



REFLEXIONES DE LOS REDACTORES SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL TRANSNACIONAL

La idea

La publicación de este trabajo por el American Law Institute y por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en el año 2005, completa un proyecto que se originó alrededor de 10 años antes.

El Profesor Michele Taruffo y yo concebimos la idea en una conversación durante un intervalo para café en una conferencia internacional sobre procedimiento civil comparado, en la cual estuvimos compartiendo reflexiones sobre nuestras colaboraciones previas en esa materia. El Profesor Taruffo, de la Universidad de Pavia, es un experto prominente en la comparación de procedimientos, especialmente en varios sistemas de *civil law*, que incluyen los de Alemania, Francia, España y, por supuesto, Italia. Yo he sido por largo tiempo un estudiante de los procedimientos del *common law*, en particular de su historia y de sus variaciones en los sistemas jurídicos federales en los Estados Unidos. En nuestro trabajo previo con el Profesor Taruffo habíamos tratado problemas tales como la revelación de prueba (*discovery*), la carga de la prueba y la cosa juzgada. Terminamos también un libro sobre el sistema norteamericano dirigido a abogados de otros países y a mentes inquietas en los Estados Unidos.¹

La idea básica para el proyecto de proceso civil transnacional era simple: si un abogado de *civil law* y otro de *common law* podían tan cómodamente llegar a entenderse, las materias de su conocimiento profesional debían ser fundamentalmente similares. Y si las materias eran similares, debía ser posible formular un único sistema en términos recíprocamente coherentes. Afortunadamente, el Profesor Taruffo hablaba inglés fluidamente, así como también varias lenguas romances, porque – siendo norteamericano – yo no era políglota (aunque tenía una base de latín y de

¹ Geoffrey Hazard and Michele Taruffo, *American Civil Procedure* (New Haven, CT: Yale Univ. Press., 1993).

Reflexiones de los redactores

castellano. Creo que fue igualmente importante que con el Profesor Taruffo hayamos ejercido la abogacía continuamente en nuestros respectivos sistemas además de ser expertos académicos.

La propuesta

Nuestra propuesta fue un proyecto para redactar un código de procedimiento civil que sería inteligible y utilizable tanto en regímenes de *civil law* como de *common law*. Teníamos la esperanza que el proyecto fuera aprobado para ser subvencionado por el American Law Institute. A esa altura, yo estaba por retirarme como Director (director ejecutivo) del Instituto; mi relación como Director había sido buena, por eso considerábamos que las perspectivas de aprobación eran favorables. De hecho, antes de presentar nuestra propuesta al Consejo del ALI, el Profesor Taruffo y yo habíamos pasado ya más de un año en la redacción preliminar del producto final, logrando de esa forma estar satisfechos de que la empresa era en realidad viable.² Tomando en consideración el potencial conflicto de intereses por parte del Director, el ALI designó un comité especial para tratar la propuesta. La revisión fue positiva y el proyecto aprobado, aunque (como supimos posteriormente) con algún temor.

Sin embargo, en deliberaciones sobre el proyecto, se reconoció que, si era posible, debería ser subvencionado en conjunto con otra organización que tuviera reputación internacional. El ALI es una organización norteamericana de profesionales del derecho, sin fines de lucro y no gubernamental, que incluye jueces, abogados y profesores de derecho. Ella tiene un largo y ampliamente reconocido historial de serios compromisos en proyectos promoviendo la “clarificación y simplificación” del derecho, para utilizar una frase de sus estatutos. El Instituto fue el único sponsor de la mayoría de sus proyectos, que incluyen los Restatements of the Law (por ejemplo en Contratos y en Ilícitos Civiles) y en proyectos legislativos tales como el Código Penal Modelo y el Código Modelo de Prueba. Sin embargo, el Instituto había también emprendido proyectos en cooperación con otras organizaciones. Por varios años nosotros habíamos continuado un desafiante pero muy prometedor proyecto en derecho de la insolvencia

² Recordamos un patético escenario en la historia intelectual de Occidente: Muchos de los académicos que huyeron de los nazis en los años treinta después obtuvieron subvenciones de investigación norteamericanas sobre las bases de trabajos proyectados que de hecho ellos ya habían terminado antes de dejar Europa. Así, sabíamos que un experimento propuesto es muy probable que sea exitoso cuando está basado en un prototipo previamente probado.

Reflexiones de los redactores

comparado con pares de Canadá y de México.³ Por varios años el Instituto ha cooperado con otras organizaciones norteamericanas en desarrollar y después revisar el U.S. Uniform Commercial Code. Los afiliados del Instituto incluían un número de expertos jurídicos, jueces, y abogados de otros países, en particular de Inglaterra, Alemania y Canadá.

UNIDROIT era la “indicada” para la participación conjunta. Esa organización y el ALI tenían una relación cordial originada en el trabajo de UNIDROIT y en la publicación de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales. Ese trabajo fue moldeado en parte sobre los ALI Restatements. También, el fallecido Profesor Allan Farnsworth de la Universidad de Columbia fue miembro del Consejo de UNIDROIT y miembro y Relator del Restatement Second of Contracts de ALI. UNIDROIT manifestó su interés en explorar la posibilidad de un *joint venture*.

La evaluación de UNIDROIT

UNIDROIT comprometió al Profesor Rolf Stürner de la Facultad de Derecho de la Universidad de Freiburg para hacer una evaluación de la propuesta. El Profesor Stürner tenía la capacitación ideal. Él es juez, además de un destacado experto en procedimiento civil comparado y tiene una vasta experiencia en ocuparse de procedimientos de *common law*. Junto con Peter L. Murray, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, él había emprendido también un proyecto importante que tuvo como resultado un libro, *German Civil Justice*,⁴ que involucraba la comparación del sistema jurídico alemán con el de los Estados Unidos.

El Profesor Stürner presentó un informe a UNIDROIT dando la aprobación con algunas salvedades de un proyecto que implicaba un *joint venture*. Esa aprobación cubría el concepto y su probable factibilidad. La principal salvedad fue que el proyecto debería dirigirse a la formulación de principios de derecho procesal civil más que a un código de normas. Sobre esta base, y después de algún debate posterior, el *joint venture* fue aprobado.

El ALI y UNIDROIT convocaron un Grupo de Trabajo conjunto, de conformidad con sus procedimientos usuales para proyectos. El Grupo de Trabajo estaba conformado por el Profesor Stürner y yo como co-relatores, un presidente y los siguientes miembros:

³ American Law Institute, *Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries* (Huntington, NY: Juris Publishing, Inc., 4 volumes, 2003).

⁴ Peter Murray and Rolf Stürner, *German Civil Justice*, (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2004).

Reflexiones de los redactores

Profesor Neil H. Andrews, Clare College, Universidad de Cambridge, Cambridge, Inglaterra

Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, Juez de la Suprema Corte de Mendoza, Mendoza, Argentina

Profesora Frédérique Ferrand, Universidad Jean Moulin, Lyon, Francia

Profesor Masanori Kawano, Facultad de Derecho de la Universidad Nagoya, Japón

Profesor Pierre Lalive, Universidad de Ginebra, Suiza

El presidente del Grupo de Trabajo fue el señor Ronald T. Nhlapo de la Comisión de Derecho Sudafricano. Los otros miembros del mismo eran todos especialistas en procedimiento civil, con gran experiencia y conocimiento de derecho comparado. El señor Nhlapo fue excepcionalmente eficiente como presidente, a pesar del hecho de no ser un especialista en ese campo o tal vez precisamente por esa razón. El Dr. Antonio Gidi del ALI y el Profesor M. J. Bonell de UNIDROIT se desempeñaron como coordinadores, actuando el Dr. Gidi también como Secretario.

El Grupo de Trabajo ALI/UNIDROIT

El Grupo de Trabajo ALI/UNIDROIT se reunió en sesiones de una semana al año durante un período de cuatro años. En cada reunión, se presentaba un texto completo del trabajo para su debate pormenorizado. El texto así presentado cada año había sido desarrollado por el equipo de Relatores que modificaban el borrador anterior. Los co-relatores del Grupo de Trabajo recibieron el consejo valioso y la ayuda del Dr. Antonio Gidi. El Dr. Gidi recibió su formación jurídica inicial en Brasil; posteriormente obtuvo su diploma de Master en Italia y un doctorado en procedimiento civil comparado en Brasil y en los Estados Unidos. En todo momento, él llevó la carga de conservar el texto y asegurar la exactitud de las revisiones. También, él se mantuvo constantemente alerta a las sutiles diferencias entre los enfoques de *common law* y *civil law*.

Al Grupo de Trabajo se le encomendó que revisara el texto, cuestionara disposiciones controvertidas o difíciles de entender y sugiriera alternativas o enfoques alternativos. Gracias a la calificación y cortesía de sus miembros, todos los debates fueron realizados en inglés, aunque el francés tiene un status equivalente en el trabajo de UNIDROIT. Se hicieron versiones interinas en francés para facilitar la aclaración del significado, y una versión francesa completa del texto final. Afortunadamente, el dominio del inglés de todos los participantes facilitó un método de debate libre e informal.

Reflexiones de los redactores

Vale la pena enfatizar este método de debate. Después de alguna incomodidad al principio, el debate prosiguió sin las introducciones elaboradas ni las expresiones de respeto y deferencia a menudo típicas en las deliberaciones internacionales. Por el contrario, el debate fue simple, directo, profesional y receptivo. El objetivo común era “hacerlo bien”. Uno puede decir que el borrador de un texto es una serie de preguntas en forma de respuesta. El objetivo común era dar “la respuesta” lo mejor posible.

El Procedimiento del ALI

Mientras tanto, el American Law Institute procedió de conformidad con sus métodos habituales. Éstos comprendían la designación de los Relatores (el Profesor Taruffo y yo fuimos designados co-relatores, y el Dr. Gidi fue designado primero, relator adjunto y luego, relator asociado), la selección de los Asesores, y el reclutamiento de un Grupo Consultivo de Miembros. En los procesos de proyectos del ALI, los Asesores son elegidos por el Director luego de consultar con el Consejo del Instituto, sus funcionarios, y el Relator. El Director es el Profesor Lance Liebman de la Facultad de Derecho de Columbia, quien me sucedió en ese cargo en 1999. El funcionario principal al comienzo del proyecto era el Profesor Charles Alan Wright, el Presidente. Luego de la muerte prematura del Profesor Wright en el 2000, Michael Traynor asumió como Presidente. El Profesor Wright, el señor Traynor y el Profesor Liebman estuvieron todos muy interesados y apoyaron la empresa.

Entre los Asesores del ALI se hallaban jueces prominentes, abogados y expertos académicos de los Estados Unidos y también de otros países. Los Asesores norteamericanos incluyeron al Profesor Edward H. Cooper y la Decana Mary Kay Kane, coautores de un prominente tratado sobre procedimiento bajo las Normas Federales de Proceso Civil Norteamericanas. Ellos proporcionaron comentarios detallados sobre cada borrador. Entre otros Asesores del ALI había jueces, abogados y expertos académicos de Australia, Canadá, China, Inglaterra, Francia, Grecia, Hong Kong, Italia, Japón, Corea, México, Rusia, España y Suiza. El Grupo Consultivo de Miembros del ALI incluyó muchos otros norteamericanos y también miembros del ALI de Australia, Canadá, Italia, México, Filipinas y Singapur. Además numerosos colegas de países de todo el mundo participaron en una o más conferencias que trataban el proyecto. Sus nombres están listados como Consultores Internacionales.

El procedimiento seguido para las deliberaciones del ALI es similar esencialmente al utilizado en el Grupo de Trabajo de ALI/UNIDROIT. Sin embargo, en el procedimiento del ALI el texto en cada etapa pasa por tres revisiones, primero por los Asesores y el Grupo Consultivo de Miembros,

Reflexiones de los redactores

después por el Consejo del ALI, y finalmente por los miembros en su Asamblea Anual celebrada cada mayo.

Principios y Reglas

El ALI aceptó la propuesta de UNIDROIT de que el proyecto formulara principios de procedimiento civil en vez de un código. En la primera reunión del Grupo de Trabajo, el Profesor Stürner presentó un borrador preliminar de principios y el Profesor Andrews presentó otro. Esos borradores fueron adoptados como base para la discusión y trabajo posterior en lugar del formato de código creado originalmente. A medida que el trabajo avanzaba, se prestó mayor atención a los Principios, dando sólo atención incidental a las Reglas redactadas previamente. En el camino se decidió firmemente que el producto final serían los Principios. Sin embargo, las Reglas debían ser revisadas para que se ajustaran a los Principios, para ser designadas como el trabajo de los Relatores en vez del proyecto de los sponsors y para ser consideradas un ejemplo de cómo los Principios podrían ser implementados en la práctica. Tal es el producto terminado.

Sin embargo, la decisión de enmarcar el proyecto como Principios dejó abierta una cuestión central: ¿Cuál es el nivel de detalle adecuado en la expresión de “principios” jurídicos, en particular y no de “normas” jurídicas o de un “código”? Esta pregunta planteó tres tipos de problemas. Primero, como una cuestión técnica, ¿qué nivel de detalle es adecuado para cumplir con los propósitos del proyecto en la etapa de implementación? En esa etapa, las generalizaciones tienen una aplicación limitada, dado que como afirma el dicho, el diablo está en los detalles. Por ejemplo, el principio de notificación equitativa puede ser formulado muy simplemente como “notificación equitativa”. Pero la especificación del contenido de la notificación y el procedimiento para cursarla son detalles importantes; los Principios exigen que se incluya una copia de la demanda. Y como un aspecto de la notificación, los Principios requieren que un tribunal averigüe si se ha cumplido con el procedimiento de notificación antes de dictar una sentencia por falta de comparecencia del demandado, lo cual es un detalle importante también. En forma acumulativa, la especificación a este nivel de detalle expresa una concepción mucho más concreta del procedimiento contemplada en el producto terminado.

Segundo, como una cuestión práctica, si fuera adoptado el proceso basado en los Principios tendría que encontrar cabida dentro de los sistemas jurídicos existentes. Ningún texto jurídico, aún un código en la tradición Justiniana clásica, es completamente independiente. Desde el punto de vista de la redacción, por una cuestión práctica no todos los temas de detalle pueden ser tratados dentro de las limitaciones de tiempo y de

Reflexiones de los redactores

capacidad intelectual en un proyecto dado. De ahí, que era necesario presuponer la existencia de un sistema procesal local y remitirse a las normas de ese sistema para un sinnúmero de pormenores. La fuerza de esa consideración va obviamente en el sentido opuesto al del requerimiento antes mencionado, de proveer detalles técnicos. El equilibrio debe ser tenido en cuenta siempre.

Tercero, como cuestión diplomática, una propuesta de reforma no debería exigir más cambios que los necesarios a un sistema de normas existente. En mi experiencia del escenario norteamericano por lo menos, la reforma exitosa es esencialmente conservadora; cuanto más significativo es el propósito más conservadora es la implementación.

En general, el Grupo de Trabajo, los Asesores y los Relatores consideraron que era necesario un nivel de detalle bastante preciso para expresar nuestra concepción de los procedimientos que eran recomendados. Sin embargo, sobre una cantidad de cuestiones nosotros decidimos dejar de lado algunas previsiones del borrador que parecían demasiado específicas. Muchas de estas decisiones están reflejadas en la secuencia de borradores a medida que el trabajo avanzaba.

Alcance: “Litigios comerciales transnacionales”

Los Principios y Reglas están diseñados para su administración en un grupo relativamente pequeño de litigios civiles. La primera delimitación del alcance es a las transacciones transnacionales. En relación a esta limitación, relativamente pocas disputas tratadas en el sistema jurídico de cualquier régimen surgen de transacciones o eventos que tienen una dimensión internacional, a diferencia de las completamente domésticas. La segunda limitación es a los litigios “comerciales”. Relativamente pocas disputas jurídicas surgen de transacciones comerciales, a diferencia de accidentes de vehículos a motor, divorcios y otras cuestiones de relaciones familiares, disputas laborales, etcétera. Por lo tanto, un tema al comienzo y a lo largo del proyecto, fue si valía la pena un proyecto de alcance tan limitado.

El fundamento para limitar el alcance tiene dos aspectos, positivos y negativos. La consideración positiva era que las partes en transacciones de comercio internacional y sus representantes legales, tienen en general una comprensión cabal de las disputas jurídicas. De ahí, que podrían aceptar la idea de un enfoque cosmopolita de la justicia procesal y por ello, ser receptivas a la idea de un conjunto de procedimientos “neutral”, más que otros enraizados en distintas culturas jurídicas nacionales. Segundo, la consideración negativa o excluyente era que la mayoría de los sistemas jurídicos modernos tienen varios códigos procesales diferentes para distintas

Reflexiones de los redactores

categorías de disputas jurídicas, que implican modificaciones del régimen procesal civil básico del sistema. Ningún sistema jurídico moderno tiene un sistema procesal único para todos los litigios civiles. Las variantes conocidas incluyen procedimientos en disputas laborales, en divorcios y otras cuestiones de relaciones familiares y en procesos de quiebra. Estas están todas excluidas de los Principios del proceso civil transnacional, evitando así muchas complicaciones. Otra categoría excluida es la de los litigios por daños personales (especialmente los accidentes de auto y los reclamos por productos defectuosos que causan daño a las personas). Esta categoría es destacada en los Estados Unidos, donde las estructuras de fondo de atención médica y seguro de incapacidad son tan diferentes a las que se encuentran en la mayoría de otras economías modernas. Tratar de ocuparse de esa categoría en este proyecto, aunque sería sin duda apreciado por muchos europeos, hubiera sido extremadamente polémico en los Estados Unidos.

Esto no significa decir que el sistema procesal delineado en los Principios no podría ser adoptado para la resolución de otros tipos de disputas además de aquellas que surgen del comercio internacional. Efectivamente, sistemas esencialmente similares al de los Principios funcionan hoy en litigios en general ante tribunales domésticos en todo el mundo. Así nos fue informado, por ejemplo, en relación a los sistemas básicos en Australia, Canadá y Filipinas. Además, la definición de “comercial” es en alguna medida diferente, de un sistema jurídico a otro. Está previsto que se requeriría una definición más precisa del alcance en cualquier sistema de normas procesales basado en los Principios.

Escritos iniciales de formulación de pretensiones, revelación de prueba y audiencia decisoria

Una disputa jurídica civil requiere tomar en cuenta las normas jurídicas, los hechos y la prueba. Las normas jurídicas incluyen aquellas que rigen las cuestiones procesales, tales como la forma en la cual serán identificados y resueltos los puntos controvertidos; las normas jurídicas sustantivas, tal como la ley del contrato; las normas que rigen las indemnizaciones, tales como aquellas para la estimación de los daños; y a veces normas de derecho internacional privado o de conflicto de leyes. “Hechos y prueba”, términos comúnmente usados por los abogados en los sistemas civiles, incluyen conceptos de pertinencia y de inferencias probatorias (i.e., cuestiones fácticas a ser probadas) y prueba documental, testimonial y de peritos (i.e., medios para probar cuestiones de hecho relevantes). Un tribunal debe estar informado adecuadamente tanto del derecho como de los hechos y

Reflexiones de los redactores

las partes o sus abogados deberán tener una oportunidad razonable para aportar información en consecuencia.

Está reconocido universalmente que el vehículo inicial para los argumentos de hecho y de derecho es el escrito inicial de formulación de pretensiones (*pleading*), primero en la demanda del accionante y después en la contestación del demandado. Está reconocido casi universalmente que el demandante debería explicar en detalle las bases fácticas de su pretensión, sean basadas en un contrato escrito o en el transcurso de una contratación, o en algún tipo de *tort* (acto ilícito civil en el término del *common law*) o ilícito civil (el término de *civil law*). Esa es la regla en todos los sistemas procesales modernos excepto en las Normas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos. Bajo la Norma Federal de Estados Unidos (la que ha sido también adoptada por muchos sistemas de tribunales estatales), el demandante tiene permitido entablar el “*notice pleading*”, que sólo requiere una referencia general a la transacción sobre la cual se basa la demanda. Sin embargo, en la práctica real las pretensiones de los demandantes en los litigios estadounidenses están formuladas con el mismo nivel de detalle que en los otros regímenes. Los abogados de los demandantes en los litigios norteamericanos hacen esto principalmente porque quieren que el juez, ante quien se presentarán las pretensiones durante la tramitación del caso, entienda los hechos según la versión del demandante y que comprenda que el caso del demandante tiene méritos auténticos. También, contrariamente a la calumnia popular, los abogados de los demandantes en los Estados Unidos generalmente examinan cuidadosamente las posibilidades de éxito de una pretensión antes de interponer la demanda.⁵ El examen cuidadoso de las posibilidades de éxito de un caso, habitualmente proporciona información suficientemente detallada que permite que de hecho se pueda cumplir con el requisito de “hacer alegaciones de los hechos del caso”.

En cualquier caso, en los litigios comerciales el demandante normalmente tiene un conocimiento bastante preciso de las bases fácticas de su pretensión. Además, ya que el litigio es internacional, existe la posibilidad de alguna “discordancia cultural” aún entre países de la comunidad occidental. La especificidad en la formulación de la demanda y similar

⁵ Este patrón de conducta es una cuestión de interés propio por parte de los abogados de los demandantes así como de responsabilidad profesional. Si se tramita un caso en base a un honorario contingente (situación que se da a menudo), el abogado invirtió tiempo y esfuerzo y normalmente gastos del juicio también, tales como los honorarios de peritos. A los abogados no les gusta hacer malas inversiones. Cuando un caso se tramita en base a un honorario fijo, el abogado normalmente debe estar preocupado en no malgastar el dinero del cliente en un caso débil.

Reflexiones de los redactores

especificidad en la contestación del demandado reducen los efectos posibles de tal discordancia. Por ello, los Principios requieren que la formulación de las bases fácticas de la demanda y de la contestación sea razonablemente específica.

En los sistemas de *civil law*, el demandante está también obligado a indicar las bases jurídicas de su pretensión. En los sistemas de *common law* tradicionales, las bases jurídicas pueden mantenerse implícitas para ser inferidas de las alegaciones fácticas. Sin embargo, la explicación de las bases jurídicas de una pretensión es al menos habitual en algunos sistemas de *common law*. Tal explicación se requiere en algunos casos en los tribunales federales en los Estados Unidos, por ejemplo, a fin de cumplir con los requerimientos jurisdiccionales. Los Principios exigen tal explicación en todos los casos, en parte por la misma razón, es decir, para que el tribunal pueda resolver si el caso está regido por este procedimiento en vez del derecho procesal general. También, en las disputas internacionales existen menos razones para confiar en que los jueces estarán inmediatamente familiarizados con el derecho de fondo que deberá aplicarse.

Un demandante puede hacer alegaciones fácticas específicas sólo sobre la base de tener “en la mano” por así decirlo, evidencia con la cual eventualmente probará el caso. Sin embargo, un demandante puede no contar con prueba suficiente de algún elemento de su pretensión exigido jurídicamente o faltarle evidencia corroborativa para sustentar la prueba de tal elemento, mientras que sabe o cree que tal prueba está en posesión del demandado o de algún tercero. (Por ejemplo, un tercero importante en transacciones comerciales podría ser un banco involucrado en gestionar una transferencia de dinero). La prueba potencialmente disponible puede ser positiva en tanto ella tendería a probar el aserto controvertido, o negativa en tanto ella podría contradecir o menoscabar el aserto. Una situación similar puede enfrentar el demandado con relación a la prueba para su defensa, tal como un pago o una renuncia.

El problema procesal es la definición de las circunstancias, si las hubiera, bajo las cuales una parte buscando esa prueba puede requerir que la parte contraria o un tercero la aporten. En la jerga internacional y en algunas del *common law*, este es el problema de la “*discovery*”. El problema es muy delicado, en gran medida por la experiencia con las demandas de documentos desmesuradas provenientes de los litigios en los Estados Unidos.

Por un lado, parece profundamente injusto que una parte pueda retener o evitar la revelación de prueba que podría resolver o ser un sólido indicio para la resolución de una cuestión decisiva en una disputa jurídica. Esta consideración es válida, aún permitiendo el reconocimiento de los derechos a la privacidad o confidencialidad generalmente reconocidos,

Reflexiones de los redactores

incluso la protección de las comunicaciones entre cliente y abogado como se reconocen en los Principios. Esta consideración se vuelve más convincente en las condiciones modernas, cuando la prueba relevante generalmente toma la forma de documentos (y ahora de e-mails) en algún depósito público o privado y no simplemente del testimonio de un testigo presencial. Por el otro lado, existen derechos o al menos intereses de privacidad, aún para las partes que invocan la autoridad coercitiva del Estado a través del litigio. Y la idea de que un contendiente pueda revisar los archivos de otro, mediante una “*fishing expedition*”, es aborrecible para algunas mentalidades y al menos problemática para todos.

El *civil law* ha tratado generalmente de hacer frente a este problema en dos formas distintas. Una es que la parte en disputa puede tener un derecho protegido sustancialmente a un documento en posesión de otro. Un ejemplo es el derecho del depositante a la información del banco sobre su cuenta. Otro enfoque es el ejercicio del poder del tribunal para requerir que se aporte tal prueba una vez que su existencia y pertinencia se han hecho evidentes a través de una audiencia preliminar. El *common law* ha hecho frente al problema mediante la definición de los documentos sujetos a revelación. Tal definición sencillamente incluye documentos específicamente identificados cuya pertinencia es evidente. No es tan fácil una definición de documentos por categoría, cuando la parte requirente debe designar una categoría cuyo contenido material es desconocido. La definición clásica del *common law* se encuentra en el caso inglés *Peruvian Guano*⁶, en un lenguaje que es claro en el concepto pero inevitablemente ambiguo en su aplicación. Las Normas Federales de los Estados Unidos en gran medida evitaron la ambigüedad a través de una definición muy amplia de la aptitud para ser revelado: cualquier material que “parezca razonablemente intencionado para conducir al descubrimiento de prueba admisible”.⁷ Esa definición ha sido muy polémica, no sólo fuera de los Estados Unidos. Los Principios persiguen un fundamento cercano al de *Peruvian Guano*, pero reconociendo que la aplicación del concepto puede ser modificada a medida que el caso avance más allá de la etapa de los escritos iniciales.

La etapa final de un litigio civil es la audiencia decisoria. Tradicionalmente, los sistemas de *civil law* tienen una serie de audiencias, primero para identificar las cuestiones controvertidas, después para

⁶ Los términos del tribunal son los siguientes: *Compagnie Financière v. Peruvian Guano Co.*, Ct. Appeal, 11 QBD 55, 20 Dec. 1882, per Brett, L. J.: “los documentos ... que, no es irrazonable suponer, ... contienen información que puede, directa o indirectamente, permitir a la parte ... hacer avanzar su propio caso o perjudicar el caso de su adversario.”

⁷ Normas Federales de Procedimiento Civil, Norma 26 (b) (1).

Reflexiones de los redactores

producir la prueba esencialmente cuestión por cuestión hasta que se alcance el punto de decisión. Tradicionalmente, el *common law* contemplaba un único “juicio” en el cual todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, serían resueltas. Sin embargo, muchos sistemas de *civil law* apuntan ahora hacia audiencias concentradas, en las cuales todas o la mayoría de las cuestiones probatorias son resueltas. Y los sistemas de *common law* hace mucho tienen audiencias previas al juicio para la identificación de las cuestiones cruciales, planificación y organización de los procedimientos posteriores y la consideración de peticiones dispositivas, tales como la petición de desestimación y la petición de sentencia de puro derecho.

Vistos funcionalmente, estos dos enfoques se parecen cada vez más. Los sistemas de *civil law* se han inclinado a consolidar la interacción entre el tribunal y las partes en una menor cantidad de audiencias con alcance más amplio, mientras que los sistemas de *common law* han reconocido que generalmente es necesaria más de una etapa para tal interacción. En cualquier caso, en litigios comerciales significativos, especialmente los de carácter internacional, un proceso justo requiere planificación, coordinación y la programación del procedimiento ante el tribunal en la menor cantidad de audiencias posibles.

Es terreno conocido que en un caso juzgado sin jurado, el juez (o jueces en un panel de varios jueces) decide tanto las cuestiones de hecho como las de derecho. Es también sabido que el tribunal deberá proporcionar fundamentación por escrito de sus decisiones importantes, especialmente aquellas que resuelven la cuestión de fondo. Los Principios también reconocen que deberá existir el derecho de apelación ante el tribunal de primera instancia, pero esa referencia deberá hacerse al derecho local para los procedimientos de apelación.

Finalmente, con relación a la resolución de las cuestiones de hecho y a la aplicación de normas jurídicas a la prueba controvertida, se halla la cuestión del juicio por jurado. Ningún sistema jurídico fuera de los Estados Unidos utiliza jurados en los litigios civiles, excepto para categorías muy limitadas de casos que generalmente no incluyen litigios comerciales. Sin embargo, en los Estados Unidos, el juicio por jurados es generalmente una materia de derecho constitucional en los tribunales federales y en los estatales, aún en litigios comerciales complejos. Los Principios simplemente dan prioridad al derecho del foro sobre esta cuestión, como corresponde cuando derechos constitucionales domésticos se hallan involucrados. Los Principios son compatibles con el derecho al juicio por jurados si se hace la adecuación local apropiada con relación a las normas de prueba y a la técnica de instrucción judicial al jurado sobre las normas jurídicas que lo rigen. La revelación exhaustiva de prueba (*discovery*), especialmente las

Reflexiones de los redactores

declaraciones extrajudiciales (*depositions*) en la forma prevista por las Normas Federales de los Estados Unidos, es ahora habitual en los Estados Unidos en disputas juzgadas ante un jurado, pero no es esencial en un sistema de juicio por jurados. Los procesos esencialmente similares a los previstos en los Principios predominan en la mayoría de los litigios civiles en los Estados Unidos bajo las garantías constitucionales del juicio por jurados como funcionaban antes de la adopción de las Normas Federales, que recién ocurrió en 1938.

Conclusión

Al comienzo del proyecto de los Principios del proceso civil transnacional, muchos observadores pensaron que la empresa sería demasiado “norteamericana”. En distintas etapas del proyecto, muchos observadores norteamericanos pensaron que el proyecto había asumido un matiz europeo o más aún continental. Los Relatores han pensado que el sistema elaborado en los Principios era muy similar a por lo menos uno de los diversos sistemas procesales civiles predominantes en sus respectivos países de origen. Sin embargo, como observara la señora Juez Kemelmajer de Carlucci del Grupo de Trabajo ALI/UNIDROIT en relación a uno de los muchos detalles tratados, “Esta idea parece justa y yo la apoyo, aun cuando no es parte del sistema de mi país”. Esa fue la actitud predominante durante el transcurso del proyecto. Tal vez los Principios estén bastante bien.

GEOFFREY C. HAZARD, JR.

22 de noviembre de 2004