



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Aguirrezábal Grünstein, Maite; Pérez Ragone, Álvaro; Vargas Pavez, Macarena  
INFORME DEL XIV CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO  
PROCESAL: EL JUSTO PROCESO EN EXAMEN (PROCEDURAL JUSTICE)

Ius et Praxis, vol. 17, núm. 2, 2011, pp. 349-369

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720860013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## INFORME DEL XIV CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL: EL JUSTO PROCESO EN EXAMEN (*PROCEDURAL JUSTICE*)<sup>\*</sup>

MAITE AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN<sup>\*\*</sup>  
ÁLVARO PÉREZ RAGONE<sup>\*\*\*</sup>  
MACARENA VARGAS PAVEZ<sup>\*\*\*\*</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Los días 25 a 30 de julio de este 2011 se lleva a cabo en la ciudad alemana de Heidelberg el XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre el tema "Procedural Justice". Institución huésped fue la Universidad de Heidelberg en el festejo de su 650 aniversario. Así se centra la atención no sólo en el resultado sustantivo de un proceso eficiente, económico y dentro de un plazo razonable, sino también en la "justicia", el "fairness" que impregnán –o debieran impregnar– las normas procesales. Se examinó la relevancia la "Justicia tanto en su vertiente procesal como en su vertiente sustantiva en un mundo globalizado", como describe la breve referencia en la versión en español del evento. Tanto la utopía de la uniformidad, como la posibilidad de la armonización y encuentro de diferentes culturas jurídicas se examinó "el juicio justo" como imperativo de cada ordenamiento procesal.

La internacionalización de las relaciones y con ellas del Derecho, impone someter a análisis una serie de nuevos desafíos en áreas tales como la insolvencia internacional, como la cooperación judicial, la pertinencia o no de las (pretendidas) divisiones entre las diferentes culturas jurídicas, la armonización del proceso civil contemplando el debido y justo proceso, la intervención de actores públicos y privados en la aplicación del derecho, el examen de la jus-

\* Colaboración recibida el 12 de septiembre y aprobada el 20 de septiembre de 2011.

\*\* Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: maguirrezabal@uandes.cl.

\*\*\* Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Informe que se enmarca en el Proyecto Fondecyt Nº 1111021 "Principios de la Tutela ejecutiva del crédito" como investigador responsable y el Proyecto Nº 1100530 "Hacia una nueva justicia concursal" como coinvestigador). Correo electrónico: alvaro.perez@ucv.cl.

\*\*\*\* Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales. macarena.vargas@udp.cl

ticia procesal en el arbitraje internacional y finalmente la relación del proceso justo con la prueba obtenida ilícitamente

## II. INSOLVENCIA INTERNACIONAL

El profesor de Viena, Oberhammer, parte por exponer la necesidad que impulsa el desarrollo dinámico de la legislación sobre insolvencia internacional en las últimas décadas. Ello se potencia aún más con la creciente coordinación tanto en la ejecución singular como en la insolvencia. Llama sí la atención la dispar aplicación individual de la Ley Modelo de la CEDUMI que en muchos casos es incorporada como legislación nacional para la regulación de la insolvencia internacional, siendo así sólo relativamente comparable con el Reglamento de Insolvencia Europeo.

Un simple caso puede demostrar las vicisitudes que puede generar la insolvencia internacional. Queriendo un síndico que pueda actuar y administrar la cuenta bancaria nacional del deudor, en muchos casos es posible según las regulaciones nacionales que incorporaron la CEDUMI, pero complejo prácticamente jurídicamente en la regulación de la insolvencia europea. Ciertamente intentar coordinar elementos de soberanía nacional con pasos pragmáticos para un funcionamiento adecuado de la insolvencia no resulta tarea fácil. La disputa por la aplicación de la universalidad (la que, por cierto, siempre se aceptó en el caso de entidades bancarias seguido de una fuerte territorialidad) y la coordinación de procesos secundarios o accesorios genera más dificultades prácticas que se suman a las jurídicas.

Se combinan siempre la complejidad no sólo de los procedimientos, sino también del derecho aplicable. Pero no debe olvidarse que justamente los reglamentos como los convenios internacionales tienden a solucionar problemas, tales como la jurisdicción y competencia determinan la suerte de la futura intervención y mayor o menor dificultad de intervención de los interesados acreedores, el propio deudor, el síndico, etc. Sí es una solución a tener en cuenta la aplicación de la *lex concursus* del Estado donde se lleva adelante el proceso principal para la coordinación adecuada.

En todos estos casos es de vital importancia en dónde se abre el procedimiento de insolvencia y cómo se aplica la *lex fori concursus* que conlleva la solución también del derecho aplicable. Además del procedimiento. Otro tanto ocurre con el reconocimiento, en especial de la solicitud de apertura del procedimiento concursal y las relaciones con los procedimientos secundarios y dónde se encuentre principalmente el patrimonio del insolvente. Puede ser que el "mimetismo de la reciprocidad" no sea justamente un punto final deseable de desarrollo. La coordinación en materia de reconocimiento no cesa con lo antes descripto, sino se inicia, ya que luego corresponderá evitar la dispersión y superposición de procedimientos en litispendencia. Así, si se suma que el

estado donde se ubica el patrimonio es diferente de aquel donde reside el insolvente y también ajeno a los múltiples países de dónde pueden llevar sus actividades los acreedores, la coordinación se convierte en un factor relevante. No han ayudado realmente mucho los tratados multi como bilaterales con muchos deseos, pero también bastantes problemas pragmáticos. La aspiración final de una adecuada legislación sobre insolvencia internacional se puede al final conseguir sólo a través de la unidad de derecho y el multilateralismo con soluciones más pragmáticas que meros deseos y recomendaciones.

La legislación sobre insolvencia internacional de cada país puede ser un interesante cauce para la unificación del derecho en el campo del derecho concursal en su conjunto con materias como Derecho de Sociedades. Siempre sí, teniendo en cuenta que el desafío de la unificación de la insolvencia es aún mucho más complejo que un proyecto de Código Civil Europeo.

Relevante resultó el aporte de la experiencia de un coloso económico como China en su historia de la regulación concursal. En el contexto de la importancia de la insolvencia expuso la reforma radical que experimentó la República Popular de China el Profesor Wang Weiguo. En la larga historia de China no se tenía noción ni regulación sobre la quiebra ni la insolvencia, ello fundado en la cultura jurídica tradicional confucionista. La Ley de Quiebras se promulgó la primera en 1906 por la dinastía Qing, como uno de los resultados de la modernización legal china, pero inmediatamente suprimida en 1908 por los debates sobre inversiones y sociedades extranjeras en el país, lo que no fue revertido luego de la Revolución de 1911, aun con el intento del gobierno de Beijing. En 1935, el gobierno de Nankín promulgó la ley de quiebras que rige en Taiwán hasta hoy. En 1949, el Partido Comunista anuló todas las leyes vigentes y estableció un nuevo régimen fundado en la imposibilidad que una empresa dentro del socialismo pudiera conducir o conducirse a la quiebra. Tal mito se rompió después de la reforma económica desde 1978, cuando las empresas estatales (EE) se transformaron al asumir la responsabilidad exclusiva de sus propias ganancias y pérdidas. En 1986, la Ley de Quiebras Empresariales fue adoptada en forma piloto. Con sólo 43 artículos era sólo aplicable a las empresas estatales, con amplias facultades del gobierno para intervenir. En 1990, la legislatura añadió un nuevo capítulo al código procesal civil y así amplió la aplicación del procedimiento de quiebra a todo tipo de empresas. Durante 1994-1997, el gobierno central emitió una serie de regulaciones para establecer un procedimiento administrativo para la bancarrota, sustancialmente. Se debe mencionar que hasta abril de 2004, 3.377 empresas estatales cerraron a través de este procedimiento, con millonarias pérdidas. En 1994, la Asamblea Popular Nacional organizó un trabajo de redacción de una nueva ley de quiebras con la directriz de la "economía socialista de mercado". Después de un proceso de mucho tiempo y dificultades se llega a la nueva Ley de Quiebras de empresas

que contiene 12 capítulos con 136 artículos, promulgada en agosto de 2006 y en vigencia desde 2007. El Supremo tribunal emitió fallos interpretativos y puede decirse que esa ley es apenas el inicio de una serie de otras en proceso, como la insolvencia personal y de transfrontera.

La ley contiene tres tipos de procedimientos de insolvencia: la reorganización, la composición y la liquidación en la quiebra. Hay algunos canales entre los tres procedimientos. En primer lugar, después de la aceptación de un caso presentado a liquidación puede convertirse en un procedimiento de reorganización o de composición en determinadas circunstancias. Esta es la que pretende explorar la posibilidad de rescatar a la empresa en dificultades la medida de lo posible. En segundo lugar, un procedimiento en curso de la reorganización o la composición puede ser terminado y convertir a la liquidación por razón del fracaso o situaciones específicas. Esto es para evitar el abuso del instrumento de rescate y estímulo a las partes a buscar un compromiso bajo la sombra de la liquidación como el peor final<sup>1</sup>.

El proceso puede ser abierto en contra de un deudor que es una empresa con la condición de persona jurídica. Toda persona física, no jurídica-persona de negocios, tales como la asociación y la propiedad individual o entidad sin ánimo de empresa, tales como agencias gubernamentales u otras asociaciones sin fines de lucro no están sujetas a este procedimiento. Las entidades corporativas extranjeras que tienen negocios en China le son aplicables las disposiciones de la ley. Cuando un deudor presenta una solicitud, deberá presentar, además de los documentos antes mencionados, algunas declaraciones sobre la situación financiera, una lista de deudas, una lista de verificación de los créditos, correspondientes estados financieros, un plan preestablecido para liquidación de los empleados, así como una declaración sobre el pago de los salarios y las primas de los seguros sociales. La petición también puede realizarla el acreedor cuando un deudor no puede pagar sus deudas. No se requiere a los acreedores para probar la evidencia de falta de liquidez del deudor o de su exceso de pasivos sobre los activos.

El tema de la insolvencia transfronteriza se dejó pendiente en la Ley de Empresas 1986. Durante el proceso de redacción de la actual ley, el equipo llegó a un consenso que China adoptara el principio de universalidad establecido por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con algunas limitaciones. Este principio se muestra en el artículo 5 de la ley mencionada. Se prevé que, en un primer momento, los procedimientos de insolvencia iniciados en China de conformidad con la ley, tendrá carácter vinculante sobre los bienes del deudor situados fuera del territorio de China. En segundo lugar,

<sup>1</sup> Un mayor detalle puede verse en XIAO, Jinquan, *Principles of Bankruptcy Law in China*, CreateSpace, India, 2010, pp. 10-35.

establece que cuando un tribunal chino tiene la obligación de reconocer y ejecutar un juicio de insolvencia legalmente efectivo o fallo de un tribunal extranjero relacionadas con los activos del deudor situados en el territorio de China, se llevará a cabo un examen al respecto según los tratados internacionales que China ha firmado o se hayan adherido. En su caso se examina según los principios de reciprocidad y otorgar reconocimiento y la ejecución al creer que no viola los principios básicos de las leyes de China, no daña la soberanía, la seguridad o los intereses públicos del Estado, y no perjudique los derechos e intereses legítimos de los acreedores en el territorio de China. Sin embargo, la ley no contiene disposición alguna sobre los procesos secundarios o accesorios. Esto parece costoso para cualquiera de los administradores extranjeros o los acreedores nacionales y muy difícil de evitar cualquier recurso individual, por acción o por otros medios, para los activos locales. Por ello se ha propuesto la promulgación de una ley sobre insolvencia transfronteriza<sup>2</sup>.

### III. LEYES MODELOS, CULTURAS Y TRADICIONES JURÍDICAS

Una característica de nuestra sociedad contemporánea es el pluralismo jurídico. Sin embargo, en épocas de globalización, los movimientos en pro de la unificación del Derecho han corrido paralelos al desarrollo del Derecho comparado. En un primer momento se busca la elaboración de unos conceptos jurídicos que constituirán la estructura del sistema, correspondiendo al legislador, en un segundo momento, su utilización a través de un "lenguaje" jurídico que determine un sistema de normas positivas. Por último, procede la aplicación judicial de dichas normas.

Las Leyes Modelo vienen a representar un instrumento que supera ciertas deficiencias que llevan, en principio, implícitos los instrumentos convencionales.

Elaborada por expertos, las leyes modelos se incorporan y positivizan en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados como parte de su normativa autónoma, común.

A diferencia de lo que sucede con las Convenciones, una Ley Modelo no requiere ratificación por parte de los Estados interesados; ni un número determinado de ratificaciones para que ésta entre en juego. La Ley Modelo tampoco resulta un instrumento vinculante, sino un "modelo" de ley que los Estados Miembros podrán adoptar en su legislación interna como en el caso de Uruguay, o adaptar la legislación interna a los preceptos contenidos en la ley modelo, o simplemente considerarla para desarrollar una normativa jurídica nacional coherente con las necesidades del país y coherente con el sistema jurídico

<sup>2</sup> Ver completo el artículo de RAPISADI, John - ZHAO, Binghao "A Legal Analysis and Practical Application of the PRC Enterprise Bankruptcy Law", *Business Law International*, Vol. 11, Nº 1, Jan. 2010.

nacional, además de cumplir con el objetivo de que las leyes nacionales sean claras y transparentes.

En América Latina la tradición jurídica se desarrolla al amparo del *Civil Law*, que conserva sus estructuras fundamentales a pesar de la fragmentación del modelo.

Sin perjuicio de lo anterior, existen diversos intentos por adaptar a nuestras legislaciones mecanismos provenientes del *Common Law*, con mayor o menor utilidad.

Así, por ejemplo, destacan como buenas adaptaciones del sistema en la legislación brasileña, la justicia de pequeñas causas, derivada de los *small claims courts* y el proceso colectivo para la defensa de los consumidores y usuarios, que partió como una adaptación de la Regla 23 de las *Federal Rule of Law* estadounidense y que ha alcanzado un gran desarrollo legislativo y jurisprudencial en ese país.

Otro ejemplo está constituido por las distintas formas de tutela de urgencia, provenientes de las *injunctions* anglosajonas, y que han ido transformando y agilizando el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer. A lo anterior, deben agregarse los fenómenos de modelización del Derecho Procesal Civil, entre los que destaca, por ejemplo, la legislación procesal uruguaya, que en su Código General del Proceso Uruguayo, adapta el Código Modelo Procesal Civil y Comercial, del año 1988. Gran papel ha cumplido en este sentido, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, a quien ha correspondido la elaboración del Código anteriormente señalado y el Código Modelo de Procesos Colectivos, del año 2006.

Algunas ideas destacadas en estos textos son la publicitación del proceso, la ampliación de la legitimación activa, el proceso por audiencias, los poderes directivos y probatorios del juez, la prevención del fraude procesal, y el reconocimiento y protección de los intereses supraindividuales. El proceso de reforma y armonización del derecho latinoamericano ha tomado distintas direcciones. Así, se ha modernizado el sistema de justicia constitucional, afianzado el concepto de justicia civil como una de las funciones públicas esenciales del Estado, creado un sistema de tutelas procesales diferenciadas y mejorado algunas técnicas procesales. Así, Berizonce<sup>3</sup> destaca los intentos de armonización transnacional a través de los Códigos Modelos y la constitucionalización de las garantías procesales, o lo que se ha denominado la “procesalización del Derecho Constitucional”, que ha influido de modo determinante también en las tradiciones jurídicas.

<sup>3</sup> Cfr. BERIZONCE, Roberto, “Models laws and national traditions”, Ponencia General presentada en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal, realizado en Heidelberg, Alemania, entre los días 25 y 30 de julio de 2011.

Así, se reconoce como garantía constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica el acceso a la jurisdicción y el derecho de defensa de las partes y que han ido transformando el tradicional "derecho al debido proceso", en el "derecho a un proceso justo" (*fair trial*).

#### IV. COOPERACIÓN JUDICIAL Y LITIGACIÓN TRANSNACIONAL

El aporte y dimensiones sobre la Cooperación Judicial internacional fue expuesto por el relator general Burkhard Hess, hablando y partiendo con la premisa de un cambio de paradigma procesal al respecto, siguiendo en ello a lo que en su momento y tiempo atrás había aportado SCHLOSSER<sup>4</sup>. Tradicionalmente, la asistencia jurídica fue considerada sólo como un acto de cortesía entre Estados soberanos, con sus relaciones diplomáticas y consulares: un acto de política exterior sin mayor trascendencia en el valor justicia. Por otro lado, toma el concepto moderno de la cooperación judicial, las necesidades de las partes afectadas en el proceso de ver, se trata de asegurar su acceso a los tribunales para salvaguardar la obediencia legal efectiva en el proceso transnacional. El derecho del justiciable a un debido proceso y justa como eficiente participación cooperativa de los tribunales intervenientes.

La cooperación judicial aquí no es sinónimo con el derecho internacional de los procedimientos civiles utilizado por sí mismo. Por el contrario, el término se entiende más de cerca, como los relativos a la colaboración entre los tribunales y los organismos administrativos de administración de justicia y no exclusivamente centrado en el reconocimiento internacional de las sentencias. El aporte va mucho más allá en la cooperación en el proceso en curso para la correcta conformidad de los actos extraterritoriales, en particular en las notificaciones, y la obtención de pruebas, pero además más allá para la coordinación de la ejecución civil singular y la insolvencia internacional.

En materia de familia, especialmente sustracción de menores y alimentos, el esquema cambia radicalmente desde el derecho concedido al niño a tener un adecuado trato y comunicación en el Estado donde se encuentre y permitir un marco de cooperación participativa no sólo administrativa, sino de alto compromiso judicial entre los tribunales de los Estados en cuestión<sup>5</sup>. El modelo de la UE con reglamentos sobre obtención de prueba, notificaciones, menores y familia, todos adecuados a las nuevas tecnologías que hacen más expeditos

<sup>4</sup> Schlosser, Peter, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-Operation", *Revue de Droit Comparé* 284, 2000, 13 - 418.

<sup>5</sup> Así, Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en el caso *Ignaccolo-Zenide contra Rumania* 25.1.2000, N° 31679/96, 01.08.2008 y *PP contra Polonia*, 19055/05, todos en *Revue de Droit Comparé* 335, 2008, 9, 24.

los trámites cooperativos<sup>6</sup> sirven de ejemplo a tener en cuenta en los convenios de La Haya.

La red judicial europea se funda así en puntos o centros de coordinación en cada Estado que impide la dispersión de funciones y competencias. Con ello, los tribunales intervenientes y los órganos de cooperación pueden estar actualizados en el intercambio de información y lograr mayor celeridad en sus actuaciones. La convención de La Haya para la obtención de pruebas en el extranjero ha continuado generando disputas entre Europa y USA, discutiéndose su mayor, nula o menor aplicación especialmente en el "Discovery".

Un rol importante, finalmente, lo desempeña la coordinación de las medidas cautelares entre los jueces implicados, trata de una colaboración coordinada entre la Corte y otros tribunales para juzgar en la medida cautelar de acompañamiento. Así, para tener en cuenta una obligación explícita de los tribunales a cooperar puede verse la propuesta de la Comisión para la revisión del Reglamento Bruselas I, COM (2010) 748 final, 14/12/2010 y 156 COM (2010) 748 final, p. 10.

Este deber de cooperación queda finalmente formulado en un nuevo artículo de la convención al respecto. Así, cuando los tribunales de un Estado miembro se sometan a una solicitud provisional, siendo que los tribunales de otro Estado miembro entiendan en el proceso principal sobre el mérito, los tribunales interesados podrán cooperar a fin de asegurar una adecuada coordinación entre el procedimiento en cuanto a la sustancia y los procedimientos provisорios relacionados. El tribunal que conozca de la solicitud de una medida provisoria podrá solicitar información al tribunal que conoce del principal, tales como el riesgo de desaparición de activos por el demandado o los fundamentos de la negativa de una medida similar por parte del órgano jurisdiccional que conoce sobre el mérito. Estas reglas del art. 31 del Reglamento Bruselas permite una mejor y mayor cooperación.

Un último punto se relaciona con el aporte del Prof. Oberhammer sobre la insolvencia de transfrontera y la necesidad de coordinar eficientemente el proceso principal con los secundarios, como así también permitir la actuación adecuada de los síndicos donde resulten más eficientes. La Ley Modelo de la CNUDMI propone un sistema para la cooperación de los tribunales de bancarrota en el artículo 25-27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997). La ley exige que los tribunales de asistencia mutua y cooperación en todo lo posible (la cooperación en la mayor medida), especialmente para el intercambio de información y coordinación de las actividades judiciales y el desarrollo de soluciones mutuamente aceptables con los intervenientes. En diciembre de 2009, la Asamblea General, una Guía Práctica

<sup>6</sup> Así ver GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, "Electronic Service of Documents – National and International Aspects", *General Report IAPL 2010 – Electronic Justice*, pp. 29 y ss.

de la Ley Modelo, contiene importantes referencias para la comunicación y coordinación de las actuaciones judiciales para un mayor respeto de los derechos procesales y sustantivos de las partes.

#### V. PRIVATE O PUBLIC LAW ENFORCEMENT Y TUTELA DE DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Desde la perspectiva del Derecho Comparado, se constata un amplio movimiento internacional de acceso a la justicia de los intereses supraindividuales y de los entes que los representan. Este movimiento tiene su origen en cambios jurídicos, y sociales. El fenómeno de la masificación ha repercutido en el ámbito jurídico, produciendo nuevas relaciones entre el individuo y la sociedad. Se caracteriza por el reconocimiento y la legitimación de organizaciones intermedias que encuentran su fundamento en la solidaridad, y que rompen con las respuestas ofrecidas por un Derecho basado en el carácter individual de las situaciones jurídicas.

##### 1. Acciones de clase

Lo anterior ha provocado que la tutela procesal ya no pueda limitarse a los intereses individuales, lo que a su vez supone vencer una serie de condicionantes internos. Para CAPPELLETTI, el problema básico que presentan los intereses supraindividuales es que a nadie le corresponde el derecho de remediar el daño que sufre ese interés o bien el interés de cada uno es demasiado pequeño para accionar, lo que hace recomendable la acumulación de reclamaciones. Pero esta acumulación también presenta problemas, porque aunque a los interesados se les permita organizarse y demandar colectivamente, éstos pueden hallarse dispersos, carecer de la información suficiente o faltar el acuerdo en cuanto a la estrategia común que seguirán.

Por ello, aunque la regla general es que la protección de estos intereses requiere de una acción de grupo, estos movimientos serán de escasos resultados si no existe, además, una política de gobierno que actúe en bien de ese grupo<sup>7</sup>. La heterogeneidad, característica propia de esta clase de intereses, afecta también a los mecanismos para su protección, de modo que las dificultades para su acceso a la jurisdicción les afectan de modo distinto. Además, presentan el problema

<sup>7</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica México, 1978, pp. 20-21.

añadido de su escasa aprehensibilidad y su difícil atribución a los ciudadanos individualmente considerados, lo que choca con el carácter individualista de las normas procesales y de las exigencias en materia de legitimación.

El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica”<sup>8</sup>.

Para llegar a obtener una noción de interés supraindividual, debe partirse del concepto general de interés y de interés jurídico, analizando qué es lo que se añade a esta noción general para que el interés pueda ser calificado como interés supraindividual. La doctrina<sup>9</sup> ha elaborado varios criterios para definir el concepto, según cuál es elemento destacado y en qué se fundamenta la noción general de interés, atribuyéndoles un carácter nuevo, pudiendo así distinguir, en general, entre un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio normativo. Se ha destacado también de este tipo de intereses su naturaleza conflictual, puesto que se trata normalmente de intereses incompatibles o contradictorios entre los que debe llevarse a cabo una función política de mediación y de coordinación, y un cierto grado de indeterminación, que implica una dificultad para circunscribir su difusión, puesto que se repiten y extienden a todos los miembros de una colectividad.

Las acciones para su protección han sido concebidas para la defensa de los siguientes tipos de intereses: 1) los intereses difusos, que son aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; 2) los intereses colectivos, que también son de naturaleza supraindividual e indivisible, pero entre los titulares de esos intereses existe algún tipo de vinculación jurídica, y 3) los intereses individuales homogéneos, que son aquéllos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva, pero con un origen fáctico común.

Esta triple clasificación tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones y ha sido principalmente desarrollada por el Derecho brasileño<sup>10</sup>. Así, el Código

<sup>8</sup> GIDI, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos” en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003, p. 32.

<sup>9</sup> El concepto todavía es incierto y equívoco y se presta a bastantes confusiones. Delimitar qué se entiende por interés supraindividual implica hacer una puntualización no sólo terminológica, sino también sustancial, para preparar el terreno y las condiciones del acceso a la justicia de tales intereses.

<sup>10</sup> En este sentido PELLEGRINI, Ada, “A problemática dos interesses difusos”, en *A tutela dos interesses difusos*, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 30-31, distingue los intereses colectivos y difusos, y afirma que se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas entre las que debe existir un vínculo jurídico, y difusos los intereses que sin existir un vínculo jurídico de por medio se basan en factores de origen fáctico y accidentales, como el habitar en una misma zona o consumir un mismo producto.

de Defensa del Consumidor define en su artículo 81 estos dos tipos de intereses, y señala que son *difusos* los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho" (fracción I) y que son *colectivos* los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base" (fracción II).

De las definiciones, podemos concluir que estas categorías de intereses presentan dos características comunes: su supraindividualidad y su naturaleza indivisible<sup>11</sup>, que de acuerdo con BARBOSA, significa que "los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, la lesión de la entera comunidad"<sup>12</sup>. Presuponen también que la solución a los conflictos que pudieran generarse debe ser la misma para todos los integrantes del grupo.

Respecto de estas categorías de intereses puede decirse que comparten los mismos problemas jurídicos y que ambas se refieren a bienes de carácter indivisible<sup>13</sup>, pero con una distinción fundamental: los intereses difusos se refieren al sujeto no como individuo sino como miembro de un grupo que puede ser más o menos amplio, pero indeterminado o de muy difícil determinación, mientras que los intereses colectivos ataúnen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados o son fácilmente determinables.

Son varios los criterios que se han propuesto para diferenciar los intereses difusos y los colectivos, destacando aquellos que atienden a si los miembros del grupo están vinculados por circunstancias de hecho o bien ligados por una relación jurídica o aquellos que consideran que los intereses difusos presentan una nota de mayor extraneidad que los intereses colectivos, y por lo tanto, los primeros resultan más neutrales que los segundos<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Algunos autores señalan que en el caso de los intereses supraindividuales puede distinguirse una indivisibilidad en dos grados. La indivisibilidad que se refiere al derecho difuso es absoluta en función de la propia indeterminación de las personas que componen la comunidad titular del derecho o interés, mientras que en el caso de los intereses colectivos la indivisibilidad es relativa, porque los miembros de la colectividad titular del derecho son determinados o fácilmente determinables.

<sup>12</sup> BARBOSA MOREIRA, José, "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3, 1992, p. 235.

<sup>13</sup> En este sentido, señala FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2004, p.13, que la distinción entre situaciones difusas y colectivas no siempre es clara puesto que ambas obedecen al mismo fenómeno. Por la circunstancia de ser la indivisibilidad una nota esencial de estos intereses no pueden ser considerados como una suma de intereses individuales porque pertenecen a una colectividad.

<sup>14</sup> Este criterio ha sido adoptado en España por ALMAGRO, "Tutela Procesal", que señala que "lo típico de estos intereses sociales o colectivos que se denominan difusos es su acotación por grupos o cla-

El Derecho brasileño desarrolla otro criterio, referido a la vinculación jurídica, siendo colectivos “aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiéndose con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación”, y difusos “aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, someterse a particulares empresas”<sup>15</sup>.

Frente a estos intereses supraindividuales el Código Brasileño de Consumo se encarga también de definir los intereses individuales homogéneos, como aquellos que, siendo de carácter individual tienen un origen común (fracción III) y que pueden ejercerse colectivamente para obtener una reparación individual de los daños sufridos por los consumidores<sup>16</sup>.

Son derechos individuales que por efectos prácticos se hacen “accidentalmente colectivos”<sup>17</sup>, y que han sido definidos como “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”<sup>18</sup>. Estos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquéllos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero

---

ses o sectores de manera más o menos extensa”. Y en razón de esta distribución de los intereses en clases o grupos “surgen conflictos a veces entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de otros, lo que lleva a poner de relieve otra nota que acompaña al concepto de intereses difusos la conflictualidad”.

<sup>15</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985)”, en *Revista de Derecho Procesal* 3, 1998, p. 707.

<sup>16</sup> Ello, porque cada miembro del grupo es titular de un derecho individual de naturaleza divisible.

<sup>17</sup> Cfr. BARBOSA MOREIRA, José, “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, en *Temas de direito processual*, Saraiva, São Paulo, 2000, pp. 195-196. Los distingue así de los supraindividuales, a los que califica como “esencialmente colectivos”, citado por WATANABE, Kazuo, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003, p. 3. Este mismo autor los califica como “ontológicamente individuales, pero que son tutelados colectivamente, por razones de estrategia de tratamiento de conflictos”.

<sup>18</sup> GIDI, “Derechos difusos”, cit. nota n. 12, p. 35.

que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo<sup>19</sup>.

Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que le viene dada por su origen común<sup>20</sup> y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva. Frente a incumplimientos que provengan de actos de consumo masivos, más allá de los elementos accidentales relativos a la fecha, al lugar y cantidad del producto o servicio, resulta lógico que se pueda configurar un proceso orientado a proteger a una pluralidad de sujetos, siempre que las acciones tengan elementos de conexión que así lo justifiquen. Al encontrarse los consumidores en situaciones idénticas, no es deseable que se dicten resoluciones contradictorias, ya que ello compromete la garantía de igualdad ante la ley, al dar los tribunales un tratamiento diverso a situaciones idénticas.

Con la denominación de *Private Law Enforcement* han querido significarse muchas cuestiones. Así, se ha asimilado al judicial *enforcement* o iniciativa privada de aplicación del derecho por parte de los tribunales de justicia, en contraposición al *administrative* o *public enforcement*, esto es, la aplicación del derecho por parte de la administración, especialmente cuando se trata de intereses supraindividuales.

## 2. Sobre la denominación y significados del Law Enforcement

El problema del *law enforcement* es hoy un tema de extrema importancia, por cuanto el desarrollo de los intereses supraindividuales se ha dado en áreas como la contratación civil, la protección del consumidor, la seguridad social y las relaciones laborales, o en la regulación de la libre competencia, lo que ha hecho necesario determinar si existe o no necesidad de intervención por parte de la administración pública en la protección de estos nuevos intereses

<sup>19</sup> Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela*. El autor señala que, por ejemplo, la difusión de una publicidad engañosa o la comercialización de un producto defectuoso dan lugar a un interés difuso, mientras que la falta de higiene o seguridad en una fábrica dará lugar a un interés colectivo. Serán derechos individuales plurales aquellos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas.

<sup>20</sup> No es requisito que entre las personas titulares de este tipo de derechos exista una relación jurídica anterior, puesto que el vínculo con la parte contraria nacerá precisamente de la lesión, relación que además es individual y que afectará de modo distinto la esfera jurídica de cada uno de ellos. El origen común en todo caso puede ser más o menos remoto. Mientras más remoto menos homogéneos serán estos derechos. Tampoco este origen común implica necesariamente una unidad de hecho temporal, lo que significa que no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos. Lo esencial será que nos encontramos ante situaciones jurídicamente iguales, aunque los hechos sean diferentes.

y derechos, a quién corresponde la iniciativa para instar por la aplicación del derecho y la clase de protección jurídica que podrá obtenerse.

En lo que respecta al uso del lenguaje, debe precisarse qué debemos entender por *private* y por *public enforcement*. En este sentido, en los EE.UU. la expresión *private enforcement* implica la iniciativa privada para solicitar la tutela jurisdiccional, en contraposición al *public enforcement*, en virtud del cual las entidades públicas también tienen iniciativa para instar por la aplicación del derecho por los tribunales, o bien para aplicar ese derecho. En Europa, en cambio, el hablar de *private enforcement* va unido al *judicial enforcement*, opuesto al *administrative enforcement*, en el que un órgano público tiene poder para la aplicación del derecho, mientras que en el *private* dicha aplicación corresponde solamente al órgano jurisdiccional.

De lo anterior se concluye que cuando hablamos del *law enforcement*, nos referimos tanto a la (i) titularidad para requerir la tutela del interés supraindividual como a (ii) la titularidad para realizar ese *enforcement*, ello es quien requiere y quien aplica el derecho en definitiva.

Las posibilidades estudiadas son dos: por una parte, si se entrega la iniciativa de la aplicación del derecho a los tribunales de justicia, entonces debe existir una relación entre la calidad del interés protegido y la calidad del órgano que aplica el derecho. Por otra parte, si es el Estado a través de la administración pública el que impulsa la aplicación de la normativa vigente, entonces podrá resolver y aplicar sanciones sin que necesariamente deba acudir a los tribunales de justicia para legitimar dichas actuaciones.

Se plantean, también, algunas cuestiones en torno a la actuación de la Administración pública y la protección de los intereses supraindividuales y que abarcan cuatro grandes temas. El primero de ellos versa sobre las materias jurídicas en que la Administración debe tener potestad de actuación del derecho, y que en la mayoría de los países, con mayor o menor amplitud, es uniforme. El segundo, plantea la necesidad de determinar si estas potestades de protección deben ser entregadas a la administración propiamente tal u ordinaria, o bien deben estar en manos de autoridades administrativas independientes. La tercera cuestión consiste en determinar cuáles son los efectos jurídicos que deben atribuirse a las potestades de la Administración en la actuación del Derecho. En este sentido, se trata de fijar el alcance de la protección que pueden obtener titulares de intereses supraindividuales que recurren a la administración pública solicitando la tutela de esos derechos. Así, se distinguen las potestades de autorización, prohibición e imposición de sanciones de naturaleza pecuniaria, las potestades de restitución al estado anterior al de la comisión de la infracción y las potestades de imposición de indemnizaciones dinerarias a favor de los intereses perjudicados. Un cuarto punto en análisis dice relación con la efectividad y la eficiencia de la actuación por las administraciones en la protección

de intereses supraindividuales. Se ha señalado que es más efectiva la actuación del derecho por la administración pública que por los tribunales de justicia, porque se benefician de una estructura organizada y profesionalizada con existencia de servicios que tienen por objeto descubrir y fiscalizar las conductas infractoras, incorporando además personal especializado en conocimientos científico-técnicos y no exclusivamente jurídicos.

Suma relevancia asume así en el sistema del *public law enforcement* la amplitud del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa, en donde los criterios legislativos se mueven entre la previsión del control jurisdiccional hasta la plenitud del control, aun cuando el conflicto se haya resuelto por una autoridad administrativa independiente. Por otro lado, es cada más recurrente en las distintas legislaciones la posibilidad de instar la tutela de intereses supraindividuales directamente ante los tribunales de justicia a través del proceso civil, que implican discusiones en torno a la legitimación activa, los efectos de la sentencia y la extensión subjetiva de la cosa juzgada, y la defensa de las partes ausentes<sup>21</sup>.

#### VI. ARBITRAJE: ENTRE EL DERECHO Y LA EQUIDAD

La aplicación del arbitraje, en general, y del comercial, en particular, es hoy una práctica común que puede observarse en distinto tipo de organizaciones y empresas a lo largo de todo el mundo. Ello se enmarca dentro de una tendencia mundial orientada hacia la resolución privada de los conflictos. Si bien se trata de tendencia extendida y que va más allá del arbitraje, pues incluye a la mediación y la conciliación, existe cierto escepticismo en relación con ella. Se teme que el péndulo haya ido demasiado lejos hacia la justicia privada y se cuestiona el hecho de que los árbitros responden sólo a las partes y no a la sociedad en su conjunto, y que pese a ello, sus decisiones tienen un impacto importante en la ciudadanía.

No obstante, el arbitraje sigue siendo elegido por las partes, porque parece ofrecer "algo" que en la actualidad el sistema judicial no provee. En efecto, el arbitraje permite a las partes seleccionar al árbitro, escapar de procedimientos judiciales lentos y burocráticos y evitar la publicidad de lo discutido. A ello se añaden expectativas asociadas a sus bajos costos, a la simplicidad de sus procedimientos y a ciertas facilidades en la etapa de ejecución de los laudos arbitrales. Si bien existen problemas en el desarrollo y aplicación del arbitraje, sus ventajas parecen ser mayores que sus desventajas, así al menos lo sugieren

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, "Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las Administraciones públicas, Justicia civil y combinación de sistemas de protección", Ponencia General presentada en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal, realizado en Heidelberg, Alemania, entre los días 25 y 30 de julio de 2011, p. 22.

los informes de distintos países que fueron recogidos y sistematizados por el profesor Neil Andrews.<sup>22</sup> Una de las primeras cuestiones que se valora positivamente es la rapidez del procedimiento y del resultado. La lentitud de los procesos judiciales hace que éste se transforme en una atractiva vía de solución de los conflictos, aun cuando en algunos países el arbitraje no sea todo lo rápido que debiera. A pesar de ello, todo indica que otro tipo de consideraciones –como la reputación de las instituciones ligadas al arbitraje– pesan mucho a la hora de decidir qué mecanismo utilizar para resolver una disputa comercial. Por otra parte, la neutralidad de los jueces árbitros se menciona como una de sus principales fortalezas. En algunos países, como en Rusia, éste es un elemento central para hacer del arbitraje una opción atractiva, pues asegura a las partes un resultado objetivo ajeno a todo tipo de influencias (“ausencia de corrupción”) en comparación con el sistema judicial.

Por su parte, la ejecutabilidad de los laudos arbitrales en el extranjero resulta ser otro de los rasgos atractivos de este mecanismo. Más de 140 países son parte de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. En muchos países existe la percepción que es más fácil ejecutar un laudo arbitral que una sentencia judicial, aun cuando existen casos y experiencias en que la Convención de Nueva York no siempre resulta ser la vía más expedita.

Suele señalarse como una ventaja del arbitraje sus bajos costos. Por lo general, una vez concluido el proceso arbitral, éste termina sin más trámites y sin revisiones posteriores ante otras instancias superiores. En principio, un arbitraje “one-stop” debiera resultar más rápido y más barato, pero la impresión general es que los arbitrajes no son más baratos que un procedimiento judicial, salvo excepciones. Los costos de un arbitraje pueden ser muy elevados en algunas áreas comerciales más complejas, que exigen la producción de cierta documentación especializada, la presencia de expertos o audiencias muy extensas.

Se critica al arbitraje el carácter “conservador” que posee. Según señala el profesor Andrews (Cambridge) se esperaría que el nuevo mundo del arbitraje fuese creativo y novedoso, pero en la práctica no existe mucha evidencia de ello. En efecto, se percibe una tendencia orientada a imitar los procedimientos judiciales: los árbitros se comportan como si fueran jueces estatales, huyen del riesgo y se limitan a aplicar las prácticas procesales de los tribunales por miedo a perder oportunidades de ser designados como árbitros en el futuro. En la actualidad asistimos a un debate muy interesante sobre la posibilidad de permitir a las partes que designen a un árbitro con “dos sombreros”, esto es, un tercero que por una parte actúa como un árbitro que decide y por otra, como

<sup>22</sup> ANDREWS, Neil, *Global perspectives on commercial arbitration*, General Report for the XIV Conference of the International Association of Procedural Law, Heidelberg, 2011.

un mediador que facilita un acuerdo ("med-arb"). Todo ello, por cierto, con el consentimiento de las partes.

Esta doble función del tercero neutral se observa en varios ordenamientos jurídicos, por ejemplo en Gales, los Países Bajos y Japón, donde la legislación permite (o incluso manda, como en China) al árbitro este "cambio de sombreros", privilegiando el resultado por sobre el proceso utilizado. Si bien esta doble función podría ser problemática, porque genera cierta confusión sobre las funciones del tercero neutral, a la luz de algunos ordenamientos jurídicos como el alemán y el chileno, a nadie llama la atención el importante rol que juegan los jueces ordinarios en la búsqueda de acuerdos entre las partes en instancias de conciliación judicial. Algo similar ocurre en los arbitrajes, los que en algunas legislaciones pueden finalizar con un acuerdo, si ello se produce durante el proceso<sup>23</sup>. Estos puntos de encuentro no hacen sino evidenciar una tendencia moderna orientada hacia una relación –aunque compleja– de mutua colaboración y apoyo entre la comunidad judicial y la comunidad arbitral. En Inglaterra, por ejemplo, esta actitud de colaboración se puede explicar porque muchos árbitros ejercieron en una primera etapa como *barristers* y luego fueron jueces de tribunales.

El profesor Andrews considera que de cara al futuro hay cinco cuestiones fundamentales de las cuales hay que hacerse cargo en materia de arbitraje. En primer término, se deben asegurar altos estándares en sus procedimientos y lograr un equilibrio entre la autonomía del arbitraje y la revisión judicial externa. En segundo lugar, considera importante aprovechar el potencial del arbitraje para proveer una eficiente y atractiva adjudicación. En tercer término, es necesario hacer frente a las problemáticas características de la justicia privada, como por ejemplo, cómo dar protección a las partes más vulnerables con leyes obligatorias y elementos de políticas públicas. En cuarto lugar, sugiere la idea de un "orden legal internacional" donde el arbitraje comercial continuará estimulando y desarrollando un sistema autónomo de las normas nacionales, ya sean sustantivas o procesales. Por último, y tal vez uno de las más interesantes y desafiantes tendencias es permitir que el árbitro pueda usar "dos sombreros", como resolutor final y como un mediador encargado de facilitar acuerdos entre las partes, y si ello no ocurre, pudiendo volver a su función de árbitro.

<sup>23</sup> A juicio del profesor Andrews, la relación entre el sistema judicial y los sistemas privados de solución de disputas (ya sea el arbitraje, la mediación o la conciliación) se asemeja a un matrimonio. A veces esta relación puede ser tempestuosa, y a veces, armoniosa, pero es siempre interesante. Por lo pronto, se advierten varios puntos en común entre ambos sistemas, por ejemplo, en el caso del arbitraje se espera que los árbitros den un trato igualitario a las partes y que sus decisiones sean razonadas. La experiencia muestra que, por lo general, los árbitros aplican normas sustantivas del sistema legal y sólo ocasionalmente son habilitados por las partes para crear normas de procedimiento.

## VII. PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE

Las pruebas no sólo están destinadas a establecer la verdad de los hechos, sino que también a justificar ante la sociedad la decisión adaptada por los tribunales. Las reglas que regulan la actividad probatoria están influidas por diversos factores (sociales, culturales, ideológicos, entre otros). A juicio del profesor Magalhães, redactor del Informe General sobre esta temática, es precisamente el *carácter social* de los procedimientos probatorios lo que hace que la prueba sea casi siempre objeto de polémica<sup>24</sup>.

Tres tipos de razones se aducen para explicar las reglas de exclusión de prueba. En primer lugar, aquellas que tienen en cuenta consideraciones ajenas al interés de la averiguación de la verdad procesal. En segundo término, aquellas que están basadas en el rechazo de ciertas informaciones, porque ellas podrían comprometer la corrección de la averiguación de la verdad. Por último, existe una tercera razón que combina los anteriores y que relaciona con el respeto a las garantías procesales en la actividad probatoria (*due process of law*), como el principio de contradicción y la imparcialidad del juez.

En este caso, las reglas de exclusión de prueba cumplen una *función política*, toda vez que se busca la protección de ciertos valores importantes para la sociedad, ya que el interés por la averiguación de la verdad debe convivir con otros intereses también protegidos por el ordenamiento jurídico. Por ello, en algunos países se prohíbe la utilización de pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales, en algunos casos a nivel constitucional como ocurre, por ejemplo, en Brasil y Grecia o nivel legal como sucede, por ejemplo, en Italia, Alemania y Chile. Las consecuencias de esta prohibición son variadas y dependen de la legislación de cada país. En Brasil, por ejemplo, una prueba obtenida de esta forma simplemente no puede entrar al proceso y debe ser retirada de los autos, mientras que en Italia ella debe ser inutilizada. En Holanda, por ejemplo, se prevé distintos tipos de consecuencias según los intereses protegidos por la regla aplicada.

Respecto a los efectos indirectos del reconocimiento de ilicitud, es decir, la determinación de la extensión del reconocimiento de la violación de la ley, también hay distintas posturas. Una posición –que tuvo su origen en jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos– afirma que la ilicitud de una prueba contamina a todas las demás (doctrina del “árbol envenenado”), no sólo por la relación de causalidad entre las pruebas, sino que principalmente por la finalidad de las reglas de exclusión: prevención de acciones ilegales de partes de las autoridades policiales. En oposición a lo anterior, otra postura acepta como

<sup>24</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, Informe General sobre “Métodos prohibidos y prueba obtenida ilícitamente”, presentado en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal, Heidelberg, 25 al 30 de julio de 2011.

admisibles los resultados indirectos de una prueba obtenida ilegalmente y, es más, propone graves restricciones a una regla general de inadmisibilidad. Ello se explica, porque el fundamento de las reglas de exclusión no es la preventión de la actividad policial, sino porque se considera que se debe privilegiar la búsqueda de la justicia por sobre los posibles defectos del procedimiento. El profesor Magalhães señala que, en general, en varios de los sistemas judiciales examinados la "doctrina del árbol envenenado" se acepta, pero con muchas restricciones.

Otro criterio que se aplica para determinar la utilización de pruebas prohibidas es el *principio de la proporcionalidad*. La prohibición de ingreso de ciertas informaciones al proceso por medios ilícitos debe ser limitada ante la protección de otros valores que interesan al ordenamiento jurídico. Se debe realizar un ejercicio de ponderación de intereses en conflicto para justificar la exclusión, es decir, "poner en la balanza" el interés en la obtención de la prueba vs. el valor cuya protección se anhela por la regla de prohibición. Así, se habla entonces de la razonabilidad o proporcionalidad en la aplicación de las reglas de exclusión.

Cabe señalar que ninguna de las legislaciones examinadas por el profesor Magalhães admite la posibilidad de utilizar pruebas obtenidas ilícitamente, esto es, con violación a los derechos fundamentales con la finalidad de reprimir formas más graves de criminalidad. Ahora bien, cuando la prueba prohibida puede ser utilizada para la protección de un derecho individual consagrado en la Constitución, la situación cambia. Una ponderación de los intereses en juego permite la admisión de la llamada prueba ilícita *pro reo*. Frente a la tensión que se advierte entre, por una parte, la prohibición de prueba ilícita y, por otra, la presunción de inocencia del acusado, la doctrina considera que debe primar esta última. Más allá de la protección de un derecho fundamental, al Estado le interesa evitar la punición de un inocente, razón por la cual existe la posibilidad de superar las prohibiciones de prueba a favor de la defensa, cuestión que ha sido desarrollada con distintas modalidades por la jurisprudencia de algunos países, como la estadounidense que ha sostenido que el derecho a la prueba de defensa es superior. En este segundo caso, las reglas de la exclusión se justifican porque tienen una *función procesal*. Se busca la corrección del juicio sobre los hechos, evitando que puedan ingresar en el proceso informaciones poco confiables, de este modo se deben rechazar ciertas informaciones cuando ellas comprometen la averiguación de la verdad de los hechos. Se trata de garantizar la corrección del proceso, previniendo errores de información, la cual sólo puede ingresar a través de determinados medios de prueba, si es posible se debe privilegiar la prueba de mejor idoneidad y conocimiento.

Por último, un tercer tipo de razones que se esgrimen para justificar las reglas de exclusión de pruebas se refieren a las garantías constitucionales procesales.

Se trata de una combinación, por un lado, del interés de protección de los derechos fundamentales y, por otro, del objetivo de la búsqueda de la verdad. Una marcada característica de las cartas constitucionales contemporáneas es el reconocimiento de las garantías del Debido Proceso o proceso justo (*fair trial*), las que se encuentran aplicación en el desarrollo de la actividad probatoria.

### VIII. TARDE ABIERTA (*OPEN AFTERNOON*)

Dentro del programa del XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal se contempló una actividad denominada “Tarde abierta” (*Open Afternoon*) consistente en la presentación de *papers* de profesores provenientes de diversas universidades, como por ejemplo de Polonia, Holanda, Bulgaria, Israel, Austria o Uruguay, por mencionar algunas. Organizada en mesas de trabajo paralelas, la “Tarde Abierta” permitió a los asistentes observar una amplia e interesante gama de trabajos académicos presentados por más de 25 participantes. Temáticas como “Repensando la armonización del derecho jurisdiccional”, “Una propuesta de reforma del concurso de persona física en el derecho español” o “El concepto de proporcionalidad en el proceso civil” fueron algunas de las ponencias presentadas las cinco mesas de trabajo efectuadas durante el Congreso.

Una de las ellas concentró a un grupo de profesores latinoamericanos, donde se pudo discutir sobre reformas judiciales en curso en varios países; sobre la judicialización y políticas públicas; sobre el rol de los jueces en democracia o sobre procedimientos civiles específicos, como el de acciones de clase. Luego de lo cual se dio paso a un interesante debate e intercambio de experiencias y opiniones acerca del estado actual del proceso civil en nuestro continente.

Así fueron expuestos los siguientes trabajos: a) “El nuevo proyecto de Código Procesal Civil brasileño”, a cargo del profesor Alexandre Freitas Câmara, de la Escuela de la Magistratura de Rio de Janeiro (Brasil); b) “Jueces en democracia: la relación entre el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo”, a cargo del profesor Jaime Greif de la Universidad de la República de Montevideo (Uruguay); c) “Las acciones de clase en Argentina y Brasil”, presentado por el profesor Francisco Verbic de la Universidad de La Plata (Argentina); d) “El oficial de ejecución en la reforma a la justicia civil en Chile”, a cargo de la profesora Macarena Vargas de la Universidad Diego Portales (Chile).

Digno de destacar fue el trabajo presentado por la Prof. Vargas, que indaga la figura de los oficiales de ejecución que incorpora el proyecto de Código Procesal Civil chileno e intenta delimitar los principales rasgos que caracterizan esta nueva figura y las posibles alternativas orgánicas que puede asumir, todo ello a la luz del derecho procesal civil europeo. La profesora Vargas considera que el constante intercambio de bienes y servicios entre las personas y los potenciales conflictos que pueden suscitarse en torno al recaudo y cumplimiento de las

obligaciones pactadas exigen al Estado poner a disposición de los ciudadanos mecanismos eficientes para la tutela del crédito. De allí que la ejecución no sea un elemento secundario o accidental de la labor jurisdiccional, sino que constituye un dispositivo central para la protección de los derechos de las personas. Ello obliga, entonces, al diseño de sistemas de tutela del crédito efectivos que permitan hacer cumplir los documentos ejecutivos que reconocen una deuda y que constituyen cosa juzgada. Así, uno de los aspectos más importantes a tener en consideración al momento de diseñar un procedimiento de ejecución dice relación con los agentes encargados de hacer cumplir (ejecutar) los títulos ejecutivos.

#### IX. CONCLUSIONES Y PROSPECTIVA

Sin duda el marco de discusión internacional y las semejanzas de problemas como de soluciones propuestas a partir de la revalorización de la justicia no sólo en el derecho sustantiva, sino también en el proceso nutren valóricamente y con necesidad al proceso contemporáneo. Desde los fenómenos de intercambio y hasta difícil diferenciación de las otras "culturas jurídicas", hasta los proyectos de leyes modelos. El ejemplo de una realidad unificada pero perfectible en el arbitraje internacional, nos hacen ver un camino más fundado en la armonización que en la utopía de la unificación según lo dijera en la conferencia inaugural el Prof. Taruffo. Partiendo del debido y justo proceso es que se reexaminan los mecanismos existentes en materia de insolvencia y cooperación judicial internacional.

La Asociación Internacional de Derecho Procesal tiene un nuevo presidente en la persona del honorable Profesor de París I, don Loïc Cadet, que sin duda coadyuvará a una mayor interacción de la Asociación con los jóvenes procesalistas y las cada vez más débiles fronteras entre culturas procesales, no obstante la variedad de idiomas y tradiciones. Se lanza en este congreso, igualmente, la Revista oficial de la Asociación y se espera con ansias el nuevo encuentro a realizarse en unos años más, esta vez en Estambul.

