

¿QUÉ OCURRE SI LAS COSAS SALEN MAL? EL CONCEPTO DE *FORUM NON CONVENIENS* EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA¹⁾

DAVID W. RIVKIN²⁾

Especialista en Arbitraje Internacional y Derecho Procesal.
Socio de Debevoise & Plimpton, Nueva York.

SUZANNE M. GROSSO³⁾

Especialista en Derecho Procesal.
Asociada de Debevoise & Plimpton, Nueva York.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Perspectiva general de la doctrina: 1. Jurisdicción de los Estados Unidos en procesos judiciales internacionales; 2. Perspectiva general de la doctrina de *forum non conveniens*; 3. Reconocimiento de la doctrina de *forum non conveniens*: 3.1. En los Estados Unidos; 3.2. Fuera de los Estados Unidos.- III. Análisis del Derecho Común Federal: 1. Jurisdicción alternativa disponible y adecuada: 1.1. Disponibilidad; 1.2. Adecuación; 2. Diferencia otorgada a la elección de jurisdicción estadounidense por parte del demandante; Sopesamiento de los factores *Gilbert*: 3.1. Intereses particulares; 3.2. Intereses públicos; 4. Desestimaciones condicionales.- IV. Desarrollo doctrinario reciente.- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Este documento y su presentación abordan la doctrina de *forum non conveniens* como un mecanismo de defensa en los procesos judiciales iniciados en los Estados Unidos por demandantes extranjeros. Se pone especial énfasis en los procesos seguidos en los Estados Unidos por demandantes latinoamericanos que reclaman indemnizaciones por los daños y perjuicios generados por las actividades de compañías basadas en los Estados Unidos. La Sección II es una introducción a la doctrina de *forum non conveniens* y su creciente utilidad para las compañías multinacionales con operaciones en los Estados Unidos. La Sección III se centra con mayor detalle en el análisis de tres niveles de *forum non conveniens* bajo el Derecho Común Federal. La Sección IV discute algunos fallos recientes de tribunales federales –incluyendo uno relacionado con un proceso iniciado por demandantes extranjeros contra una compañía basada en los Estados Unidos respecto de sus operaciones mineras en el Perú– que probablemente afecten el análisis en el futuro.

II. PERSPECTIVA GENERAL DE LA DOCTRINA

1. Jurisdicción de los Estados Unidos en procesos judiciales internacionales

En la última década se ha presenciado un incremento en el número de procesos judiciales iniciados en los Estados Unidos por demandantes extranjeros contra compañías mineras basadas en los Estados Unidos.⁴ La proliferación de este tipo de procesos judiciales –en los que la única relación con Estados Unidos es que la demandada se encuentra constituida en dicho país– no se

¹⁾ El presente artículo fue originalmente incluido en el material de lectura del *Institute on Mining Law & Investment in Latin America* (co-organizado por *Rocky Mountain Mineral Law Foundation* e *International Bar Association Section on Energy & Natural Resources*) llevado a cabo en Lima el 28, 29 y 30 de abril de 2003.

La publicación de la presente versión en español se hace con la expresa autorización de la autora. Traducción realizada por Patricia Boccia y Jorge Benavides Kolind-Hansen, Director de Edición de **ADVOCATUS**.

²⁾ Los autores desean hacer un reconocimiento y agradecer la colaboración de Stephen Lee en la elaboración de este artículo.

³⁾ Véase, por ejemplo, *Siret contra Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp. 2do. 1116 (C.D. Cal. 2002) (Papúa Nueva Guinea); *Flores contra Southern Peru Copper Corp.* 2002 WL 1587224 (S.D.N.Y. 16 de julio de 2002) (Perú), apelación presentada, No. 08CV9812 (2do. Cir. 28 de agosto de 2002); *Rodríguez contra Dressand Co. Inc.*, No. 02CV665 (N.D. Ala., presentada el 14 de marzo de 2002) (Colombia); *Bassal contra Freepart-McMoran, Inc.*, 969 F. Supp. 362 (E.D. La. 1997), declaración, 197 F. 3m. 161 (5to. Cir.

limita a la industria minera, afectando a todo tipo de empresas multinacionales basadas en los Estados Unidos. Existen muchas razones por las cuales los demandantes extranjeros optan por litigar de esta manera. Sin embargo, la razón más común es la concepción de que ciertos aspectos del sistema legal estadounidense favorecen a los demandantes. Entre algunos ejemplos de tales ventajas se encuentra la disponibilidad de: (1) daños punitivos; (2) procesos con jurado; (3) disposiciones más amplias sobre pruebas; (4) causas de acción más amplias; (5) requisitos liberales respecto de los alegatos; (6) declaraciones sobre *costa litis*; (7) certificaciones de clase; (8) disposiciones generosas sobre jurisdicción personal; y (9) opciones de interpretación de la ley aplicable.² Estos aspectos del sistema legal estadounidense no suelen estar presentes en los sistemas legales extranjeros y por lo tanto no se encuentran disponibles para muchos demandantes extranjeros.

A manera de corolario, estas diferencias sugieren que puede ser ventajoso para los demandados –incluso para las compañías estadounidenses– litigar contra demandantes extranjeros en jurisdicciones extranjeras. Existen numerosas vías para que un demandado pueda lograrlo. Una opción es determinar anticipadamente la jurisdicción en la que se ventilará cualquier controversia. Esto puede lograrse a través del uso de cláusulas de elección de jurisdicción (que establezcan una jurisdicción judicial específica) o cláusulas de arbitraje (que dispongan el arbitraje en lugar de una solución judicial).³ Desafortunadamente, esta opción no garantiza que el demandado podrá evitar litigar en los Estados Unidos, ya que puede consumirse mucho tiempo y dinero discutiendo si dichas cláusulas son aplicables, vinculantes o exigibles. Más aún, esta opción no puede evitar demandas extracontractuales, puesto que evidentemente no existiría contrato alguno en tales situaciones.

Otra opción es que el demandado inicie en una jurisdicción extranjera procesos paralelos relacionados con el juicio seguido en los Estados Unidos. El demandado puede obtener una sentencia declarativa negativa en el proceso paralelo o puede presentar como demanda cualquier reconvencción que pudiera tener en el litigio en los Estados Unidos. Además de la posibilidad de agotar los recursos del demandante, esta opción ofrece al demandado la oportunidad de asegurar un fallo favorable en la jurisdicción extranjera que podría tener después un efecto de exclusión en el proceso en los Estados Unidos. Una vez iniciado el proceso paralelo, el demandado también tiene la oportunidad de que el tribunal estadounidense mantenga sus procesos en suspenso en tanto no se resuelva el proceso paralelo.⁴

No obstante ello, esta opción puede ser extremadamente costosa por cuanto no sólo implica litigar simultáneamente en dos jurisdicciones hasta que se dicte sentencia en una de ellas, sino también la posibilidad de un litigio prolongado respecto del efecto de dicha sentencia.⁵

Como consecuencia, cuando una cláusula contractual no ofrece protección, la opción que ejercitan con mayor frecuencia los demandados es invocar la doctrina de *forum non conveniens*.⁶ Esta doctrina contempla la desestimación de un proceso iniciado en un territorio que favorece al

1999) (Indonesia); *Torres contra Southern Peru Copper Corp.*, 965 F. Supp. 899 (S.D. Texas 1994) (Perú), declaración, 113 F.3m. 340 (5to. Cir. 1997); *Koal India. Corp. contra Ashland S.A.*, 808 F. Supp. 1145 (S.D.N.Y. 1992) (Panamá).

² Véase de FELLAS, John, *International Business Litigation & Arbitration: Choice of Forum in International Litigation*, PLLIT. & ADMIN. PRAC. COURSE HANDBOOK SERIES No. 688, p. 350-351 (marzo 2003); DUNHAM, Douglas W., *Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs in the 1990s*, 24 BROOK J. INT'L L. 665, 666 (1999); DORWARD, Daniel J., *The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. 1, 141, 146-49 (primavera de 1998).

³ Véase FELLAS, *supra* nota 3, en p. 354.

⁴ Véase *id.* en p. 406-16.

⁵ Véase DORWARD, *supra* nota 3, en p. 153.

⁶ ROGGE, Malcolm J., *Towards Transnational Corporate Accountability in the Global Economy: Challenging the Doctrine of Forum Non Conveniens*, 36 TEX. INT'L L. J. 299, 299 (primavera 2001). Otra opción que podrían tener los demandados en

demandante, a pesar de la existencia de una jurisdicción adecuada, en favor de la adjudicación en otra jurisdicción.⁷ Esta opción ha demostrado nuevamente ser un obstáculo importante para aquellos demandantes extranjeros que intentan demandar en los Estados Unidos a una compañía multinacional basada en dicho país.⁸ En efecto, incluso se ha afirmado que "las impugnaciones exitosas sobre jurisdicción bajo la doctrina de *forum non conveniens* destruyen de manera efectiva las demandas interpuestas por latinoamericanos contra compañías estadounidenses."⁹

2. Perspectiva general de la doctrina de *Forum Non Conveniens*

La doctrina de *forum non conveniens* proviene del principio según el cual en determinadas circunstancias es apropiado que un tribunal decline el ejercicio de su jurisdicción a favor de otra.¹⁰ Esta doctrina tiene su origen en el Derecho escocés del siglo XVII; en aquella época la doctrina se denominaba *forum non competens* y servía como un recurso en equidad en los casos en los que la jurisdicción sobre las partes extranjeras era clara, pero en los cuales un proceso judicial en Escocia habría resultado inconveniente.¹¹ La frase *forum non competens* fue reemplazada por los tribunales escoceses a fines del siglo XIX por la frase *forum non conveniens* como reflejo del hecho que la doctrina en realidad no involucraba ninguna cuestión de competencia, sino cuestiones de conveniencia.¹²

Si bien parece que la aplicación de su principio subyacente data de inicios del siglo XIX, aparentemente no hubo referencia a esta doctrina bajo ninguna denominación en los Estados Unidos hasta inicios del siglo XX.¹³ La doctrina de *forum non conveniens* finalmente apareció en la jurisprudencia estadounidense a mediados del siglo XX a través de dos fallos similares de la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Gulf Oil Corporation contra Gilbert y Koster contra (American) Lumbermens Mutual Casualty Company*.¹⁴ Ambos casos implicaban considerar si un tribunal de distrito federal de los Estados Unidos debería renunciar a ejercer su jurisdicción a favor de otro. El primer caso de la Corte Suprema que consideró si un tribunal de distrito federal debería renunciar a ejercer su jurisdicción en favor de un tribunal extranjero no fue resuelto sino hasta 1981, aproximadamente treinta y cinco años después, en el caso *Piper Aircraft Company contra Reyno*.¹⁵

De acuerdo con la doctrina, tal como se aplica en los tribunales federales estadounidenses, un tribunal de distrito puede renunciar al ejercicio de su jurisdicción si la conveniencia de las

determinados casos es solicitar que el tribunal estadounidense dicte una desestimación basada en el cumplimiento de la doctrina de la coexistencia entre las naciones, la cual permite que un tribunal renuncie al ejercicio de su jurisdicción en observancia de las leyes e intereses de otro país. Ver *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale contra el Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Estados Unidos*, 482 EEUU 522, 543, n.27 (1987). Este documento se centra en la doctrina de *forum non conveniens* debido a su aplicación más amplia como defensa en litigios internacionales.

⁷ Véase *Bare Metal Trading S.A. contra Russian Aluminum*, F. Supp.2do. - 2003 WL 1618018 en *10 (S.D.N.Y. 27 de marzo de 2003).

⁸ Véase ROGGE, *supranota* 7, en p. 299.

⁹ MARLOWE, Christopher M., *Forum Non Conveniens Dismissals and the Adequate Alternative Forum Question: Latin America*, 32 U. MIAMI INTER-AM L. REV. 295, 296 (primavera-verano 2001).

¹⁰ Ver *Quackenbush contra Allstate Ins. Co.* 517 EEUU 706, 722 (1996).

¹¹ Véase BRAND, Ronald A., *Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments*, 37 TEX. INT'L L.J. 467, 468 (verano 2002); BIES, John, *Conditioning Forum Non Conveniens*, 67 U. CHI. L. REV. 489, 493 (primavera 2000).

¹² Véase BRAND, *supranota* 12, p. 469; BIES, *supranota* 12, p. 494.

¹³ Véase BRAND, *supranota* 12, pp. 474-75; BIES, *supranota* 12, pp. 496-97.

¹⁴ *Gulf Oil Corp. contra Gilbert*, 330 EEUU 501 (1947) (Nueva York o Virginia); *Koster contra (Am.) Lumbermens Mut. Casualty Co.*, 330 EEUU 518 (1947) (Nueva York o Illinois).

¹⁵ *Piper Aircraft Co. contra Reyno*, 454 EEUU 235 (1981) (Pensilvania o Escocia).

partes y del tribunal, así como el interés de justicia, indican que el caso debería ser resuelto en otra jurisdicción.¹⁶ El análisis de *forum non conveniens* realizado por los tribunales de distrito comprende los tres niveles que se indican a continuación, y el demandado lleva la carga de la prueba en cada uno de ellos:¹⁷

- Primero, el tribunal debe determinar si existe una jurisdicción alternativa disponible y adecuada para resolver la controversia;
- Segundo, el tribunal debe determinar el grado adecuado de deferencia para conceder la elección de una jurisdicción estadounidense por parte del demandante; y,
- Tercero, el tribunal debe sopesar una serie de factores de interés público y privado (denominados en conjunto como los factores *Gilbert*)¹⁸ contra la deferencia a ser concedida para la elección de una jurisdicción por parte del demandante.

Cuando deba concederse máxima deferencia a la elección de jurisdicción del demandante, el tribunal sólo la desestimará cuando el equilibrio de los factores *Gilbert* se incline decididamente a favor de la jurisdicción alternativa. Por otro lado, cuando debe concederse menor deferencia a la elección de jurisdicción del demandante, el equilibrio de los factores *Gilbert* no necesita inclinarse tan decididamente a favor de la jurisdicción alternativa para estimar que procede la desestimación.

La decisión de conceder una desestimación por *forum non conveniens* queda completamente a discreción del tribunal de distrito.¹⁹ Este poder discrecional también incluye la facultad de imponer determinadas condiciones para la desestimación, las cuales deben ser aceptadas por el demandado para evitar un perjuicio innecesario a los demandantes.²⁰ Una desestimación por *forum non conveniens* será revisada sólo por un claro abuso de discreción.²¹ Un tribunal de segunda instancia revisa el caso por abuso de discreción teniendo en cuenta si el tribunal de distrito aplicó la ley incorrectamente, no consideró un factor importante, se equivocó claramente al evaluar los factores existentes, o no exigió a las partes su carga de la prueba.²² No obstante ello, la revisión efectuada por el tribunal de segunda instancia no debería implicar la sustitución del criterio empleado por el tribunal de distrito por el suyo ni realizar su propio sopesamiento de los factores relevantes.²³ En consecuencia, resulta muy difícil para los demandantes apelar satisfactoriamente las desestimaciones por *forum non conveniens* – contribuyendo así a que esta opción sea aun más popular entre los demandados.

3. Reconocimiento de la doctrina de *forum non conveniens*

3.1. En los Estados Unidos

Como se ha indicado anteriormente, el análisis de tres niveles resumido líneas arriba es aplicado por los tribunales federales estadounidenses y refleja el Derecho Común Federal de

¹⁶ Véase *Korner*, 330 EEUU en 527 (1947). Véase Sección I.C.1. más adelante para una discusión sobre la doctrina y otros sistemas judiciales.

¹⁷ Véase *Agostini contra Texaco, Inc.*, 330 F. 3ro. 470, 476 (2do. Cir. 2002); *Bate Metal Trading*, 2003 WL 1618088 en *10. Cada uno de estos elementos será discutido con mayor detalle en la Sección II a continuación, enfocándonos en las formas en que el análisis es impuesto por el litigio internacional.

¹⁸ *Gilbert*, 330 EEUU, p. 508.

¹⁹ Véase *Piper*, 454 EEUU, p. 257.

²⁰ Véase *Magnin contra Telephone Case T. Attorneys*, 91 F. 3ro. 1424, 1430 (11vo. Cir. 1996). Las tipos de condiciones que un tribunal de distrito puede establecer para una desestimación por *forum non conveniens* se discutirán más adelante en la Sección II.D.

²¹ Véase *Piper*, 454 EEUU, p. 238; *Marcier contra Sheraton Int'l Inc.*, 981 F. 2do. 1345, 1349 (1er. Cir. 1992).

²² Véase *El-Frafi contra Cent. Bank of Jordan*, 75 F. 3ro. 668, 677 (D.C. Cir. 1996).

²³ Véase *Tragetti contra Int'l Elevator, Inc.*, 203 F. 3ro. 8, 12 (1er. Cir. 2000).

forum non conveniens. Sin embargo, este Derecho Común Federal no es obligatorio para los tribunales estatales estadounidenses, siendo éstos libres de aplicar sus propios análisis.²⁴ Si bien prácticamente todos los estados reconocen la doctrina de *forum non conveniens* de alguna manera, una minoría de los tribunales estatales ha seguido la jurisprudencia federal sin modificaciones.²⁵ Asimismo, unos pocos estados no reconocen la doctrina de *forum non conveniens* en absoluto.²⁶ Por lo tanto, es recomendable para un demandado -contra quien un demandante extranjero haya iniciado un proceso judicial en un tribunal estatal- que intente trasladar el caso a un tribunal federal, si fuese posible.²⁷

En teoría, el Derecho Común Federal de *forum non conveniens* se aplica independientemente de si la jurisdicción alternativa propuesta es otro tribunal de distrito estadounidense o un tribunal extranjero. En la práctica, el análisis es aplicado casi siempre cuando la jurisdicción alternativa bajo consideración es un tribunal extranjero. Ello es el resultado de una ley federal de competencia promulgada en 1948 que faculta a los tribunales de distrito para trasladar determinados casos a otros tribunales de distrito.²⁸ Debido a que la ley de competencia no implica la desestimación, se utiliza un umbral de inconveniencia inferior al utilizado para los fines de *forum non conveniens*.²⁹ En este sentido, el alcance de la doctrina de *forum non conveniens* ha sido circunscrito efectivamente por los tribunales federales a los casos que implican considerar un tribunal extranjero como jurisdicción alternativa.³⁰

3.2. Fuera de los Estados Unidos

Sin perjuicio de las posibles diferencias entre los análisis federales y estatales de *forum non conveniens* mencionados anteriormente, cabe señalar que la doctrina goza de gran aceptación en los Estados Unidos. Asimismo, la doctrina goza de similar aceptación en otros sistemas de Derecho Común. Por el contrario, la doctrina no es reconocida por los países regidos por sistemas de Derecho Romano-Germánico. Dichos países aplican el planteamiento denominado *lis alibi*

²⁴ La Corte Suprema nunca ha debatido directamente la cuestión de si el Derecho Común Federal de *forum non conveniens* se aplica a casos entre ciudadanos de estados diferentes (es decir, casos entre ciudadanos estadounidenses, o entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros, que no dan lugar a cuestiones federales). Véase, por ejemplo, BRAND, *supra* nota 12, en 475 & n.50. Si bien los aspectos legales que implica dicha cuestión -exceden del alcance de este documento-, la gran mayoría de tribunales federales aplica el Derecho Común Federal de *forum non conveniens* a casos entre ciudadanos de estados diferentes. Cf. *American Drudging Co. contra Müller*, 510 EEUU 443, 453-54 (1994) (la ley estatal de *forum non conveniens* es procesal y por lo tanto la ley marítima federal no tiene prioridad sobre la misma).

²⁵ Véase de manera general, de JACOBS, Michael J., *Georgia on the Non-Resident Plaintiff's Mind: Why the General Assembly Should Enact Statutory Forum Non Conveniens*, 36 GA. L. REV. 1109, 1110-11 & n.9 (verano 2002); BRAND, *supra* notas 12, en 477 & n.62; ROSENCRANZ, Armin, *Foreign Environmental and Human Rights Suits Against U.S. Corporations in U.S. Courts*, 18 STAN. ENVTL. L.J. 145, 188 & N.266 (junio 1999).

²⁶ Véase ROSENCRANZ, *supra* nota 26, en 188 & n.266 (Montana, Rhode Island y Dakota del Sur).

²⁷ Véase *id.* en p. 147. Si los esfuerzos del demandado tienen éxito, el demandante podrá intentar que el proceso retorne al tribunal estatal. La jurisprudencia reciente sugiere que, en tal caso, el demandado no está impedido de conseguir que el tribunal federal desestime por *forum non conveniens* antes de que se emita un pronunciamiento sobre el recurso de devolución de la causa por parte del demandante, por cuanto el tribunal federal puede optar por decidir primero el recurso del demandado. Véase *Base Metal Trading*, 2003 WL 1618088 en *10 n.6 (donde se cita el caso *Monegasque de Reassurance S.A.M. contra Noh Kagfagar of Ubraite*, 111 F.3d, 488, 497-98 (2do. Cir. 2002); *Zorrono contra McDonald Douglas Corp.*, F. Supp. 2do., 2003 WL 462930, en *4 (S.D. Tex. 18 de febrero 2003) (citando *Ruberg contra Marakon Oil Co.*, 526 EEUU 574, 578 (1999); *In re Papandreas*, 139 F.3d 247, 255 (D.C. Cir. 1998).

²⁸ Ley del 25 de junio de 1948, Pub. L. No. 773, cap. 646, § 1404(a), 62 Stat. 869, 937, codificada en 28 U.S.C. § 1404(a).

²⁹ Véase de CARNEY, Peter J., *International Forum Non Conveniens: "Section 1404.5" - A Proposal in the Interest of Sovereignty, Comity, and Individual Justice*, 45 AM. U. L. REV. 415, 428-430 (diciembre 1995) (donde se explica que por esta razón, la ley de competencia ha sido utilizada en forma más liberal que la doctrina de *forum non conveniens*).

³⁰ Véase BIES, *supra* nota 12, p. 498-99 & n.44 (donde se describe las diferencias entre § 1404(a) y *forum non conveniens*), véase también CARNEY, *supra* nota 30, p. 430 (donde se señala que la doctrina de *forum non conveniens* puede ser aplicado en aquellos casos internos poco frecuentes en los que la jurisdicción alternativa a ser considerado es el tribunal estatal).

pendens al escoger entre jurisdicciones alternativas. De acuerdo con este enfoque, un proceso judicial por lo general deberá ser ventilado en la jurisdicción donde se inicie primero, frente a cualquier otra jurisdicción disponible.²¹

Un buen ejemplo del planteamiento *lis alibi pendens* puede verse en el Reglamento de Bruselas, que es la expresión de la práctica del Derecho Civil europeo actual.²² El Reglamento de Bruselas establece, en la parte relevante, que cuando se siguen procesos referidos a la misma causa y a las mismas partes en dos estados miembros, el tribunal en el que se inició el segundo proceso deberá suspender éste hasta que se establezca la jurisdicción en el tribunal en el que se inició el primer proceso. Una vez que se haya establecido la jurisdicción en el primer proceso, todos los demás tribunales **deberán** renunciar al ejercicio de su jurisdicción.²³

Actualmente se han recogido aspectos tanto de los enfoques del Derecho Común como del Derecho Romano-Germánico para determinar la jurisdicción adecuada para los litigios internacionales en una propuesta de la Comisión Especial de la Convención de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (la "Comisión"). La Comisión ha estado trabajando por casi una década en la negociación de una Convención sobre Jurisdicción y Fallos Extranjeros en Materia Civil y Comercial (la "Convención Propuesta"). Si bien aún no se ha llegado a un consenso respecto de varios temas, este asunto en particular fue uno de los primeros puntos en ser acordados.²⁴ Éste y otros puntos de compromiso se establecen en el Texto Provisional de la Convención Propuesta.²⁵

El artículo 21 del Texto Provisional refleja la primera parte del compromiso: la inclusión del planteamiento *lis alibi pendens* establecido en el Reglamento de Bruselas. Sin embargo, el planteamiento es dotado de cierta flexibilidad gracias a varias disposiciones importantes:²⁶

- El segundo tribunal en el que se inicie un proceso puede proceder como si tuviese jurisdicción exclusiva en virtud de la Convención Propuesta.²⁷
- El segundo tribunal puede proceder si es que el demandante, en el primer tribunal en el que se inició el proceso, no cumplió con adoptar las medidas necesarias para obtener una decisión sobre el fondo, o si el primer tribunal no cumplió con emitir un fallo dentro de un plazo razonable.²⁸
- Si se busca obtener una sentencia declarativa negativa del primer tribunal, y se espera que un segundo tribunal emita un fallo reconocible en virtud de la Convención Propuesta, el primer tribunal deberá suspender el proceso a petición de parte.²⁹

²¹ Véase BRAND, *supra* nota 12, p. 468.

²² Reglamento del Consejo (CE) 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 sobre Competencia y Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Comercial, 2001 O.J. (L12) 1 (el "Reglamento de Bruselas").

²³ Véase *id.*, en art. 27.

²⁴ Véase BRAND, *supra* nota 12, p. 490-492.

²⁵ Convención de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Comisión II, Jurisdicción y Fallos Extranjeros en Materia Civil y Comercial. Sesión Décimo Novena: Resumen del Resultado de la Discusión, en la Comisión II, de la Primera Parte de la Conferencia Explotiva del 6 al 20 de junio de 2001 (el "Texto Provisional").

²⁶ Véase BRAND, *supra* nota 12, p. 492.

²⁷ Texto Provisional, *supra* nota 26, art. 21(1).

²⁸ *Id.*, art. 21(3).

²⁹ *Id.*, art. 21(6).

El artículo 21 no será aplicable si el primer tribunal determina que debería renunciar a su jurisdicción a favor de otro tribunal conforme al artículo 22,⁴⁰ lo cual refleja la segunda parte del compromiso incorporando una variante de la doctrina de *forum non conveniens*.⁴¹

El artículo 22 establece que si el primer tribunal donde fue iniciado un proceso no tiene jurisdicción exclusiva en virtud de la Convención Propuesta, éste podrá “en circunstancias excepcionales (...) suspender el proceso si (...) es claramente inadecuado que dicho tribunal ejerza jurisdicción y (otro tribunal) tuviera jurisdicción y fuese claramente más adecuada para resolver el conflicto.”⁴² Adicionalmente, el artículo 22 dispone cuatro factores no excluyentes que deben considerarse para determinar la procedencia de una jurisdicción,⁴³ además de una prohibición contra la discriminación “basada en la nacionalidad o el domicilio habitual de las partes.”⁴⁴

Cabe mencionar otras dos disposiciones del Texto Provisional. En primer lugar, la Convención Propuesta reconoce que una cláusula de elección de jurisdicción válida suele extender jurisdicción exclusiva al tribunal elegido.⁴⁵ En segundo lugar, un tribunal que debe determinar si se reconoce o ejecuta una sentencia no puede rehusarse a hacerlo so pretexto de que el tribunal que va a emitir sentencia debería haber renunciado al ejercicio de su jurisdicción en virtud del artículo 22.⁴⁶

El Texto Provisional aún no es vinculante debido a que la Convención Propuesta no ha sido concluida, y tal vez nunca lo sea. Más aún, la Convención Propuesta sólo será vinculante para aquellos países que la suscriban. Por lo tanto, es probable que el conflicto entre las jurisdicciones del Derecho Común y del Derecho Romano-Germánico no desaparezca con la conclusión de la Convención Propuesta. Además, algunas jurisdicciones del Derecho Romano-Germánico han intentado aislarse del impacto de la doctrina de *forum non conveniens* en los Estados Unidos a través de la promulgación de la denominada “legislación de represalia”.⁴⁷ Muchos países latinoamericanos han aprobado tales leyes; en determinado momento, el Comité de Medio Ambiente del Parlamento Latinoamericano recomendó que todos los países latinoamericanos hicieran lo mismo.⁴⁸

III. ANÁLISIS DEL DERECHO COMÚN FEDERAL

A pesar de que los tribunales federales aplican el mismo análisis de tres niveles para determinar si un caso debería ser desestimado en virtud de la doctrina de *forum non conveniens*, la Corte Suprema ha “enfatizado que cada caso gira en torno a sus hechos,” y ha “rechazado reiteradamente el uso de normas per se al aplicar la doctrina.”⁴⁹ En efecto, el grado en que gira un caso en torno a sus hechos es tan severo que la Corte Suprema también ha reconocido lo siguiente:

“A decir verdad, realmente no podemos basarnos en la doctrina de forum non conveniens para tomar decisiones respecto de una conducta secundaria —para decidir, por ejemplo, dónde

⁴⁰ *Id.*, art. 21(7).

⁴¹ Véase BRAND, *supra* nota 12, p. 493.

⁴² Texto Provisional, *supra* nota 36, art. 22(a).

⁴³ *Id.*, art. 22(2).

⁴⁴ *Id.*, art. 22(3).

⁴⁵ *Id.*, art. 4, T.

⁴⁶ *Id.*, art. 27(3).

⁴⁷ ANDERSON, Winston, *Forum Non Conveniens Checkmated? The Emergence of Retaliatory Legislation*, 10 J. TRANSNAT'L L. & POL'Y 183, 186 (primavera 2001).

⁴⁸ Véase *id.* El éxito (o falta de éste) de la legislación de represalia se discutirá en la Sección II.A.

⁴⁹ *American Dredging*, 510 EEUJ on 455 (se han omitido las cursivas internas).

entablar un juicio o dónde uno está sujeto a ser demandado. La naturaleza facultativa de la doctrina, combinada con los diversos factores relevantes a su aplicación, (...) determinan que la uniformidad y predictibilidad del resultado sean casi imposibles (...).²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que muchos casos –en particular aquellos que involucran a países latinoamericanos como jurisdicciones alternativas– presentan ciertos aspectos comunes que influyen de maneras similares en el análisis de tres niveles.

1. Jurisdicción alternativa disponible y adecuada

Por lo general, la pregunta sobre si existe una jurisdicción alternativa disponible es de fácil respuesta, en tanto que la pregunta sobre si una jurisdicción alternativa resulta adecuada es más compleja. Sin embargo, el considerar una jurisdicción alternativa latinoamericana implica que ambas preguntas sean ligeramente más complejas.

1.1. Disponibilidad

Al determinar si existe una jurisdicción alternativa "disponible", los tribunales suelen plantear una simple pregunta sobre si el demandado es "procesable" en la otra jurisdicción.²¹ Los tribunales federales han determinado que las jurisdicciones latinoamericanas, en su mayoría, se encuentran disponibles para estos efectos.²² No obstante ello, como se indicó anteriormente, algunos países latinoamericanos tienen la intención de descartarse como jurisdicciones disponibles si aprueban la legislación de represalia.²³ Estas leyes establecen que los tribunales de dichos países no aceptarán la jurisdicción sobre ningún caso que haya sido previamente desestimado por un tribunal de los Estados Unidos sobre la base de la doctrina de *forum non conveniens*. Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras se encuentran entre los países que han promulgado dichas leyes, a pesar de que la legislación de represalia en Ecuador ha sido declarada inconstitucional desde entonces por los tribunales ecuatorianos.

La mayoría de los tribunales federales, para considerar el efecto de la legislación de represalia en el análisis de *forum non conveniens*, han rechazado el argumento de que dichas leyes indisponen una jurisdicción alternativa. En estos casos, los tribunales federales han otorgado desestimaciones condicionales que permiten a los demandantes extranjeros litigar en los Estados Unidos siempre que se cumplan dos condiciones: (1) el litigio debe ser desestimado en la jurisdicción extranjera por falta de jurisdicción conforme a la legislación de represalia; y, (2) la desestimación debe ser confirmada por el tribunal de mayor jerarquía de la jurisdicción extranjera sobre la base del mismo argumento.²⁴ En contraste, por lo menos un tribunal federal ha rechazado el planteamiento de

²⁰ *Id.* (el subrayado es del original); se han omitido las comillas enteras y citas).

²¹ *Piper*, 454 EEUU en 254 & n.22; véase también *In re Air Crash Disaster Near New Orleans*, 821 F. 2do. 1147, 1165 (5to. Cir. 1987) (la jurisdicción se encuentra disponible sólo "cuando todo el caso y todas las partes pueden trasladarse a dicha jurisdicción") (el subrayado es nuestro), rechazado por otras cortesales, *Pan Am World Airways, Inc. contra Lopez*, 490 EEUU 1032 (1989).

²² Véase por ejemplo *Blanco contra Banco Indus. de Venezuela S.A.*, 997 F. 2do. 974, 981-82 (2do. Cir. 1993) (Venezuela); *Florez*, 2002 WL 1587224 en *25 (Perú); *In re Bridgestone/Firestone, Inc.*, 190 F. Supp. 2do. 1125, 1133 (S.D. Ind. 2002) (Colombia); *Torres*, 965 F. Supp. En 903 (Perú); *Delgado contra Shell Oil Co.*, 890 F. Supp. 1324, 1357 (S.D. Tex. 1995) (Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá), declaración, 231 F. 3ra. 165 (5to. Cir. 2000); *Segúbas contra Texaco, Inc.*, 847 F. Supp. 61, 64 (S.D. Tex 1994) (Ecuador); *ESI, Inc. contra Coastal Power Prod. Co.*, 995 F. Supp. 419, 426 (S.D.N.Y. 1998) (El Salvador); pero véase *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2do. En 1130 (Venezuela no disponible); *Eastman Kodak Co. contra Kaván*, 978 F. Supp. 1078, 1084-87 (S.D. Fla. 1997) (Bolivia no disponible).

²³ Véase ANDERSON, *supra* nota 48, p. 186.

²⁴ Véase por ejemplo *Aguinaldo contra Texaco, Inc.*, 142F. Supp. 2do. 534, 546 (S.D.N.Y. 2001), declaración y su modificación, 303 F. 3ro. 470 (3do. Cir. 2002) (Ecuador); *Polanco contra H.B. Fuller Co.*, 941 F. Supp. 1512, 1525 (D. Minn. 1996) (Guatemala); *Delgado*, 890 F. Supp. En 1356-57 (Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras). Las desestimaciones condicionales, las cuales discutiremos más adelante en la Sección II.D., también se usan para tratar situaciones en las que una jurisdicción alternativa podría no estar disponible debido a temas de leyes de prescripción.

desestimación condicional, considerando que ciertas jurisdicciones alternativas latinoamericanas no estaban disponibles debido a la legislación de represalia.⁵⁵ La decisión de este tribunal estuvo orientada, en parte, por el hecho que los casos que fueron previamente sujetos a desestimaciones condicionales regresaban a los Estados Unidos luego de cumplir con las condiciones.⁵⁶

Los demandantes extranjeros también han alegado que la falta de acceso a los acuerdos de *cuota litis* en la jurisdicción alternativa debería tenerse en cuenta al momento de determinar si la jurisdicción se encuentra disponible. Este argumento se basa en la premisa de que una jurisdicción no se encuentra disponible si el demandante extranjero no puede costear el litigio en ese lugar. Los tribunales federales han rechazado este argumento, pero han sostenido que esta circunstancia puede tomarse en cuenta al sopesar los factores de interés privado.⁵⁷

1.2. Adecuación

Para determinar si una jurisdicción alternativa es "adecuada" se requiere cierto grado de consulta sobre los sistemas jurídicos de otros países. Los tribunales estadounidenses, por lo general, son reacios a declarar a los tribunales extranjeros como inadecuados,⁵⁸ y como resultado, la carga sobre un demandado en este contexto "no es tan fuerte".⁵⁹ Sin perjuicio de ello, para aplicar la doctrina, los tribunales deben realizar una consulta particular para cada caso -y hecho-, no pudiendo simplemente determinar a priori si una jurisdicción propuesta es adecuada o inadecuada.⁶⁰

Generalmente, una jurisdicción alternativa es considerada inadecuada cuando a un demandante se le niega el acceso al sistema judicial de dicha jurisdicción respecto de las pretensiones establecidas en la demanda.⁶¹ Planteado de otra manera, la consulta relevante es si el recurso disponible en la jurisdicción alternativa es "tan claramente inadecuado que no constituye recurso alguno".⁶² Por otro lado, una jurisdicción no es considerada inadecuada por el simple hecho que su sistema de justicia sea sustancialmente distinto al de los Estados Unidos. Así, los tribunales han rechazado los argumentos según los cuales una jurisdicción resulta inadecuada porque el Derecho está menos desarrollado,⁶³ porque los recursos son menos favorables,⁶⁴ y porque su sistema

⁵⁵ Véase *Casales Martínez contra Dole Chemical Co.*, 219 F. Supp. 2do. 719, 729, 735-37, (E.D. La. 2002) (Costa Rica, Honduras).

⁵⁶ Véase *id.* En 729 (nótese que los demandantes de *Driftno* fueron posteriormente desestimados por el tribunal más alto de Costa Rica por falta de competencia conforme a la ley de represalia).

⁵⁷ Véase *Morris contra Bristol Broad Corp.*, 81 F.3ro. 287, 292 (2do. Cir. 1996); *Torres*, 965 F. Supp. En 903-04, 906. Los factores de interés privado se discutirán más adelante en la Sección II.C.1.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Blasco*, 997 F. 2do. un 982 (con énfasis en que no es asunto de los tribunales estadounidenses supervisar la integridad del sistema judicial de otra nación soberana); *Flowers*, 2002 WL 1587224, en *24 (advertencia contra la "condena general" de los tribunales de otra nación).

⁵⁹ *Banco Latino contra Gomez Lopez*, 17 F. Supp. 2do. 1327, 1331 (S.D. Fla. 1998); véase también *Leax contra Millax Air Inc.*, 251 F. 3ro. 1305, 1311 (11vo. Cir. 2001) (nótese que "los tribunales no siempre han requerido que los demandados hagan demanda para refutar las imputaciones de parcialidad").

⁶⁰ Véase *Casales*, 219 F. Supp. 2do. En 741 (nótese que "puede ocurrir que el siguiente demandado que afronte el mismo tema (...) obtenga un resultado diferente porque ruina más -o mejores- pruebas"); *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2do. En 1132 n.6 (independientemente de los casos anteriores ya que los tribunales no pueden concluir en que una jurisdicción es adecuada o inadecuada "de manera permanente y para todas las causas").

⁶¹ Al considerar si un sistema legal extranjero brinda una solución adecuada, los tribunales federales "pueden tener en cuenta cualquier material o fuente relevante, incluyendo testimonios, sean o no prestados por una de las partes o procedentes conforme a las Normas Federales de Evidencia". *Bere Metal Trading*, 2003 WL 1618088 en *15 (donde se cita la Fed. R. Civ. P. 44.1). Asimismo, tener en cuenta estos materiales no convierte el recurso de desestimación en una petición de sentencia sumaria. Véase *id.*

⁶² *Piper*, 454 EEUU en 254.

⁶³ Véase *Aguindo*, 142 F. Supp. 2do. 340 (Tlaxador); *Torres*, 965 F. Supp. En 904 (Perú); *Polanco*, 941 F. Supp. En 1525-26 (Guatemala).

⁶⁴ Véase *Flowers*, 2002 WL 1587224, en *25 (Perú); *Polanco*, 941 F. Supp. En 1526-27 (Guatemala).

de justicia no reconoce acciones judiciales idénticas a las que fueron interpuestas primero en el tribunal estadounidense.⁶⁵

Los demandantes suelen intentar mermar la adecuación de una jurisdicción alternativa resaltando las diferencias procesales existentes entre el sistema legal de la jurisdicción y el de los Estados Unidos. Sin embargo, estos intentos no han tenido mucho éxito. Los tribunales, en una variedad de contextos, han rechazado los argumentos que afirman que una jurisdicción es inadecuada porque: (1) no permite acciones colectivas;⁶⁶ (2) no emplea *cuota litis*;⁶⁷ (3) carece de procedimientos intensivos de descubrimiento prejudicial;⁶⁸ (4) puede exigir que el demandante perdedor pague las costas del demandado ganador;⁶⁹ y, (5) no se basa en aquellos casos reportados como jurisprudencia.⁷⁰ No obstante ello, estos argumentos pueden, como indicamos anteriormente, ser considerados en el análisis federal de *forum non conveniens* como factores de interés privado.⁷¹

En este contexto, los tribunales federales, por lo general, no dan mucha importancia a los reclamos de los demandantes que alegan que los tribunales de la jurisdicción alternativa son ineficientes o están congestionados, salvo que dichas condiciones sean extremas.⁷² Los demandantes también han argumentado que las condiciones políticas en una jurisdicción alternativa la tornan inadecuada. Los informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos suelen ser tomados como base por los jueces federales para evaluar dichos argumentos.⁷³ Los tribunales parecen ser más receptivos a las alegaciones que indican que los demandantes sienten temor por su seguridad si comparecen ante la jurisdicción alternativa,⁷⁴ así como alegaciones confirmadas de inestabilidad política.⁷⁵ Finalmente, los tribunales por lo general son propensos a rechazar los argumentos que alegan que la corrupción hace que una jurisdicción sea inadecuada,⁷⁶ particularmente donde la supuesta corrupción no parece tener impacto en la *litis* en cuestión.⁷⁷

⁶⁵ Véase *Flores*, 2002 WL 1587234, en *25 (Perú).

⁶⁶ Véase *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 542 (Ecuador).

⁶⁷ Véase *Polanco*, 941 F. Supp. En 1526-27 (Guatemala).

⁶⁸ Véase *Proyectos Orchivera de Costa Rica S.A. contra E.I. duPont de Nemours & Co.*, 896 F. Supp. 1197, 1201 (M.D.Fla. 1995) (Costa Rica).

⁶⁹ Véase *Polanco*, 941 F. Supp. En 1527 (Guatemala).

⁷⁰ Véase *id.*

⁷¹ Véase *Morris*, 81 F.3o. en 292-93. Los factores de interés privado se discutirán en la Sección II.C.1.

⁷² *Compañía Brasileira contra Sverinbra Overseas Ltd.*, 52 F.3o. 1220 (1er. Cir. 1995) (un retraso de 15-25 años hizo que India fuera inadecuada), con *Brazilian Investment Advisory Services Ltd. Contra United Merchants & Manufacturing Inc.*, 667 F. Supp. 136, 138 (S.D.N.Y. 1987) (2 años y medio no hicieron que Brasil fuera inadecuado).

⁷³ Véase MARLOWE, *supra* nota 10, p. 310-311.

⁷⁴ Véase *Bank of Boston Int'l of Miami contra Arguello Tejón*, 626 F. Supp. 314, 319 (E.D.N.Y. 1986) (Nicaragua).

⁷⁵ Véase *Canadian Overseas Ore Ltd. contra Compañía de Acero Del Pacífico S.A.*, 528 F. Supp. 1337, 1342-43 (S.N.D.Y. 1982) (Chile), *declaración*, 727 F. 2do. 274 (2do. Cu. 1984); pero véase *Inagorri*, 203 F. 3o. En 13 (Colombia no fue estimada inadecuada a pesar de la corrupción política).

⁷⁶ Véase *Easton Kodak*, 978 F. Supp. en 1085 (donde se recogieron casos y se señaló el argumento "no gana de antecedentes particularmente inapropiados", pero no obstante Bolivia se consideró inadecuada cuando el ministro de justicia denunció su propio sistema).

⁷⁷ Véase, por ejemplo, *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 545 (los tribunales ecuatorianos se adecuaron para ventilar el caso civil en parte debido a que sólo habían alegaciones de corrupción en casos que involucraban a la policía); *Polanco*, 941 F. Supp. En 1525 (donde se señala que la evidencia de que Guatemala no respetaba los derechos humanos sería relevante para casos iniciados por las víctimas contra los militares, pero no para un caso de responsabilidad civil por productos contra una compañía estadounidense por acciones de su subsidiaria); pero véase MARLOWE, *supra* nota 10 en 311 ("Si bien muchos de los polígrafos que residen o están jurisdicciones alternativas se concentran dentro de la división penal de los respectivos poderes judiciales, la mezcla de materias

Es evidente que los demandantes, en diversas ocasiones, han planteado cada uno de los argumentos mencionados en esta sección para demostrar las supuestas improcedencias de las jurisdicciones latinoamericanas. Sin embargo, estos argumentos no han tenido mucho éxito. Si bien los países latinoamericanos ocasionalmente son inadecuados,⁷⁸ con mayor frecuencia se les estima adecuados.⁷⁹

2. Deferencia otorgada a la elección de jurisdicción estadounidense por parte del demandante

Este aspecto del análisis de *forum non conveniens* ha recibido mucha atención en los últimos años. Tradicionalmente, la selección de una jurisdicción estadounidense por un ciudadano o residente de los Estados Unidos ha recibido gran deferencia y, si bien no es decisiva, es extremadamente difícil superarla.⁸⁰ Por el contrario, la elección de una jurisdicción estadounidense por un demandante extranjero, por lo general, tiene derecho a una menor deferencia, pero ello tampoco es decisivo.⁸¹ Esa diferencia de tratamiento no es atribuible a un "chauvinismo o sesgo" a favor de Estados Unidos, pero refleja el hecho que "mientras mayor sea el nexo del demandante con la jurisdicción que éste ha elegido, mayor será la probabilidad de que el demandante se sienta perjudicado por un requerimiento para que interponga la demanda en una jurisdicción extranjera".⁸²

Una excepción a este análisis se produce cuando el demandante proviene de un país que, conforme a un tratado con los Estados Unidos, proporciona a sus ciudadanos el acceso a los tribunales estadounidenses de manera equivalente al proporcionado a los ciudadanos estadounidenses. En estas circunstancias, los tribunales estadounidenses deben aplicar al demandante extranjero, estándares de *forum non conveniens* idénticos a los que resulten aplicables a los demandantes estadounidenses.⁸³ En efecto, si los tribunales estadounidenses no proceden de esta manera, y ello no se subsana, constituiría un incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos.⁸⁴

Recientemente, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito aclaró el grado de deferencia que se debe conceder a la elección de una jurisdicción estadounidense por parte de un demandante dentro de estos parámetros. *Itagorri contra United Technologies Corporation* involucraba a un ciudadano estadounidense que supuestamente residía fuera de los Estados Unidos. El Segundo Circuito sostuvo que "el grado de deferencia que corresponde otorgar a una elección de jurisdicción por parte del demandante se desliza sobre una escala móvil dependiendo de numerosas consideraciones relevantes".⁸⁵ Esta "escala móvil" otorga "mayor deferencia a la elección de jurisdicción por parte de un demandante en tanto se motrara por razones legítimas", y una "deferencia reducida para la elección de

civiles y penales ha hecho confusa la distinción entre estos dos departamentos: así, aquello que contamina los tribunales penales ha afectado materias pendientes ante los tribunales civiles".

⁷⁸ Véase *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2do. en 1133 (Venezuela); *Eastman Kodak*, 978 F. Supp. En 1085-86 (Bolivia).

⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Blanco*, 997 F. 2do. en 981 (Venezuela); *Flower*, 2802 WL 1587224 en *26 (Perú); *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2do. en 1134 (Colombia, Venezuela); *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. En 546 (Ecuador); *EST*, 995 F. Supp. en 425 (El Salvador); *Jones*, 965 F. Supp. En 903 (Perú); *Potanco*, 941 F. Supp. en 1527 (Guatemala); *Prosectur*, 896 F. Supp. en 1202 (Costa Rica); *Delgado*, 890 F. Supp. En 1365 (Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras y Panamá); *Sequibos*, 847 F. Supp. en 64 (Ecuador).

⁸⁰ Véase *Koster*, 330 EEUU en 524.

⁸¹ Véase *Piper*, 434 EEUU en 255-56.

⁸² *Wina contra Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F. 3ero. 88, 102 (2do. Cir. 2000).

⁸³ Véase *Blanco*, 997 F. 2do. en 981.

⁸⁴ Véase Comisión Internacional de Derecho, Artículos Preliminares sobre Responsabilidad del Estado, Art. 4, ONU GAOR, 56ta. Sesión, Supp. No. 10, en 44, Doc. ONU A/56/10 (2001).

⁸⁵ *Itagorri contra United Techs. Corp.*, 234 F. 3ero. 65 (2do. Cir. 2001) (en párrafo) (discusión sobre *Gilbert*, *Koster* y *Piper*).

jurisdicción por parte de un demandante en tanto estuviera motivada por una ventaja táctica".⁶⁶ Tal como lo explicó el Segundo Circuito:

*"Mientras más parezca que la elección de jurisdicción por parte de un demandante nacional o extranjero haya estado dictada por razones que la ley reconoce como válidas, mayor será la deferencia que se dará a la elección de jurisdicción del demandante. Dicho de otra manera, mientras mayor sea la conexión de buena fe del demandante o del juicio con los Estados Unidos y con la jurisdicción elegida y mientras más parezca que las consideraciones de conveniencia favorecen la conducción del juicio en los Estados Unidos, más difícil será para el demandado obtener la desestimación en base a la doctrina de forum non conveniens".*⁶⁷

El Segundo Circuito también proporcionó una lista de diversos factores a ser considerados para determinar cuándo un caso en particular se encuentra en la escala móvil de deferencia. Entre los factores que se alegan contra la desestimación en base a la doctrina de *forum non conveniens* se encuentran: (1) la conveniencia del domicilio del demandante con relación a la jurisdicción elegida; (2) la disponibilidad de testigos o evidencia en el distrito de la jurisdicción; (3) la disposición del demandante para entablar un juicio en el distrito de la jurisdicción; (4) la disponibilidad de una adecuada asistencia legal; y, (5) otras razones relacionadas con la conveniencia.⁶⁸ El tribunal prosigió:

*"Por otro lado, mientras más parezca que la elección por parte del demandante de una jurisdicción estadounidense estuvo motivada por razones de forum-shopping –tales como intentos de obtener una ventaja táctica resultante de las leyes locales que favorecen a las pretensiones del demandante, la habitual generosidad de los jurados en los Estados Unidos o en el distrito de la jurisdicción, la popularidad del demandante o la impopularidad del demandado en la región, o la inconveniencia y gastos que para el demandado significa un litigio en dicha jurisdicción– menor será la deferencia que se conceda a la elección del demandante y más fácil resultará para el demandado tener éxito en un recurso de forum non conveniens al demostrar que resulta más conveniente litigar en los tribunales de otro país".*⁶⁹

El Segundo Circuito sostuvo explícitamente en el caso *Iragorri* que el planteamiento de la escala móvil se aplica tanto a los demandantes estadounidenses como a los extranjeros⁷⁰, y los tribunales, de hecho, han aplicado dicho planteamiento a los demandantes extranjeros.⁷¹ Una pregunta relacionada con los demandantes extranjeros que no fue respondida en el caso *Iragorri*, es si el enfoque de la escala móvil se aplica cuando los demandantes extranjeros tienen el mismo derecho a acceder a los tribunales estadounidenses conforme a algún tratado.⁷² Recientemente,

⁶⁶ *Id.* en 73.

⁶⁷ *Id.* en 73.

⁶⁸ Véase *id.* en 72.

⁶⁹ *Iragorri*, 274 F. 3ro. en 72; véase también *id.* en 75 (donde se señala igualmente que los tribunales debían "armarse con el grado adecuado de escepticismo al evaluar si el demandado ha demostrado inconsistencia genuina y una clara preferencia por la jurisdicción extranjera").

⁷⁰ Véase *id.* en 71-72.

⁷¹ Véase, por ejemplo, *Burja contra Dale Food Co., Inc.*, 2002 WL 31757780 en *5 (N.D. Tex. 20 nov. 2002) (demandante costarricense); *La Seguridad de Centroamérica S.A. contra M/V Global Marine*, 2002 WL 530979 en *3-3 (S.D.N.Y. 9 abril 2002) (demandantes costarricense y guatemalteco).

⁷² Véase *Iragorri*, 274 F. 3ro. en 69 n.2 (donde se repite la observación del Departamento de Justicia de Estados Unidos que indica que si bien no están implicados en el caso de autos, "todo derecho de acceso al tribunal que goce un demandante extranjero mediante tratado por lo general sólo brindará el mismo acceso que se le hubiera otorgado a un demandante estadounidense que se encuentre en la misma situación").

muchos tribunales han tenido en consideración esta pregunta respondiéndola afirmativamente: "[un] demandante extranjero que reside en el exterior debería recibir el mismo grado reducido de deferencia que se otorgará a un ciudadano estadounidense expatriado que se encuentre viviendo en el exterior".⁹³

Existen factores adicionales, además de los citados en el caso *Ingorri*, que pueden disminuir la deferencia que deba ser otorgada a la elección de una jurisdicción estadounidense por parte de un demandante extranjero. Por ejemplo, la deferencia puede reducirse cuando "las verdaderas partes en conflicto sean compañías extranjeras".⁹⁴ También puede otorgarse menor deferencia a la elección de una jurisdicción estadounidense por parte de demandantes en una acción colectiva extranjera que representa a varios países.⁹⁵ Asimismo, al menos un tribunal ha sostenido que el intercambio de borradores conteniendo cláusulas de elección de jurisdicción que no fueron incluidas en el contrato final ocasionará que "el tribunal de distrito inicie su evaluación del *forum non conveniens* considerando los factores [Gilbert] con un conjunto de equilibrios nivelados, en lugar de uno que se inclina fuertemente a favor de la elección de jurisdicción por el demandante".⁹⁶

3. Sopesamiento de los factores Gilbert

El tercer nivel en el análisis de la doctrina de *forum non conveniens* del Derecho Común Federal consiste en sopesar los factores Gilbert –diversos intereses públicos y privados– para determinar si favorecen la desestimación a favor de la jurisdicción alternativa.⁹⁷ La balanza se inclinará a favor de la elección de jurisdicción del demandante en forma proporcional a la deferencia que se conceda a dicha elección bajo el segundo nivel del análisis.⁹⁸ Así, el balance se inclinará "fuertemente a favor del demandado" cuando se otorgue máxima deferencia a la elección de una jurisdicción estadounidense por parte del demandante.⁹⁹

Los factores identificados por Gilbert no son excluyentes y un tribunal es libre de considerar otros factores dependiendo de los hechos de cada caso.¹⁰⁰ No obstante, el tribunal no debería considerar de manera excesiva ningún factor.¹⁰¹ Adicionalmente, el tribunal debería centrar sus esfuerzos de sopesamiento en los temas precisos que posiblemente sean materia del proceso.¹⁰² En consecuencia, la investigación en cada caso se basa predominantemente en los hechos y existe gran discrecionalidad respecto de la manera en que un tribunal puede considerarlos.¹⁰³

⁹³ *Farelo contra Eastwind Transp., Ltd.*, 2003 WL 230741 ca *12 (S.D.N.Y. 3 de febrero 2003); véase también *Base Metal Trading*, 2003 WL 1618038 en *11 n.9 (igual); *Dredgeposton/Trasone*, 190 F. Supp. 2do. en 1136-37 (igual); pero véase *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 548 (bajo el supuesto de la elección de una jurisdicción de Estados Unidos por parte de un demandante ecuatoriano conforme al tratado sin referencia alguna a *Ingorri*).

⁹⁴ *Capital Currency Exch. N.Y. contra Nat'l Westministerbank PLC*, 155 F. 3ro. 603, 612 (2do. Cir. 1998); véase *Reid-Wales contra Hesses*, 933 F. 2do. 1390, 1395 n. 8 (8vo. Cir. 1991) ("La ciudadanía o domicilio de una empresa demandante puede no relacionarse con su residencia real debido a la naturaleza de la persona jurídica, mientras que el domicilio de una persona natural con mayor frecuencia se relaciona con su residencia").

⁹⁵ Véase *Dilieuza contra Philip Servs. Corp.*, 294 F. 3ro. 21, 28 (2do. Cir. 2002).

⁹⁶ *Evolution Online Sys., Inc. contra Koninklijke PTT Nederland N.V.*, 145 F. 3ro. 505, 511 (2do. Cir. 1998).

⁹⁷ Véase Gilbert, 330 EEUU en 508-09.

⁹⁸ Véase *Ingorri*, 274 F. 3ro. En 71-72.

⁹⁹ Gilbert, 330 EEUU en 508.

¹⁰⁰ Véase *id.*

¹⁰¹ Véase *Piper*, 454 EEUU en 249-50.

¹⁰² Véase *Ingorri*, 274 F. 3ro. En 74 ("[en] un juicio en el que se alegue negligencia, por ejemplo, el tribunal podría llegar a diferentes resultados dependiendo de si la negligencia alegada yace en la conducta de los actores en la escena del accidente, o en el diseño o fabricación de los equipos en una planta distante del sitio del siniestro").

¹⁰³ Véase *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 547 (donde se sugiere que ésta "es sólo la razón para que el tribunal de distrito proceda con cuidado y circunspección" al asignar pesos relativos a los factores Gilbert).

3.1. Intereses particulares

Entre los factores de interés particular establecidos por Gilbert se encuentran: (1) la relativa facilidad para acceder a los medios de prueba; (2) la disponibilidad de un procedimiento obligatorio para la comparecencia de los testigos que no deseen hacerlo; (3) el costo requerido para lograr la comparecencia de los testigos dispuestos a declarar; (4) la posibilidad de examinar las instalaciones físicas en cuestión; (5) la probabilidad de ejecutar la sentencia; y, (6) otras consideraciones prácticas dirigidas a lograr un juicio fácil, rápido y económico.³⁹⁴ Estos están relacionados con la "conveniencia de los litigantes", y los tribunales que consideran que estos factores sopesan las "dificultades que sufriría el demandado al continuar bajo dicha competencia" contra las "dificultades que sufriría el demandante como resultado de la desestimación y la obligación de entablar un juicio en otro país".³⁹⁵ Tal como se discutirá más adelante, los tribunales con frecuencia concluyen -al menos respecto de las demandas por responsabilidad civil extracontractual en las que se ven involucradas compañías de extracción de minerales y otros recursos con operaciones en Latinoamérica- que el sopesamiento de estos factores se inclina a favor de la desestimación.

Por ejemplo, en *Aguinda contra Texaco, Inc.*, el tribunal de distrito concluyó que "el balance de los factores Gilbert de interés particular apoyan fuertemente la desestimación de este caso a favor de Ecuador (y, si algún residente peruano lo prefiere, Perú)".³⁹⁶ El caso *Aguinda* giraba en torno a una supuesta contaminación ambiental, así como daños personales ocasionados por prácticas negligentes en el transporte de petróleo y la eliminación de desechos. El tribunal consideró que:

"Un tribunal ecuatoriano sería capaz de observar estas instalaciones y evaluar los supuestos planteados respecto de las mismas en formas a las que ningún jurado de Nueva York siquiera se aproximaría. Asimismo, todos los demandantes, así como los miembros de sus clases putativas, residen en la parte oriental del Perú o áreas cercanas del Perú, todos los supuestos daños personales y a la propiedad ocurrieron en ese lugar, y prácticamente todos los testigos que presenciaron la forma en que dichos daños se produjeron, están domiciliados ahí, junto con todos los registros médicos y de propiedad relevantes".³⁹⁷

El tribunal también notó que los demandantes habían "fallado completamente" en "aducir pruebas pertinentes" para apoyar su afirmación, en el sentido que el demandado dirigió la supuesta negligencia desde los Estados Unidos, estimando que resultaría altamente improbable encontrar alguna prueba o testigos aquí.

A similares conclusiones llegó el tribunal de distrito en *Flores contra Southern Peru Copper Corporation* en su sopesamiento de los factores de interés particular. El caso *Flores* giraba en torno a la supuesta contaminación ambiental y daños personales resultantes de las operaciones mineras en el Perú. El tribunal concluyó que:

"Los testigos del hecho principal, incluyendo a los demandantes y al personal operativo del demandado, están en el Perú; muchos de los testigos, nuevamente incluyendo a los demandantes, sólo hablan español; la mayoría, si no todos, los documentos pertinentes se encuentran en el Perú, y todos los documentos en los archivos del gobierno peruano y prácticamente todos los documentos que se encuentran en los archivos de la Compañía estarían en español; y las instalaciones, si han de ser observadas por el investigador (lo cual parece adecuado en este caso) están en el Perú".³⁹⁸

³⁹⁴ Véase Gilbert, 330 EEUU en 508.

³⁹⁵ *Idagosi*, 274 F. 3m. en 73-74.

³⁹⁶ *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 551.

³⁹⁷ *Id.* en 548; véase *Sopuibaui*, 847 F. Supp. en 64 (donde se llega a la misma conclusión respecto de Ecuador bajo similares hechos).

³⁹⁸ *Flores*, 2002 WL 1587224 en *26; véase *Base Metal Trading*, 2003 WL 1618088 en *26 (donde se explica que a pesar de que "los

Conforme a ello, el tribunal consideró que estos factores "se inclinan fuertemente" a favor de la desestimación.¹⁰⁹

Otros tribunales, por el contrario, han concluido que al sopesar los factores de interés particular, estos no se inclinan a favor de la desestimación a favor de una jurisdicción latinoamericana.¹¹⁰ Un factor que pesó en contra de la desestimación en una acción de responsabilidad civil del fabricante fue la desigualdad que se habría producido en la etapa probatoria a consecuencia de la desestimación. Si el caso permanecía en los Estados Unidos, el demandado podía usar cartas rogatorias para asegurar las declaraciones por video de los testigos extranjeros, pero si el caso se ventilaba en Colombia, el demandante sería severamente perjudicado, ya que incluso la declaración testimonial voluntaria de los testigos estadounidenses podría ser declarada inadmisibles.¹¹¹ Otros factores en diversos tipos de casos incluían la existencia de: (1) evidencia documentaria importante en ambas jurisdicciones, con lo cual se incurriría en costos de traducción en cualquier caso; (2) terceros que no pudieron ser citados como testigos importantes en una jurisdicción extranjera; y, (3) testigos voluntarios que no viajarían a la jurisdicción extranjera debido a la conmoción política y social.¹¹²

Algunos tribunales federales también han considerado, en su sopesamiento de los intereses particulares, ciertas diferencias procesales entre un tribunal estadounidense y la jurisdicción extranjera propuesta. En términos generales, sin embargo, no se suele dar mucha importancia a dichas diferencias. Los tribunales reconocen que a pesar de que los sistemas de justicia en otros países pueden ser distintos al de los Estados Unidos, "algunas veces las leyes diferentes no son objetivamente peores ni mejores, sólo diferentes".¹¹³ Así, la inexistencia de *cosa litis*, la dirección ineficiente de procesos, y la presencia de mecanismos probatorios menos exhaustivos en una jurisdicción extranjera no inclinan la balanza de los intereses a favor de los demandantes extranjeros.¹¹⁴ En efecto, tal como concluyó un tribunal de distrito, "no se puede atribuir un peso concluyente" al hecho que ciertos "obstáculos extraordinarios" generados por diferencias procesales hicieran probable que el caso no se ventilara en la jurisdicción alternativa.¹¹⁵

3.2. Intereses públicos

Existe discordancia entre las Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos respecto de si los factores de interés público deben ser considerados luego de evaluar los factores de interés particular. Las Cortes de Apelaciones del Quinto Circuito y el Distrito de Columbia han sostenido que los factores de interés público sólo deberían considerarse cuando los factores de interés particular se encuentren en, o cerca del equilibrio,¹¹⁶ en tanto que otros circuitos exigen considerar los factores de interés público sin importar cuánto puedan pesar los factores de interés particular

avances tecnológicos han aminorado la carga de transportar las pruebas documentarias", el hecho que todos esos documentos requieran de una traducción "demuestra la pesada carga de poner en uso dicha evidencia".

¹⁰⁹ *Flores*, 2002 WL 1587224 en *28; pero véase *Torres*, 965 F. Supp. en 906 (donde se concluye en que al considerar que los factores de interés particular están en equilibrio prácticamente bajo hechos idénticos a los de *Flores*).

¹¹⁰ Véase *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2da. en 1154 (Colombia, Venezuela).

¹¹¹ Véase *id.* en 1140-41.

¹¹² Véase *id.* en 1144 (Colombia). Tal como se indicó en la Sección II.A.2, la conmoción política y social es un factor considerado por los tribunales federales para determinar si una jurisdicción extranjera es adecuada. Algunos tribunales también consideran este factor cuando sopesan los intereses particulares, en la medida que ocasione que los testigos no se encuentren dispuestos a viajar a la jurisdicción extranjera. Véase *Iragorri*, 274 F. 3ra. en 75 (Colombia).

¹¹³ *Polanco*, 941 F. Supp. en 1527 (Guatemala).

¹¹⁴ Véase *Flores*, 2002 WL 1587224. en 27-28; *Torres*, 965 F. Supp. en 906.

¹¹⁵ *Polanco*, 941 F. Supp. en 1528 (Guatemala).

¹¹⁶ Véase, *País contra United Tech. Corp.* 637 F.2da. 775, 784 Cir. D.C. 1980).

en uno u otro sentido. Entre los factores de interés público establecidos en *Gilbert* se encuentran: (1) interés local por ventilar las controversias específicamente internas en casa; (2) dificultades administrativas derivadas de la carga del tribunal; (3) que los asuntos de Derecho extranjero sean decididos por tribunales extranjeros; y, (4) la injusticia de asignar a los jurados aquellos casos que no tienen impacto en su comunidad.¹¹⁷

En lo que respecta al primer factor de interés público, el tribunal de distrito en el caso *Seguñoa* contra *Texaco, Inc.* consideró que Ecuador “claramente tenía un interés local en resolver en casa las controversias respecto de su aire, tierra y agua”.¹¹⁸ Igualmente, en *Aguinda* el tribunal señaló lo siguiente:

*“El interés local ecuatoriano en la controversia es, como lo demuestran los demandantes, fundamental, mientras que el interés público de los Estados Unidos es mucho más reducido. Según los demandantes, los actos que se imputan ocasionaron contaminación ambiental en las regiones de la selva de Ecuador y en otras propiedades, produciendo así daños personales y patrimoniales a decenas de miles de ciudadanos ecuatorianos y peruanos. Mientras que, si estas imputaciones son ciertas, Estados Unidos aún tiene interés en no permitir a sus compañías que participen en dichas conductas inadecuadas, el rol indiscutido del Gobierno de Ecuador al autorizar, dirigir, financiar y aprovechar estas actividades necesariamente disminuye el interés de los Estados Unidos en el litigio, incrementando el de Ecuador”.*¹¹⁹

El tribunal de distrito en el caso *Torres* también concluyó que el hecho que la compañía minera demandada —la cual fue constituida en Delaware pero tenía su domicilio en el Perú— “realiza operaciones” en los Estados Unidos no genera un interés local ya que los daños imputados no se produjeron por las operaciones en los Estados Unidos.¹²⁰ En el contexto de la responsabilidad civil del fabricante, el tribunal de distrito en el caso *Polanco* no encontró interés local alguno dado que el “interés de Guatemala por establecer los estándares de acuerdo a los cuales los productos ahí fabricados serán juzgados se hizo sentir en todo el caso”.¹²¹

El segundo factor de interés público, las dificultades administrativas ocasionadas por la carga del tribunal, por lo general se inclina a favor de la desestimación.¹²² El tercer factor de interés público, que las consideraciones de derecho extranjero sean decididas por tribunales extranjeros, algunas veces se considera como un “*lavado de manos*”, porque es difícil para los tribunales proceder en esta etapa inicial del litigio qué derecho se aplicará.¹²³ Otros tribunales, no obstante, tratan la aplicación potencial de las leyes latinoamericanas o la posibilidad de un difícil análisis en la elección del Derecho aplicable como un factor que se inclina a favor de la desestimación.¹²⁴

¹¹⁷ Véase *Piper*, 454 F.2d en 21 n.6.

¹¹⁸ *Seguñoa*, 847 F. Supp. en 64.

¹¹⁹ *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do, en 551.

¹²⁰ *Torres*, 965 F. Supp. en 907.

¹²¹ *Polanco*, 941 F. Supp. en 1528.

¹²² Véase *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do, en 552 (Ecuador); *Seguñoa*, 847 F. Supp. en 64 (Perú); véase *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2do, en 1148 (el Distrito del Sur de Florida “no sido un líder Africano en las innovaciones en el procesamiento de caños” debido a “su ubicación geográfica como portal de ingreso al Caribe y Sudamérica”).

¹²³ Véase por ejemplo, *Torres*, 965 F. Supp. en 907; *Deiguido*, 890 F. Supp. en 1371.

¹²⁴ Véase *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do, en 552 (potencial aplicación del derecho ecuatoriano); *Przybylos*, 856 F. Supp. en 1203 (difícil análisis de elección de derecho); *Seguñoa*, 847 F. Supp. en 64 (potencial aplicación del derecho ecuatoriano); véase *Bridgestone/Firestone*, 190 F. Supp. 2do, en 1148 (“debemos evitar ser excesivamente reacios a asumir la tarea de decidir sobre derecho extranjero, una labor que los tribunales federales deben realizar con frecuencia”).

Al sopesar el cuarto factor de interés público, si el caso tiene una conexión local suficiente como para justificar su asignación a un jurado, los tribunales frecuentemente consideran aspectos de traducción.¹²³ Por ejemplo, al concluir que este factor se inclina a favor de la desestimación, el tribunal de distrito en el caso *Aguinda* sostuvo que: “[l]a idea de que un jurado federal de Nueva York se encuentra mejor capacitado que un juez ecuatoriano para aplicar el Derecho ecuatoriano a los testimonios y documentos en español relacionados con 30 años de actividades de un Consorcio patrocinado por Ecuador en una selva amazónica es absurda”.¹²⁴ El tribunal de distrito en el caso *Flores* también concluyó que este factor se inclina a favor de la desestimación y llegó a una conclusión similar: “[s]i bien los demandantes diseñan sus demandas en términos del Derecho internacional, es probable que el Derecho, normas y leyes peruanas relacionadas con la minería y la protección del medio ambiente tengan que ser considerados por el tribunal y el jurado asignados al juicio. Y tal como se indicó anteriormente, el testimonio y los documentos implicarían exigencias significativas de traducción”.¹²⁵

4. Desestimaciones condicionales

Los tribunales federales frecuentemente condicionan la concesión de desestimaciones conforme a la doctrina de *forum non conveniens*. Tales condiciones están típicamente diseñadas para proteger al demandante¹²⁶ y pueden dividirse en dos grandes categorías.¹²⁷

La primera categoría comprende aquellas condiciones impuestas facultativamente y que aseguran la disponibilidad de la jurisdicción alternativa.¹²⁸ Entre algunos ejemplos de estos tipos de condiciones se encuentran: (1) el demandado consiente a la competencia, en razón a su persona, de la jurisdicción alternativa;¹²⁹ (2) el demandado renuncia a cualquier recurso de prescripción disponible en la jurisdicción alternativa;¹³⁰ y, (3) el demandado consiente a la ejecución de una sentencia dictada en una jurisdicción alternativa.¹³¹ Tal como se discutió anteriormente en la Sección III.1.1, pueden imponerse otras condiciones en el caso de los países latinoamericanos que han adoptado una legislación de represalia.

La segunda categoría consiste en aquellas condiciones impuestas con menos frecuencia, que compensan al demandante por las ventajas perdidas.¹³² Estas condiciones, por lo general, requieren que el demandado ponga a los testigos, documentos y demás evidencia a disposición del demandante en la jurisdicción alternativa.¹³³ Empero, pareciera existir un límite a la medida

¹²³ *Piper*, 454 EEUU 235, 241 n.6.

¹²⁴ *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 552.

¹²⁵ *Flores*, 2002 WL 1587224 en *28.

¹²⁶ Véase *Blanco*, 997 F. 2do. en 983-84; véase *Felias*, *supra* nota 3, p. 339.

¹²⁷ Véase *Bies*, *supra* nota 12, p. 501.

¹²⁸ Véase *id.* p. 501-02; véase también *Bank of Credit and Commerce Int'l (Overseas) Ltd. contra State Bank of Pakistan*, 273 F. 3ro. 241, 247 (Cir. 2do. 2001) (donde se explica que “en efecto la certeza que debe tener el tribunal respecto de la existencia de una jurisdicción alternativa necesariamente dependerá de cuanto proteja la desestimación condicional la parte que no solicita el cambio”).

¹²⁹ Véase por ejemplo *Flores*, 2002 WL 1587224 en *29; *Torrez*, 965 F. Supp. en 909; véase también *Jota contra Testaco, Inc.*, 157 F. 3ro. 153, 159 (2do. Cir. 1998) (invalidez de la desestimación por no estipular la competencia en Ecuador).

¹³⁰ Véase por ejemplo *Flores*, 2002 WL 1587224 en *29; *Torrez*, 965 F. Supp. en 909; *Proyectos*, 896 F. Supp. en 1204; véase también *Aguinda*, 303 F. 3ro. En 478-79 (impliación del periodo de caducidad de los recursos de prescripción a los que el demandado se compromete a renunciar).

¹³¹ Véase, por ejemplo, *Torrez*, 965 F. Supp. en 906 (Perú); *Proyectos*, 896 F. Supp. en 1204 (Costa Rica).

¹³² Véase *Bies*, *supra* nota 12, p. 502-03.

¹³³ Véase, por ejemplo, *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 550 n.3 (el demandado debe aceptar la procedencia en Ecuador y en el Perú de cualquier probatorio que ya se haya realizado en los Estados Unidos); *Proyectos*, 896 F. Supp. en 1204 (el demandado debe comprometerse a proporcionar al demandante en Costa Rica acceso a los documentos y declaraciones de hechos anteriores relacionados

en la cual un demandante puede esperar una compensación por pérdida de ventajas. Un demandante no debería, por ejemplo, esperar que el tribunal imponga una condición que efectivamente le otorgue al demandante un probatorio más amplio que aquél al que el demandado tendría derecho conforme a las normas de la jurisdicción alternativa.¹²⁶

IV. DESARROLLO DOCTRINARIO RECIENTE

Un aspecto que se ha convertido en tema de gran polémica en los últimos años es la relación, de haberla, entre la doctrina de *forum non conveniens* y la Ley de Demandas Extranjeras por Agravios (*Alien Tort Claims Act - "ATCA"*).¹²⁷ La ATCA establece, en lo conducente, que "los tribunales de distrito deben tener jurisdicción original en cualquier acción civil interpuesta por un extranjero sólo por un agravio que se haya cometido violando el Derecho de las naciones o un tratado de los Estados Unidos".¹²⁸ El tema particular en debate es si la ATCA refleja un interés de orden público de los Estados Unidos en adjudicar los casos iniciados bajo la ley que debería considerarse en el análisis de *forum non conveniens*.

La mayoría de los análisis judiciales sobre este tema han provenido de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. En 1996, un tribunal de distrito de Nueva York concedió una desestimación por *forum non conveniens* en un caso de ATCA denominado *Aguinda contra Texaco, Inc. Aguinda* fue un proceso judicial iniciado por los ciudadanos ecuatorianos y peruanos contra un consorcio petrolero (en el que una compañía estadounidense tenía participación indirecta) por supuestos abusos al medio ambiente en Ecuador y Perú.¹²⁹ El Segundo Circuito revocó la desestimación y ordenó al tribunal de distrito que considerara, al devolverle el expediente, el argumento del demandante según el cual una desestimación por *forum non conveniens* "frustraría el intento del Congreso de proporcionar una jurisdicción federal para los extranjeros que demanden a las empresas nacionales por violación del Derecho de las naciones".¹³⁰ El Segundo Circuito también señaló en una nota al pie que no expresaba "opinión alguna respecto de (...) cómo se ajusta el equilibrio de *forum non conveniens* en las demandas (en virtud de ATCA) cuando los demandantes extranjeros eligen una jurisdicción estadounidense en un juicio contra una empresa nacional".¹³¹

Antes de realizar cualquier otra actividad en la devolución del expediente del caso *Aguinda*, el Segundo Circuito dictó sentencia en el caso *Wison contra Royal Dutch Petroleum Co.*¹³² *Wison* fue

en la misma forma en que se proporcional a los demandantes nacionales). Delgado, 890 F. Supp. en 1367 (dónde se posterga la desestimación por 90 días luego de la decisión que autoriza el probatorio expedito por parte de los demandantes).

¹²⁶ Véase *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 809 F.2do. 195, 203 (2do. Cir. 1987) (dónde se revierte la condición que exige al demandado que consienta a su propio probatorio conforme a las Normas Federales del Procedimiento Civil y que lleve a cabo su propio probatorio en virtud de normas probatorias indias más rigurosas).

¹²⁷ Véase, por ejemplo, ROLLÉ, Mary Elliot, *Unraveling Accountability: Contesting Legal and Procedural Barriers in International Toxic Tort Cases*, 15 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 135, 154-168 (invierno 2003); BLUMBERG, Phillip L., *Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems*, AM. J. COMP. L. 493, 516-527 (otoño 2002); SHAW, Courtney, *Uncertain Justice: Liability of Multinationals Under the Alien Tort Claims Act*, 54 STAN. L. REV. 1359 (junio 2002); SKOLNIK, Matthew R., *The Forum Non Conveniens Doctrine in Alien Tort Claims Act Cases: A Shell of its Former Self After Wison*, 16 EMORY INT'L L. REV. 187 (primavera 2002); FELLMETH, Aaron Xavier, *Wison contra Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in U.S. Courts?* 5 YALE HUM. RTS & DEV. L.J. 241 (2002); WALKER, John M., Jr., *Domestic Adjudication of International Human Rights Violations Under the Alien Tort Statute*, 41 ST. LOUIS U. L. J. 539 (primavera 1997).

¹²⁸ 28 U.S.C. § 1350 (promulgado originalmente como parte de la Ley del Poder Judicial de 1789, capítulo 20, 9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789)).

¹²⁹ *Aguinda contra Texaco, Inc.*, 945 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1996), sub. nem. nec., *Ida* contra *Texaco* 157 F.3do. 1282 (2do. Cir. 1998).

¹³⁰ *Ida*, 157 F.3do. en 159.

¹³¹ *Id.* en 159 n.6.

¹³² *Wison contra Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3do. 88 (2do. Cir. 2000).

un proceso iniciado por emigrantes nigerianos contra empresas holandesas e inglesas bajo la Ley de Protección a las Víctimas de Tortura (*Torture Victims Protection Act* – “TVPA”), la misma que crea un derecho privado de acción por tortura o asesinato extrajudicial cometido por cualquier nación extranjera.¹⁴²

El Segundo Circuito notó lo siguiente en el caso *Wiza*:

*“Al aprobar la TVPA, el Congreso ha manifestado una política de Derecho estadounidense que favorece la adjudicación de tales juicios en tribunales estadounidenses (...) Esto no sugiere que la TVPA haya anulado, o incluso disminuido significativamente, la doctrina de forum non conveniens. No obstante, la ley ha comunicado una política que indica que tales juicios no deberían ser desestimados de manera simplista so pretexto que la controversia aparentemente extranjera no es asunto nuestro. La TVPA, desde nuestro punto de vista, expresa una política que favorece el ejercicio por parte de nuestros tribunales de la jurisdicción conferida por la ATCA en los casos de tortura, salvo que el demandado haya cumplido con demostrar que los factores Gilbert se inclinan fuertemente a favor de un juicio en la jurisdicción extranjera”.*¹⁴³

Poco después de decidir el caso *Wiza*, el tribunal de distrito desestimó el caso *Aguinda* en base a la doctrina de *forum non conveniens*. Esta vez, el tribunal de distrito concluyó que el argumento de los demandantes respecto del ATCA “era de escasa relevancia” ya que en el caso *Wiza*, “la doctrina se aplica sin menoscabo alguno a los juicios entablados en virtud del ATCA que no se encuentran dentro del ámbito de la TVPA”.¹⁴⁴ La desestimación fue confirmada en apelación, y la única mención de la ATCA en la decisión del Segundo Circuito fue en la siguiente nota al pie:

*“Los demandantes sostienen que deberíamos interpretar que la ATCA se ajusta a su demanda sobre medio ambiente, y expresar, como la TVPA, un fuerte interés de orden público estadounidense al proporcionar una jurisdicción para la adjudicación de dichas demandas. Nosotros no tenemos la necesidad de decidir sobre ninguna de estas cuestiones. Incluso si aceptáramos la interpretación de Derecho del demandante en ambas cuestiones, los factores de interés público y particular que afectan este caso nos obligarían a confirmar el fallo del tribunal de distrito”.*¹⁴⁵

Después del segundo pronunciamiento por parte del Segundo Circuito en el caso *Aguinda*, el caso *Flores* contra *Southern Peru Copper Corporation* fue desestimado por otro tribunal de distrito de Nueva York en base a fundamentos de *forum non conveniens*. El caso *Flores* involucraba demandas por daños personales interpuestas por residentes peruanos que alegaban daños al medio ambiente provenientes de las operaciones mineras de una compañía estadounidense en el Perú.¹⁴⁶ Al desestimar el caso, el tribunal primero rechazó la sugerencia de los demandantes que sostenía que la ATCA excluye las desestimaciones de *forum non conveniens* en conjunto.¹⁴⁷ El tribunal entonces expresó que el único efecto que la ATCA tenía sobre el análisis de la doctrina de *forum non conveniens* era que los demandantes extranjeros que demanden en virtud de la ATCA no pueden estar sujetos a menor deferencia:

¹⁴² 28 U.S.C. § 1350 App., agregado como complemento de la ATCA en 1991.

¹⁴³ *Wiza*, 226 F. 3ro. en 106.

¹⁴⁴ *Aguinda*, 142 F. Supp. 2do. en 534.

¹⁴⁵ *Aguinda*, 305 F. 3ro. en 480 n.3.

¹⁴⁶ *Flores*, 2002 WL 1587224 en *1 (el caso *Flores* esencialmente gira en torno a los mismos hechos que el caso *Torrez*, excepto que en el caso *Torrez* no se presentaron demandas en virtud de la ATCA).

¹⁴⁷ Véase *Flores*, 2002 WL 1587224 en 14-16 (donde se cita los casos *Wiza* y *Jiro*).

*"Podríamos sostener que la circunstancia creado por la ATCA es análoga a la de un tratado que otorga a los ciudadanos extranjeros acceso a los tribunales estadounidenses; y, en dicha situación, el Segundo Circuito ha resuelto que cuando un tratado con una nación extranjera confiere a sus ciudadanos un acceso a nuestros tribunales equivalente a aquel concedido a los ciudadanos estadounidenses, se debe aplicar a dichos ciudadanos extranjeros estándares de *forum non conveniens* idénticos a los que se aplicarían a los ciudadanos estadounidenses (...). Si uno hace una analogía entre estos casos de tratado y uno interpuesto en virtud del acceso a los tribunales dispuesto por la ATCA, entonces los demandantes en el caso de autos no estarán sujetos al descuento que de lo contrario se impondría a su elección de jurisdicción por ser residentes extranjeros. Pienso que éste es el efecto máximo que la ATCA puede tener al aplicar la doctrina de *forum non conveniens* a este caso".¹²⁹*

Los demandantes en el caso *Flores* han apelado ante el Segundo Circuito, argumentando que la doctrina de *forum non conveniens* no puede ser aplicada en los casos comprendidos por la ATCA o, alternativamente, que el análisis del Derecho Común Federal sobre la doctrina de *forum non conveniens* se altera en los casos sujetos a la ATCA. Dicha apelación se encuentra pendiente de resolución. Independientemente de cualquier relación, si la hubiere, que establezca el próximo fallo del Segundo Circuito en el caso *Flores*, entre la doctrina de *forum non conveniens* y la ATCA, el fallo seguramente generará una proliferación de litigios sobre si un caso es interpuesto adecuadamente al amparo de la ATCA. Ello, a su vez, es probable que se centre en lo que ya son dos temas bastante discutidos en los tribunales: (1) si la ATCA crea un derecho privado de acción para todas las infracciones del Derecho internacional; y, (2) si una violación del Derecho internacional es alegada adecuadamente.¹³⁰ En efecto, la apelación pendiente de resolución en el caso *Flores* también se ajusta a la afirmación del tribunal de distrito que señala que la ATCA no era aplicable en dicho caso, ya que los supuestos daños al medio ambiente no constituían infracciones al Derecho internacional.

V. CONCLUSIÓN

No cabe duda que la doctrina de *forum non conveniens* ha sido una poderosa herramienta de defensa en los procesos iniciados por demandantes extranjeros en los Estados Unidos -en particular demandantes latinoamericanos- en los que se pretenden indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de las actividades de empresas estadounidenses. Asimismo, es indudable que la doctrina, a pesar de tener una antigüedad menor a veinticinco años, "está produciendo una intensa controversia pública, implica un mayor número de procesos judiciales y ha producido el surgimiento de una voluminosa literatura legal".¹³¹ A las compañías basadas en los Estados Unidos con operaciones en el extranjero se les recomienda seguir de cerca los cambios en esta área del Derecho, a fin de maximizar la futura utilidad de la doctrina como una herramienta de defensa en los litigios internacionales.

¹²⁹ *Id.* en *29.

¹³⁰ Véase ROLLÉ, *supra* nota 140, p. 154-155; BLUMBERG, *supra* nota 140, p. 516-18; WALTER, *supra* nota 140, p. 573-550.

¹³¹ BLUMBERG, *supra* nota 140, p. 504 y a.36; véase ROGGE, *supra* nota 7, p. 300 (los cambios recientes en la doctrina han generado un "crecimiento y agitado debate" respecto de los múltiples problemas políticos, sociales y económicos que afrontan los tribunales en la nueva economía global -incluyendo hacer un llamado a las compañías estadounidenses para que actúen con mayor responsabilidad en sus actividades extranjeras).