

LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA CIVIL EN EL MUNDO GLOBALIZADO*

The fundamental warranties of the civil justice in a globalized world

Michele Taruffo

Doctor en Derecho por la Universidad de Pavia, Italia, donde ejerce la docencia y la investigación desde 1965 como profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil.
taruffo@unipv.it

Palabras clave

Garantías procesales, justicia civil, derechos ciudadanos, tutela judicial, globalización.

Key Words

Procedural warranties, civil justice, citizen rights, due process of law, globalization.

Pp. 81-93

Resumen

En el presente artículo se elabora un análisis de la “constitucionalización” de las garantías fundamentales y de la evolución de la justicia civil en el siglo XX, visto como un importante fenómeno en los ordenamientos del common law; se revisan los planteamientos en material de justicia civil y garantías fundamentales en diversos documentos constitucionales y declaraciones internacionales de los Derechos del Hombre. El autor, lejos del análisis comparativo, parte de una constatación de orden general para desarrollar a partir de ellas algunas implicaciones; como, por ejemplo, el hecho de que, a pesar de las divergencias, nos encontramos frente a la idea fundamental de que existe un núcleo esencial de principios irrenunciables que gobiernan la administración de la justicia civil en los ordenamientos evolucionados.

* Traducción del italiano de Jesús Ibarra Cárdenas.

Abstrac

On this article an analysis about the “constitutionalization” of the fundamental warranties and the evolution of the civil justice on the xx century is elaborated, seen as an important phenomenon on the order of the common law; the approaches on civil justice matter and fundamental warranties are reviewed on several constitutional documents and international declarations of the Human Rights. The author, far from making a comparative analysis, breaks from an ascertainment of general order to develop some implications, such as the fact that, in spite of the divergences, we face the fundamental idea that an essential core of inherent principles exists, which rule the administration of the civil justice on the evolved regulations.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

La Constitución brasileña de 1988 se inserta plenamente en lo que se puede definir como la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que han caracterizado la evolución de la justicia civil a partir de la mitad del siglo XX: la “constitucionalización” de las garantías fundamentales del proceso. Históricamente este fenómeno ha sido más sobresaliente en los ordenamientos del *common law* ya que algunos ven en él los orígenes de la *Carta Magna* de 1215, en cualquier caso, tiene un precedente seguro en la cláusula del *due process of law* de la que habla la V enmienda de la Constitución Americana incluida en el *Bill of Rights* de 1791.

Particularmente el fenómeno ha tenido una amplia y muy articulada expansión en los ordenamientos del *civil law*, sobre todo a partir del final de la segunda guerra mundial. En especial las constituciones alemana e italiana (ambas entraron en vigor en 1948), son las que darían inicio a lo que sería una larga etapa (aún no concluida) de formulación de las garantías esenciales del proceso civil en el plano de los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre enuncia en los artículos 8 y 10 algunas garantías fundamentales del proceso judicial que retomó del catálogo de los derechos humanos, pocos años después, en 1950, también el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales incorpora del catálogo de los derechos del hombre las garantías procesales al acogerlas en el artículo 6. En los años 70, el fin de los regímenes autoritarios en España y Portugal permite la entrada en vigor de constituciones democráticas en las que vienen claramente establecidas tales garantías. Al día de hoy, por fin tenemos en el proyecto de la nueva constitución europea la incorporación de un principio que las reafirma de modo explícito (artículo II- 47, de la versión actual). En lo que concierne a América Latina no necesito recordar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica y las varias constituciones que, como la brasileña, siguen coherentemente con esta tendencia.

Mediante un acercamiento analítico y comparativo, dentro de este rico patrimonio de declaraciones normativas de garantías fundamentales de la justicia civil, se pueden

encontrar diferencias relevantes y en muchas ocasiones soluciones que pueden parecer inadecuadas. Por ejemplo, las modalidades y los términos con que vienen formuladas las garantías varían notablemente de caso a caso. El artículo LIV de la Constitución brasileña sigue el modelo norteamericano del *due process of law* con una formulación abstracta que deja un amplio espacio a la interpretación que tendría que efectuar la jurisdicción. Más recientemente, otro ejemplo fruto de la influencia europea es el artículo LV en el que se prevé expresamente la garantía de la defensa y el contradictorio (que en cambio falta en el modelo americano en donde está formulada en vía de derivación interpretativa de la cláusula del *due process of law*). Otras constituciones como la española y la italiana, y más la primera que la segunda, que incluso ha sido tomada como modelo, son particularmente analíticas en el conjunto de los derechos fundamentales de las partes (ver los artículos 24 de ambas constituciones).

En otro aspecto, la lista de garantías constitucionalmente previstas difiere en cada caso. Por ejemplo, la obligación constitucional de motivar la sentencia prevista explícitamente (como en Brasil, en Italia, en España y en Portugal) a menudo no se encuentra específicamente señalada: en Alemania viene afirmada en vía de interpretación de las garantías del *rechtliche Gehör* en el 103 de la Constitución de Bonn, sin embargo, la obligación de motivar está completamente ausente en los Estados Unidos, y nunca ha sido reconocida por las Cortes americanas como una garantía procesal fundamental; en efecto, las sentencias, especialmente las de primer grado aunque a menudo también las de cortes superiores (por ejemplo la negación del *certiorari* por parte de la Corte Suprema) no son motivadas. Por si fuera poco, también encontramos garantías específicas que únicamente se encuentran mencionadas en pocos ordenamientos. Por ejemplo, la garantía individual de recurrir a la Corte Suprema (la Corte de casación) prevista sólo en Italia (artículo 111 al 117 de la Constitución), mientras que la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, prevista en el artículo LVI de la Constitución brasileña, corresponde a un principio muy difundido en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países, pero que normalmente no viene señalado expresamente en las normas constitucionales.

Es necesario resaltar que, en muchas garantías procesales que están formalmente enunciadas en términos análogos, existen variaciones, divergencias y falta de certeza tanto en la interpretación jurisprudencial y doctrinal, como en el tratamiento que le dan los legisladores ordinarios. Estas variaciones son inevitables cuando, en distintos ordenamientos se busca dar significado a conceptos vagos e indeterminados como “proceso justo”, “remedio efectivo”, “plazo razonable” entre otros. Puede ser que el significado de una misma norma varíe según la lengua en que venga escrito; un caso significativo es el del artículo II-47 del proyecto de la Constitución europea, que en la versión italiana (aunque una formulación similar también aparece en la versión francesa) menciona sólo el “recurso efectivo” a la tutela judicial, aludiendo aparentemente sólo al acceso inicial a la tutela, mientras que en el texto en inglés se menciona el “effective remedy” con una fórmula que evidentemente se refiere a la efectividad de la tutela de los derechos en sentido amplio.

Otra diferencia importante tomando el ejemplo de la procuración y el ejercicio de la asistencia jurídica a los desfavorecidos es que en muchos casos no está asegurada, o que existen diversas concepciones de la independencia de los jueces. Diferencias como estas son muy relevantes porque inciden sobre el grado y la extensión con que los diversos ordenamientos nacionales y las varias convenciones y declaraciones internacionales prevén y ejercen las garantías fundamentales del proceso. No se puede negar, que existen ordenamientos “más garantistas” y ordenamientos “menos garantistas”, en función de distintos momentos históricos y de las distintas sensibilidades éticas y políticas respecto de las garantías del proceso.

Mi propósito aquí no es desarrollar un análisis comparado de las distintas garantías procesales en los distintos ordenamientos; no tengo el tiempo ni la capacidad para ello. Querría partir básicamente de una constatación de orden general para desarrollar a partir de ella algunas implicaciones. La constatación de que, a pesar de diferencias y divergencias, nos encontramos frente a la clara afirmación de la idea fundamental según la cual existe un *núcleo esencial* de principios irrenunciables que gobiernan la administración de la justicia civil en los ordenamientos evolucionados, principios que corresponde aplicar al *juez* quien debe ser independiente e imparcial, a las partes a quienes se debe asegurar el acceso a la tutela jurisdiccional y el derecho a defenderse, y al *procedimiento* que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente en la actuación de los derechos.

Partiendo de este núcleo esencial, se podrían desarrollar varios razonamientos. Por ejemplo, se podría establecer en qué medida las garantías contempladas en un sólo ordenamiento corresponden a ese modelo de protección, o también se podría determinar el grado de evolución democrática de varios ordenamientos en función de la distancia en que estos se colocan respecto a ese modelo, o en función de la interpretación que estos dan a las diversas garantías que los integran. Desde luego, no es posible analizar todo esto en este trabajo. Me limitaré a desarrollar alguna consideración que atiendan al perfil de la ejerció concreto de las garantías procesales.

LAS FUNCIONES DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

Me parece oportuno distinguir dos aspectos que caracterizan de distinta manera los significados de las garantías fundamentales de la justicia civil. El primero de esos aspectos es que en su formulación ordinaria, tanto en la constitución nacional como en la declaración internacional de los derechos, se establece sobre todo una función política. Con esto quiero decir que las garantías del proceso vienen enunciadas en el contexto de la reivindicación de los derechos fundamentales del ciudadano como instrumento necesario para el cumplimiento de esos derechos. Tal es el caso de Italia y Alemania donde se habla de tales garantías en constituciones que siguen a la caída de los regímenes totalitarios y que, en contraste y en reacción a las ideologías de esos regímenes, tienden a realizar modelos de estado democrático. Un fenómeno similar se verifica en España y Portugal, cuando también en aquellos países se da la caída de regímenes autoritarios,

y nuevos sistemas democráticos señalan la necesidad de nuevas constituciones. De hecho, la Convención Europea de los Derechos del Hombre es una solemne reafirmación de estos derechos contra los regímenes que en Europa los habían negado y violado. Bajo esta perspectiva emerge con claridad la función política de la declaración de las garantías fundamentales del proceso; en efecto, estas representan un aspecto esencial de la naturaleza *democrática* del estado y en contraposición a los regímenes autoritarios o totalitarios señalan la concesión democrática del poder y del ordenamiento jurídico. Esos regímenes antidemocráticos se caracterizan por la negación, el desconocimiento y la violación de los derechos y las garantías, en particular de aquellas que aparecen con la finalidad de lograr que los ciudadanos obtengan justicia.

El segundo aspecto que merece la pena subrayar se refiere a lo que en síntesis se podría definir como la función *económica* de las garantías procesales. Esta aparece cuando se entiende al proceso civil no sólo como un espacio de afirmación de las garantías individuales, sino también como un factor importante para el desarrollo económico. Es decir, como un instrumento que, asegurando una rápida y satisfactoria solución de controversias, coadyuva para garantizar una mejor circulación de la riqueza, un más eficiente funcionamiento del mercado, una mayor protección de la propiedad, del crédito y de las inversiones, una vida productiva más ordenada, al igual que el consumo y los negocios. Tal vez no sea el caso de que el establecimiento de las garantías procesales a nivel supranacional (aunque con importantes repercusiones en los contextos nacionales) esté conectada históricamente a la formación de los mercados supranacionales o con la necesidad de garantizar su buen funcionamiento. En el caso de Europa, que comienza instituyendo el Mercado Común Europeo, y luego consigue la protección de una Constitución Europea que incluye las garantías del proceso, es el ejemplo más significativo de esta conexión. Guardando las proporciones del caso, también se observa en experiencias más recientes como la del Mercosur. En cualquier caso, comúnmente se reconoce que la presencia de un sistema procesal eficiente es condición necesaria para el buen funcionamiento de la economía, esto es, se reconoce la función económica del proceso civil.

Evidentemente la función política y la función económica de las garantías procesales pueden combinarse de distintas maneras, como en efecto ocurre con las constituciones nacionales y las declaraciones internacionales de los derechos. Sin embargo, es importante considerar que tienen implicaciones, al menos en parte, distintas.

Por un lado, la función política de las garantías -ligada esencialmente a la reivindicación de los derechos individuales del ciudadano frente al poder del estado- explica la presencia de principios específicamente conectados en esta relación; en este sentido, va de la independencia e imparcialidad de los jueces al derecho de defensa y acceso a la tutela jurisdiccional; y de la obligación de motivación de la sentencia a la previsión de una acción popular, como aquella que se menciona en el art. LXXIII de la Constitución brasileña.

Por otro lado, la función económica de las garantías aparece ligada principalmente a la idea de que el proceso civil debe ser un instrumento eficiente de resolución de controversias. Bajo esta perspectiva se hacen más visibles otras garantías; las que se refieren en particular al funcionamiento del proceso, por ejemplo, aquellas que atañen a la duración razonable del procedimiento y a la efectividad de la tutela judicial de los derechos. No hay duda de que un proceso rápido y la disponibilidad de remedios procesales efectivos favorecen a los intereses de los sujetos particulares implicados en las controversias. Aún más, parece evidente que la rapidez y la efectividad de la tutela judicial asuman una importancia específica cuando el proceso es visto como factor de desarrollo económico, más que como instrumento de realización de intereses individuales.

LA EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS

Desde hace algún tiempo el tema de las garantías procesales se estudia desde el punto de vista de su *efectividad*: esta, se ha convertido en la palabra clave, en el slogan más difundido en la materia que nos ocupa. Por un lado, se trata de algo obvio: ha resultado evidente que la enunciación de las garantías fundamentales del proceso (como de cualquier otra garantía o derecho) sólo tendría una función retórica y abstractamente reivindicativa, si sólo quedaran en el papel y no pudieran ser ejercidas en la práctica. Por otro lado, como ya se ha señalado, la aparición de la función económica de las garantías procesales ha contribuido a dar una mayor solidez a los discursos sobre los grandes valores, haciendo particularmente evidente la dimensión funcional del proceso civil en el contexto socioeconómico.

El hecho de que la efectividad de las garantías procesales se haya convertido en un lugar común no significa que se trate de temas irrelevantes o comúnmente aceptados. Al contrario, el ejercicio efectivo de las garantías fundamentales del proceso constituye hoy en día el problema más grave y de más difícil solución entre los que surgen en el ámbito de la justicia civil. El hecho de que cada vez más a menudo el requisito de la efectividad este expresamente señalado en las normas que enuncian las garantías (como en el ya recordado artículo II-47 del proyecto de Constitución europea) no provee de por sí alguna solución a este problema, sino que, más bien expresa la preocupación de que la efectividad acabe por ser tratada en una dimensión puramente abstracta y formalista.

Un estudio completo del tema de la efectividad de las garantías fundamentales del proceso requeriría un análisis largo y complejo que no se puede desarrollar adecuadamente en este trabajo. Sin embargo, sí me gustaría desarrollar brevemente dos órdenes de consideraciones que pueden ser útiles para orientar la reflexión en este tema. El primer orden de consideraciones se refiere al hecho de que se puede hablar al menos de dos formas diferentes acerca de la efectividad de las garantías procesales: según se refieran a la efectividad que denominaría *institucional* o a la efectividad que denominaría *concreta*.

Por “efectividad institucional” entiendo la presencia, en un ordenamiento dado, de todos los mecanismos institucionales y procesales que se necesitan para dar un conteni-

do efectivo a las garantías. Por ejemplo; para dar un contenido efectivo a la garantía de acceso universal a la tutela judicial se requiere que existan formas eficaces de asistencia judicial para los más desfavorecidos, que existan remedios cautelares adecuados, que se ejercite el derecho a la prueba excluyendo limitaciones probatorias injustificadas, que los procedimientos sean simples y rápidos, que existan remedios ejecutivos idóneos para la consecución de los derechos, entre otros. Cómo es conocido, a la garantía de la acción no concierne únicamente el derecho a iniciar el proceso, además “cubre” todo el ciclo del procedimiento dirigido a la realización del derecho sustancial; las medidas cautelares *ante causam*, el establecimiento de la cuestión jurídica en controversia y de la ejecución forzosa. Otro ejemplo se refiere a la independencia y la imparcialidad de los jueces. La enunciación de tales principios no es suficiente si no existen mecanismos que aseguren la independencia de los Magistrados en el momento de su nombramiento y a lo largo del desarrollo de sus funciones, y que además quede garantizada su imparcialidad con respecto a las partes y al objeto de cada proceso en lo particular. Si los mecanismos institucionales de esta clase no existen o no son adecuados, no se puede hablar de jueces efectivamente independientes e imparciales.

La efectividad que he denominado “concreta” se refiere a la aplicación directa y específica a la realidad de los procesos particulares, de las garantías fundamentales y de los mecanismos institucionales que tienen la finalidad de su realización. Esta se debe distinguir de la efectividad que he llamado “institucional” ya que puede suceder que en un determinado ordenamiento estén formalmente previstos los mecanismos de ejecución de las garantías pero que no funcionen o funcionen de forma inadecuada, con la consecuencia de que la realización de las garantías acaba por ser frustrada. Pocos ejemplos pueden bastar a este propósito. Un ordenamiento procesal puede incluir normas específicas para asegurar un desarrollo razonablemente rápido y ordenado del proceso, pero si estas normas no son aplicadas por los jueces y por los abogados el proceso se vuelve largo, caro e ineficiente. Un ordenamiento puede incluir procedimientos para la ejecución de las sentencias, pero si no son aplicables de forma ordinaria (por ejemplo, porque faltan instrumentos de coacción para el cumplimiento de determinadas diligencias) o no son eficaces, o si son excesivamente largos, complejos y caros, la garantía de realización ejecutiva del derecho queda sobre el papel. De hecho, un ordenamiento puede confiarle al juez todos los poderes necesarios para hacer que el proceso sea conducido de modo ordenado, racional y con la conclusión de una decisión justa, pero si el juez no ejercita adecuadamente los poderes de que dispone y “deja hacer” el proceso a los abogados, difícilmente el procedimiento será rápido, capaz de producir una decisión cuidada y no estará basado en una comprobación verdadera de los hechos.

Las dos dimensiones de la efectividad que he intentado distinguir pueden manifestarse de varias maneras. Un ordenamiento puede ser institucionalmente inefectivo cuando, como se ha visto, faltan los instrumentos jurídicos necesarios para ejercitar una o varias garantías del proceso. Por otro lado, un ordenamiento puede ser concretamente inefectivo, aunque no lo sea institucionalmente, si estos instrumentos son configurados de

manera inadecuada o si son empleados de forma ineficiente -o no son empleados en lo absoluto- por los sujetos a los que corresponde la tarea de asegurar la realización de la tutela jurisdiccional de los derechos en la realidad cotidiana de la justicia civil.

LAS DIMENSIONES DE LAS GARANTÍAS: LA DIMENSIÓN NACIONAL

La segunda distinción que quisiera trazar a propósito de la efectividad de las garantías fundamentales del proceso concierne a la dimensión “espacial” del problema, que puede ser determinada a nivel *nacional* o a nivel *transnacional*.

En el primer caso nos encontramos en un terreno ya tradicional y por tanto con argumentos familiares, aunque ciertamente también en este nivel las dificultades no faltan. Se trata del problema de cómo hacer efectivas, al interior de los diversos ordenamientos nacionales, las garantías fundamentales del proceso previstas tanto en las constituciones nacionales, como en las “cartas de derechos” internacionales a las que se han adherido individualmente los países; estos compromisos operan reforzando la obligación de los legisladores nacionales con respecto a la realización de estas garantías. En otras palabras, se trata de cómo incidir en cada ordenamiento para que las normas que organizan el proceso correspondan a aquello que haga falta para realizar las garantías (según lo que he definido en líneas precedentes como *efectividad institucional*) y, al mismo tiempo, si su aplicación práctica corresponde con los parámetros de valoración establecidos por las normas que dictan las garantías fundamentales (según lo que he definido previamente como *efectividad concreta*).

El hecho de que se trate de un problema tradicional, sólo significa que sus términos son fácilmente comprensibles por el jurista medio, pero ciertamente no significa que existan en general soluciones satisfactorias. Al contrario, una de las mayores dificultades que muchos ordenamientos encuentran tiene que ver con la adecuación de las normas que organizan el proceso y con las reglas de aplicación de los criterios que harían falta para satisfacer la efectiva realización de las garantías fundamentales. Como resulta evidente, el problema tiene que ver con las reformas necesarias a los ordenamientos procesales para que logren esa finalidad. En los últimos años, algunos ordenamientos han demostrado transitar en esa dirección, en ocasiones con cambios profundos, procurando principalmente la simplificación, la rapidez y a la funcionalidad del proceso. Ejemplos particularmente significativos están representados por el *Civil Procedure Rules* inglés que entró en vigor en 1999, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 2000 y las reformas alemanas de 2002, que muestran de distintas maneras la capacidad del legislador de adaptar las normas procesales a las necesidades de tutela de los derechos que se manifiestan en la realidad actual. Otros ordenamientos -y desafortunadamente el ejemplo más evidente es el de Italia- manifiestan una crónica incapacidad de modificar a fondo la estructura y el funcionamiento del proceso civil de forma que se pueda hacer efectiva la realización de las garantías fundamentales. Se verifica así un grave distanciamiento entre el “modelo

constitucional” del proceso civil construido sobre la base de una sofisticada elaboración de las garantías fundamentales (que han sido reafirmadas en la reforma del artículo 111 introducida en el 2001), y la incapacidad del legislador ordinario de responder de forma eficaz a las exigencias de funcionalidad de la justicia civil que desde hace largo tiempo siguen insatisfechas. Esta incapacidad se confirma por el sustancial fracaso de las numerosas reformas parciales introducidas en los años ‘90 que no han logrado reducir los tiempos espantosamente largos del proceso civil en Italia; de hecho, reformas que se están discutiendo precisamente en este período parecen destinadas a no mejorar -incluso hasta a empeorar- la situación.

Si, como quiera que sea, se considera a los diversos ordenamientos nacionales desde el punto de vista del grado de realización de las garantías que en cada uno de ellos se establecen, nos encontramos un panorama altamente diferenciado, en el que algunos ordenamientos alcanzan un nivel aceptable de efectividad en ese sentido, mientras que en otros ese nivel es absolutamente inadecuado. Principalmente en estos últimos, la referencia a la necesaria efectividad de las garantías fundamentales del proceso indica la dirección en la que deberían ser encaminadas profundas reformas al proceso y a la organización judicial; no obstante, aquellas se encuentran a menudo con graves dificultades de distinto ámbito -principalmente políticas y culturales- que se interponen en su efectiva realización.

SIGUE: LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL

El contexto en el cual el tema de las garantías fundamentales del proceso se vuelve más novedoso, pero también en términos menos conocidos y más difíciles de definir, deriva del surgimiento y de la rápida expansión del número y la importancia de las controversias transnacionales. Se trata de una de las consecuencias más significativas de la globalización de la economía, de las finanzas, de los cambios comerciales y de la producción industrial, que consiste en la frecuencia con que cada vez más controversias civiles y comerciales involucran a sujetos situados en los más diversos rincones del mundo. A estas se contraponen las más comunes controversias *internacionales* que involucran sujetos que “pertenecen” a la misma jurisdicción nacional. Por siglos el “mercado mundial” en realidad estaba limitado a Europa y sus colonias, y luego, a partir del inicio del siglo XX a los Estados Unidos, hasta entonces las controversias internacionales no suponían un problema relevante: cuando las pocas controversias superaban los confines del Estado-nación los simples criterios del derecho internacional eran más que suficientes; como aquel que considera la aplicación de la *lex fori* en la jurisdicción procesal.

Aquel “mercado mundial” de hecho coincidió con la extensión geo-política de la cultura jurídica occidental, por esa razón no generaba particulares problemas el hecho poco frecuente de que las controversias transnacionales fueran decididas en Nueva York antes que en Londres o en París, ni suscitó particulares dificultades el hecho de que cada corte

aplicara su propio derecho procesal nacional. Pocas normas en materia de cooperación judicial internacional, en particular en materia de reconocimiento de las sentencias extranjeras, bastaron para solucionar las dificultades.

En el curso de estos últimos años la situación ha cambiado completamente y sigue evolucionando con tal rapidez que resulta muy difícil tener una percepción segura o precisa. Dos aspectos de esta transformación son subrayados aquí de forma particular: a) la creciente “transnacionalización” de las relaciones económicas y comerciales hace aumentar en gran medida el número de controversias que involucran a sujetos pertenecientes a diferentes ordenamientos nacionales; b) la creciente “mundialización” de la economía tiene como consecuencia que en numerosas controversias estén implicados sujetos situados por *doquier*, en cualquier área del mundo, como China, el Sudeste Asiático, África o las ex repúblicas soviéticas, que tradicionalmente habían sido ajenas a estos fenómenos.

Los problemas provocados por esta transformación del orden económico mundial son muchísimos. Específicamente en el plano de la tutela judicial tienen que ver con la dificultad de resolver cuestiones de jurisdicción ante la diversidad de normas procesales; como la dificultad de adquisición de pruebas en el extranjero o los problemas acerca del reconocimiento y a la ejecución de sentencias en un país diferente del que han sido pronunciadas. Algunos otros problemas se relacionan con la dificultad de lograr la realización efectiva de las garantías fundamentales del proceso.

Por un lado, a menudo sucede que controversias transnacionales se llevan y son resueltas en lugares del mundo en los que se desarrollan procesos judiciales pero sin que existan las garantías fundamentales de la justicia civil. Por ejemplo, son muchos los sistemas en los que la independencia del juez respecto del poder político no se reconoce como un valor, con la consecuencia de que intereses o consideraciones de naturaleza política pueden influir directamente en la solución de las controversias, y de que los derechos de las partes contrarios a esos intereses no son adecuadamente tutelados. En fin, ocurre bastante a menudo que las garantías fundamentales son reconocidas formalmente, pero no se ejercen de verdad o son interpretadas de modos tan diferentes que hacen dudar de que en verdad asuman un significado compartido en general. Por ejemplo, es dudoso que la independencia del juez signifique la misma cosa en los Estados Unidos, en China o en Italia, dadas las profundas diferencias que en estos países caracterizan el nombramiento de los jueces y su estatus jurídico: para darse cuenta de lo diferentes que son las actitudes respecto del mismo problema, basta recordar que los métodos ordinarios de nombramiento de un juez en los Estados Unidos serían inconstitucionales en Italia.

Por otro lado, el tener que hacer valer los propios derechos o tener que defenderse en otro país, tal vez al otro lado del mundo, puede hacer muy difícil y en ocasiones imposible una adecuada tutela jurisdiccional. A este propósito no importan únicamente las distancias geográficas y los costos que se derivan. También cuentan -sobre todo- las diferencias culturales, lingüísticas, éticas, políticas y económicas, que son mucho más

numerosas y profundas en el plano transnacional que en ámbito local o nacional. Además, se suman también los obstáculos jurídicos y políticos junto con la discriminación que, en muchos lugares del mundo, juega en contra del “extranjero” y de sus pretensiones de obtener justicia fuera de su país de origen. Bajo este punto de vista, la solución consistente en la contratación de un abogado “local” puede no ser para nada suficiente: por un lado, éste probablemente comparte las orientaciones y los prejuicios culturales y políticos que son típicos de “su” ordenamiento; del otro lado, aún queda el problema de establecer quién controla y determina la estrategia y la táctica procesal que seguir en un sistema jurídico “extraño”.

Estas dificultades afectan a cualquier persona implicada en una controversia transnacional que haya tenido que aceptar una cláusula de jurisdicción desfavorable o que tenga que perseguir a un deudor en los múltiples “paraísos” *offshore* o en el juego de vaciar las cajas de las finanzas internacionales. Tales dificultades asumen dimensiones dramáticas cuando la persona que necesita tutelar sus derechos “en otro lugar” es un individuo vulnerable como podría ser un trabajador, un consumidor o un pequeño productor empresario o agrícola.

En estos casos la tutela judicial se vuelve de hecho imposible, y hablar de garantías se convierte en un ejercicio retórico vacío. En este sentido, los fenómenos derivados de la globalización de la economía son los que profundizan más la crisis del estado actual de las cosas; en cuanto a que el ejercicio concreto de las garantías procesales y su dimensión “global” hace particularmente difícil la individualización y la introducción de posibles remedios.

Para lograr este propósito quizás es útil tener presente que, una vez más, el problema tiene una doble dimensión. Por un lado, los tradicionales remedios que se suelen incluir en la categoría de la *asistencia judicial*, tales como el cumplimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras y la adquisición de pruebas en el extranjero, adquieren un valor y una función muy relevante desde la perspectiva de las garantías fundamentales. Esta claro que si una persona ejercita la tutela de un derecho en su misma jurisdicción pero la controversia tiene naturaleza transnacional, necesitará de esos instrumentos para conseguir la realización material de su derecho. Por otro lado, si en función de los criterios de elección de la jurisdicción una de las partes es obligada a tutelar su derecho en una jurisdicción diferente de la suya, tendrá que cerciorarse de que en esa jurisdicción las garantías fundamentales del proceso son efectivamente aplicadas. De esta forma, ambos aspectos son fundamentales en el ámbito de las controversias transnacionales, ya que por definición una de las dos partes necesitará de uno o de otro instrumento. Bajo ambos esquemas, más allá de los criterios que determinen la jurisdicción, el problema de las garantías en las controversias civiles transnacionales debe ser resuelto.

En alguna medida, es posible conseguir resultados importantes para este propósito a escala regional, como muestra el ejemplo de Europa. Por una parte, las convenciones de Bruselas y Lugano, ahora incorporadas en el Reglamento nº 44/2001 del Consejo

Europeo, han formulado normas comunes y claras en materia de jurisdicción además de incluir principios comunes muy oportunos a efecto del cumplimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, mientras que está a punto de entrar en vigor el Reglamento europeo nº 1206/2001 en materia de obtención de pruebas en el extranjero. De esta manera, se encuentra asegurado un nivel significativo de cooperación judicial entre los países miembros de la Unión Europea. Precisamente por ello, se habla de un “espacio judicial europeo”, en el cual tendencialmente se asegura una completa “circulación” de las actuaciones judiciales; además se prevé la creación de un “título ejecutivo europeo” eficaz de forma automática en toda la unión. De esta forma la tutela judicial de los derechos en el contexto europeo se vuelve poco a poco más efectiva, y las próximas ampliaciones de la unión europea producirán una ulterior extensión espacial de este sistema. Por otro parte, el cumplimiento de las garantías fundamentales dentro de los Estados miembros encuentra un importante soporte en las normas comunitarias: comenzando por el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, pasando por la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo para llegar hasta el ya mencionado artículo II-47 del proyecto de Constitución Europea, con lo cual se manifiesta una fuerte tendencia en lograr que las garantías sean efectivamente cumplidas en los ordenamientos particulares. Desde luego, es deseable que otras “regiones” del mundo y, pienso en América Latina, sigan por la misma vía. En este sentido el ejemplo europeo es muy significativo no sólo porque ha conseguido hasta ahora resultados apreciables, sino también por la historia del sistema europeo que hasta ahora ha sido larga y complicada (basta recordar que la Convención sobre los Derechos del Hombre es de 1950 y que sólo después de varios años ha podido ser ratificada en muchos países, a su vez, la convención de Bruselas es de 1968) y parece destinada a ser mucho más larga y complicada. Es decir, también en materia de garantías procesales la superación de las perspectivas rigurosamente “nacionales” o “nacionalistas”, es una operación difícil que encuentra fuertes resistencias.

Sin embargo, por así decirlo, Europa no es el mundo, y los ciudadanos europeos cada día se involucran más en controversias transnacionales que no quedan dentro de los confines europeos. Los fenómenos que estamos discutiendo tienen una dimensión completamente mundial, y en esa escala mundial es en la que deben ser afrontados. Bajo esta perspectiva más amplia las cosas cambian completamente, y van a peor. A parte de algunas convenciones internacionales en materia de asistencia judicial como el Convenio de Aja de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero, se puede decir que la situación global se encuentra en “grado cero”. En este sentido es significativo el fracaso de la Convención de Aja que habría tenido que elaborar un convenio internacional en materia de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Después de años de trabajo y de elaboración de interesantes proyectos se tuvo que aceptar la imposibilidad de establecer en estas materias criterios que por lo general han sido asumidos. Esto significa que, hasta este momento, tampoco ha sido posible introducir un mínimo de funcionalidad en el plano de la tutela efectiva de los derechos a nivel transnacional, y es dudoso que se pueda llegar a ello en un futuro próximo.

Por otra parte, el estado actual de nuestra cultura hace difícil percibir las dimensiones reales de este problema, aunque la experiencia diaria y la práctica cotidiana nos obliga a tomar nota de ello. Es más difícil es hacer un ejercicio de fantasía para imaginar soluciones y prever cómo y cuándo pudieran ser aplicadas. Hay quien piensa que en una confederación mundial todos los problemas estarían armónicamente resueltos, me parece evidente que se trata de un sueño antes que de una previsión. También está quien piensa que el remedio ideal para todos los problemas es el recurso al arbitraje internacional, sin considerar que de ese modo la solución de los conflictos más importantes acabaría por estar concentrado en manos de un discreto *lobby* que ahora mismo ya monopoliza la obtención de elevadísimas ganancias, esto sin considerar que, en ocasiones, el arbitraje puede presentar ventajas indebidas para algunos sujetos, por lo cual no puede ser presentado como una alternativa inevitable -mucho menos como una mejor alternativa- con respecto a la tutela jurisdiccional.

Sin embargo, no se pueden encontrar soluciones adecuadas si no es tomando en consideración profundas modificaciones que la economía global está produciendo en la estructura del derecho: una estructura flexible, horizontal y reticular sustituye a la estructura jerárquica de los tradicionales ordenamientos nacionales, al mismo tiempo que surgen nuevas fuentes de producción de un derecho *soft* y variable que roba espacio al tradicional derecho riguroso y estable al que estamos acostumbrados. En este nuevo panorama de un derecho globalizado se hace evidente que, mientras pierden importancia los tradicionales productores estatales de derecho, en cambio adquieren importancia las cortes como lugares de resolución y composición de los conflictos. Todo esto aumenta la relevancia de la tutela jurisdiccional: cuanto más central es el papel de las cortes en lo que ya se está convirtiendo en el nuevo orden jurídico de la economía global, tanto más esencial es la necesidad de asegurar que los sujetos que recurren a ellas se encuentren con el efectivo cumplimiento de las garantías fundamentales del proceso.

El camino que se necesita recorrer en esa dirección es muy difícil, largo y complicado, y creo que nadie sería capaz de prever su duración, sus modalidades y sus resultados. Se trata de una tarea a la que el jurista de hoy no puede sustraerse, y en la que hace falta poner todo el empeño cultural y político necesario, si no se quiere que, en el mundo globalizado la justicia civil deje de ser instrumento fundamental para la tutela y el cumplimiento de los derechos de todos y sea desplazada por la injusticia, la discriminación y la explotación a manos de unos pocos. ■