más o menos fundados, de la doctrina transalpina— quizás debería dedicar una mayor atención⁵³.

⁴⁸ CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, Baden-Baden 2017.

⁴⁹ Cfr. WOO, M., "Comparative Law: A Plurality of Methods", en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, op. cit., pp. 47 y ss.

⁵⁰ GIABARDO, C.V., "Mauro Cappelletti's Methodology in Comparative Civile Justice and the Coercive Powers of Courts as a Case Study", en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, op. cit., pp. 67 y ss.

⁵¹ KERN, C.A. "Statistical Methods in Comparative Civil Procedure – Chances and Risks", en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, op. cit., pp. 121 y ss.

⁵² DENTI, V., «Diritto comparato e scienza del processo», op. cit., pp. 31 y ss.

⁵³ STÜRNER, R., «Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, op. cit.

