

"Forum non conveniens" y "Forum shopping" en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias

Antonio Javier Adrián Arnaiz

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
de la Facultad de Derecho de Valladolid

1. INTRODUCCION.

Los avatares del proceso de construcción de la Unión Europea desvían, en ocasiones, el interés de los observadores de la realidad social europea a problemas falsos, es el caso, por ejemplo, del principio de subsidiariedad¹; mientras que otros problemas jurídicos reales permanecen inéditos, fuera del alcance del interés general comunitario. Problemas jurídicos aparentemente técnicos, pero cuya razón de ser obedece a los méritos e inconvenientes en el ámbito comunitario de codificar las relaciones económicas internacionales según esquemas jurídicos bien conocidos en la Europa occidental continental: el derecho legislado vincula al juez y no permite la discrecionalidad dentro del proceso de decisión judicial.

El debate es intenso en esferas jurídicas muy reducidas; se vincula incluso a la pervivencia en los finales del siglo XX del Derecho Común de la Europa Medieval². Las posturas se radicalizan desde la perspectiva del Common Law, y las paradojas jurídicas aparecen con alguna frecuencia: muchos juristas y políticos de países del Common Law critican el activismo judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues, entienden que la postura federalizante del Tribunal respecto de la codificación comunitaria es incompatible con un sistema de base legal, y, por el contrario, los juristas de la Europa

continental aprueban en general este razonamiento jurisprudencial. ¿Existe, entonces, una inversión de posturas en los criterios tenidos por tradicionales entre los juristas del Common Law y los juristas del Derecho Civil? ¿El modelo comunitario de integración económica responde en el plano judicial al cartesianismo del Tribunal de Casación francés o al empirismo de los Tribunales del Canciller inglés? La respuesta sería circular a menos que no exista un consenso — que no existe — sobre el sentido histórico de la codificación durante el siglo XX³.

La falta de consenso se aprecia con meridiana claridad en el análisis de los fenómenos jurídicos del "Forum non conveniens" y el "Forum shopping" cuya terminología responde a unos aforismos sincréticos, típicos del empirismo anglo-americano, y, no obstante, plantean problemas jurídicos clásicos de la codificación nacional del Derecho Internacional Privado desde finales del siglo XVIII hasta la época actual, etapa acertadamente calificada con el nombre de segunda generación de la codificación nacional del Derecho Internacional Privado. La aparición de estos problemas en la codificación comunitaria devuelve a la realidad a algunos juristas de la Europa continental, convencidos de la utilidad total de la uniformización de las relaciones jurídicas de contenido económico, en un fase histórica en la que las dudas acerca del contenido real de un Derecho Internacional Privado Europeo se mantienen⁴.

La dialéctica codificación/Common Law persiste hoy en día en el modelo real de integración jurídica, y más aún en el mundo de los negocios europeos, base real de modelo de integración económica. Así, los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado del siglo XIX, vinculados en ocasiones a la Europa de los nacionalismos, reaparecen en la realidad actual objeto de una profunda actividad legislativa, y además en un instrumento jurídico muy formalizado y rígido, indispensable para que los agentes jurídicos y económicos de la construcción europea calculen los efectos de sus relaciones y la previsibilidad de las decisiones judiciales en caso de conflicto: el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias judiciales en materia civil y mercantil y su protocolo anejo, hechos en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968, y el Convenio paralelo CEE-AELC hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988⁵.

2. JURISDICCION Y SITUACIONES JURIDICAS INDIVIDUALES CON ELEMENTO DE EXTRANJERIA.

El fenómeno del forum shopping radica en la búsqueda por parte del demandante del juez o tribunal del que espera una decisión favorable a sus intereses. Este fenómeno ha sido vivamente criticado desde diversas posturas, si bien ha sido la doctrina norteamericana quien ha hecho un análisis más crítico del forum shopping⁶.

El principio del forum non conveniens es un elemento correctivo de ciertos foros de competencia judicial que pueden originar situaciones abusivas o vejatorias para el demandante o simplemente contrarias a los objetivos de una buena administración de justicia⁷.

Mientras que el fenómeno del forum shopping parte de la relatividad de las situaciones jurídicas individuales con elemento de extranjería en un espacio mundial dividido en Estados soberanos e independientes; es decir, en la disparidad de sistemas jurídicos estatales para regular el fenómeno real de situaciones jurídicas individuales que se desarrollan a través de las fronteras nacionales y cuyos efectos jurídicos se localizan en dos o más ordenamientos jurídicos estatales,

el forum non conveniens es cada día más, en el moderno tráfico internacional, una respuesta unilateral al forum shopping. Este hecho no ha sido siempre así, pero ciertos litigios actuales de conocida transcendencia para el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales así lo atestiguan: es el caso Bophal, paradigma moderno de las distintas funciones del forum non conveniens en el comercio mundial Norte-Sur⁸.

No obstante, la relatividad general de las distintas categorías del Derecho Internacional Privado en el espacio mundial y, por lo tanto, de sus soluciones legales y jurisprudenciales, conviene precisar que estos fenómenos tienen como punto de referencia el concepto de jurisdicción en Derecho Internacional Privado, y los principios generales de territorialidad y personalidad de las leyes. No es casual, pues, que el principio del forum non conveniens tenga su acomodo formal en los sistemas jurídicos del Common Law, cuya noción de jurisdicción no encuentra certera referencia en los países de la Europa continental. En efecto, en la teoría jurídica anglo-americana el concepto de "jurisdiction" se refiere a los límites espaciales de las competencias estatales en las tres esferas del poder de un Estado: la competencia legislativa, la acción de los órganos del poder administrativo y la competencia jurisdiccional. Mientras que en España el concepto de jurisdicción es más limitado, como se aprecia fácilmente del análisis del artículo 21 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que fijan la extensión y límites de la jurisdicción española, este es, de los jueces y tribunales españoles en el espacio mundial⁹.

Así, ocurre que se utilicen los términos de jurisdicción territorial y jurisdicción personal para señalar indistintamente el criterio de atribución de competencia judicial en Derecho Internacional Privado, como igualmente la idea de que los órganos de un Estado ejercen sus funciones en el territorio propio de este Estado. Pero en su sentido más clásico en Derecho Internacional Privado, los conceptos de territorialidad y personalidad no agotan todos los modelos de atribución de competencia judicial, pues, si bien es cierto que la "jurisdicción in personam" y la "jurisdicción in rem" constituyen la base de cualquier sistema de Derecho Internacional Privado

estatal o convencional, uno de los rasgos que caracterizan el moderno tráfico comercial internacional es la existencia de los convenios atributivos de jurisdicción, cuya razón de ser es la antítesis del *forum shopping*¹⁰.

3. FORUM NON CONVENIENS Y REGLAS JUDICIALES FLEXIBLES.

La aparición y gradual consolidación de ciertas reglas judiciales flexibles en la Edad Media en Europa se relacionan, con algún grado de seguridad, con los procedimientos para acudir a los tribunales reales de justicia en el Reino Unido, a partir de la conquista normanda en el año 1066. El desarrollo de estos procedimientos — *writs*— en un contexto histórico de feudalismo atípico, ha motivado distintas interpretaciones, pero parece razonable pensar que las particularidades de la conquista normanda permitirán durante bastante tiempo la pervivencia de costumbres locales de origen sajón principalmente con instituciones procedentes del feudalismo francés: es la idea de la carencia total de un modelo de sociedad civil inglés¹¹.

En la Europa continental el cruce entre personalidad de las leyes y territorialidad de las leyes, entre leyes a veces antagónicas, dará lugar a la teoría de los Estatutos a partir del siglo XIII, origen de la actual teoría general sobre los conflictos de leyes¹². Aunque la política inglesa está denominada por los señores feudales, éstos dependen cada vez más de un incipiente sistema de redes de procedimiento para solicitar la justicia real y nuevas formas de concentración del poder real se desarrollan en la multiplicidad de los "*writs*", lo que se explica en el abandono total en Inglaterra del Derecho Romano¹³, y en una progresiva conciencia del papel de la Cancillería del Rey, en asuntos que antaño eran de la competencia de los señores feudales¹⁴. Los compromisos judiciales contenidos en la Carta Magna de 1215 favorecerán el carácter acusadamente procedimental del Common Law, a la vez que guiarán los movimientos de reforma judicial de los excesos y rigideces del sistema de los "*writs*": es el papel asignado a la "*equity*"¹⁵.

La tentación de adjudicar a los "*writs*" del

Common Law los defectos de las reglas judiciales rígidas y abstractas, y a los procedimientos corregidos mediante la intervención de la "*equity*" como reglas judiciales flexibles y más justas, es ciertamente intensa. Y gozaría del atractivo añadido de dotar de racionalidad histórica el debate actual en la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre los modelos de jurisdicción válidos en el tráfico jurídico internacional desde la perspectiva de la cooperación judicial entre Estados, debate centrado en la elaboración de un sistema de listas —calificadas de blancas y negras— en las que se insertarían los foros de competencia aceptables para el reconocimiento y ejecución de sentencias en un espacio judicial mundial, y los foros de competencia exorbitantes rechazados de plano en el ámbito de la cooperación internacional¹⁶. Pero al igual que la Conferencia de la Haya se interroga sobre la viabilidad del sistema a partir de una tercera lista de foros de competencia —calificada con el nombre de gris—, es decir, acerca de la dificultad de aceptar plenamente una contraposición nítida entre reglas judiciales aceptables y reglas judiciales indeseables en un espacio mundial caracterizado por los conflictos de soberanía en el terreno de las relaciones comerciales y los conflictos de civilización en ciertos sectores del derecho civil¹⁷, el desarrollo histórico del *forum non conveniens* parece ajeno a la idea hegeliana del derecho como producto de la realización progresiva del espíritu de cada pueblo.

El *forum non conveniens* nace en Escocia, salta a la otra orilla del Atlántico, a Estados Unidos, y finalmente se asienta en Inglaterra¹⁸. ¿Por qué nace el *forum non conveniens* en Escocia, único reino del Common Law donde pervivió el Derecho Romano durante la Edad Media? ¿Por qué se asienta finalmente en Inglaterra el *forum non conveniens*, cuando el ciclo jurídico de expansión de las reglas judiciales flexibles tiene su punto de partida en el derecho inglés? ¿El *forum non conveniens* es quizá una institución desgajada del Derecho Romano en contacto con costumbres locales escocesas? Las respuestas no son sencillas, y seguramente no hay una única respuesta a toda esta problemática.

Parece, pues, necesario proceder a un análisis histórico del concepto de jurisdicción en Escocia

y el papel de los tribunales escoceses ante la Reforma protestante. Las rebeliones políticas acaecidas en Escocia bajo los auspicios de las tesis de Calvino, la justificación de la resistencia política defendida por John Knox en Escocia frente a la coalición católica entre el reino de Escocia y el reino de Inglaterra, producirán una multitud de casos judiciales al amparo de los destierros o abandonos de las tierras de labrantía en Escocia por los rebeldes escoceses, etc., entre los que cabe destacar el razonamiento judicial que fijará el foro de competencia *arrestment and fundadam jurisdictionem* a lo largo del siglo XVI. Este foro exorbitante de competencia judicial no está lejos de configurarse en sus inicios como una respuesta jurídica —si se quiere como represalia jurídica— a la tesis de la resistencia política como forma de propagar el credo calvinista en Escocia, dicho con una terminología muy actual sería un “long-arm-statutes” del Derecho de los Estados Unidos con finalidad religiosa¹⁹.

Veamos, pues, el esquema jurídico de la jurisdicción *arrestment and fundadam jurisdictionem*: la existencia de un bien mueble perteneciente al demandado se encuentra en manos de una tercera persona, ella misma sujeta a jurisdicción *in personam* de los tribunales escoceses, y que posee el bien en cuestión por cuenta del demandado, por todo lo cual se puede secuestrar ficticiamente un crédito de este último contra un tercer deudor residente en Escocia. La figura de este secuestro ficticio sin necesidad de ningún vínculo entre el bien secuestrado y el objeto del proceso, resulta una construcción puramente intelectual, un artificio para justificar la jurisdicción *in personam* de los tribunales escoceses²⁰.

Es difícil especular acerca de si el Tratado de la Unión entre Escocia e Inglaterra de 1707, que mantiene un sistema autónomo de Derecho Internacional Privado en Escocia, a la vez que uniformiza la vida política de los antiguos reinos por la vía del reformismo protestante, atenuará o reforzará el foro *arrestment and fundadam jurisdictionem*, pero sin una evolución histórica muy determinada, parece cierto que será a lo largo del siglo XIX cuando los tribunales escoceses reconduzcan sus razonamientos judiciales exorbitantes. A tal efecto, es la sentencia *Clements c. Macaulay* el punto de inflexión de la teoría del *forum non conveniens*

en el Sistema de Derecho Internacional Privado. La paradoja del asunto es que la sentencia en apelación rechaza el *forum non conveniens*, pero posteriormente es invocada como el germen del principio del *forum non conveniens*. En todo caso, el asunto litigioso era el siguiente: el demandante residía indistintamente en Nueva Orleans o en Londres, el demandado residía indistintamente en Nueva Orleans, el contrato litigioso versaba sobre el transporte de mercancías de origen militar entre Cuba, entonces Colonia española y algunos Estados Conferados, especialmente Tejas, en los días turbulentos de la Guerra Civil en Estados Unidos. El demandante inicia el litigio, en una forma jurídica próxima al fenómeno del *forum shopping*, ante los tribunales escoceses, pues, ha conseguido el demandante secuestrar bienes del demandado en Escocia. El juez de instancia admite la intervención del *forum non conveniens*, ya que consideró que el litigio no tenía vínculos reales con Escocia, pero la Court of Session rechazó este razonamiento judicial y rechazó la inhibición de competencia del juez de instancia. No obstante, los hechos litigiosos del caso *Clements c. Macaulay* perdurarán en posteriores razonamientos judiciales, y a partir del caso *Sim c. Robinow* de 1882, el principio del *forum non conveniens* será operativo siempre que el demandado demuestre al juez escocés que existe un tribunal de otro Estado, igualmente, que puede fallar el litigio de la manera más conveniente tanto para el interés de las partes como para las exigencias de la justicia²¹. Es, pues, en adelante el foro del *arrestment and fundadam jurisdictionem* el objeto principal de intervención del principio del *forum non conveniens*, pero igualmente terminará interviniendo en otros foros de competencia siempre que el demandado “*in limine litis*” durante el proceso no conteste la jurisdicción exclusiva de un tribunal escocés, en cuyo caso es difícil que un tribunal escocés pueda admitir la competencia de un tribunal extranjero según el punto de vista del derecho escocés²².

La invocación por parte del demandado del *forum shopping* por parte del demandante es sin duda un buen elemento de prueba para la declaración de incompetencia del juez escocés, pero nunca el único elemento de prueba, y otro tanto cabe decir de la aplicación de un derecho extranjero al litigio por parte del juez escocés²³.

4. FORUM NON CONVENIENS Y JUSTICIA.

Cuando la doctrina del *forum non conveniens* se consolida definitivamente en Inglaterra, en época ciertamente reciente, y siguiendo los razonamientos de los tribunales escoceses en lo fundamental, los tribunales ingleses mantienen la fórmula jurisprudencial ya conocida en Escocia: conveniencia del interés de las partes y los objetivos de la justicia. Esta fórmula cuando es analizada en la célebre sentencia *The Sipi* de la Cámara de los Lores de 19 de noviembre de 1986, nos remite necesariamente a la idea de la justicia en el *Common Law*, y adicionalmente a si esa idea de justicia es la misma de los tribunales escoceses del siglo XIX.

Quizá la primera duda que asalta al jurista en esta materia, en especial desde el punto de vista de un jurista de Derecho Civil, es si la justicia es un criterio de atribución de competencia judicial internacional practicable en los esquemas jurídicos del Derecho como creación del legislador. La respuesta siquiera que parcial está en la progresiva consolidación de los foros de protección de la parte débil en una relación contractual, pero aquí el debate legal es consecuencia de la dialéctica justicia conflictual o justicia material en la configuración legal de los sistema de Derecho Internacional Privado. Por todo ello, antes de incidir directamente sobre este dilema, es preciso rastrear el origen del concepto de justicia en la historia del Derecho del *Common Law* y luego en el Derecho de base legal.

A este respecto, en una síntesis que no anule el razonamiento general, podemos identificar al puritanismo religioso de origen protestante como el elemento que con el paso del tiempo cristalizaría en formas jurídicas de interpretación idealista que concibe la idea de lo justo (*right*) como realización de una forma religiosa. Es a ROSCOE POUND a quien debemos tan brillante conclusión: la historia del *Common Law* es aquella parte de la realización de una idea religiosa de lo que es justo (*right*) y de lo ésta declara como Derecho(*law*)²⁴. Este autor demuestra la función crucial del puritanismo religioso en el desarrollo del papel de la "equity" en el derecho inglés, y éste se desarrolla como contraposición al sistema de los "writs" del

*Common Law*²⁵. Desde este punto de vista, y Roscoe Pound es reconocido en el mundo jurídico anglo-americano como el máximo expositor del *Common Law* en el siglo XX, el *forum non conveniens* ha sido, y puede seguir siéndolo, una fórmula jurisprudencial práctica de lo justo (*right*) y que se convierte en una teoría del Derecho(*law*), al menos en Escocia y previsiblemente en Inglaterra en los próximos años. Si bien en Estados Unidos, la posición de este país en el concierto mundial y su papel de liderazgo económico mundial en proceso de incipiente declive, oscurece algo más las reflexiones de POUND sobre la función del puritanismo religioso en el desarrollo del *Common Law*.

Pero asociar exclusivamente la idea de justicia en el *Common Law* al puritanismo religioso sería excesivo, y es en todo caso ajena al pensamiento jurídico global de POUND, y en este sentido es preciso referirse a otro componente básico del concepto de justicia en el mundo jurídico angloamericano anterior al siglo XX: el utilitarismo en su aparente confrontación con la idea de justicia. No es aquí el lugar para debatir la argumentación de RAWLS acerca de la imposibilidad del utilitarismo de BENTHAM y MILL de fundamentar debidamente una teoría de la justicia, tesis ésta mayoritariamente aceptada en la Europa continental, pero sin duda alguna las palabras de MILL acerca de la indudable conexión entre cualquier variedad de lo conveniente (*expedient*) y lo que es demostrable como justo según el célebre aforismo "la medida de lo bueno y lo malo es la mayor felicidad del mayor número", y los test de demostración de lo que es correcto (*right*) e incorrecto (*wrong*), aparecen reflejadas en el razonamiento judicial del Test del balance de intereses en el *forum non conveniens*; y en general en la "rule of season" del derecho antitrust en Estados Unidos, sin olvidar la ponderación de intereses en el sistema "pre-trial-discovery" para la obtención de pruebas en el extranjero²⁶.

¿Pero en la Europa continental no existen consideraciones de conveniencia de las partes y objetivos de justicia en general en la configuración de foros de competencia? Tomemos sólo un ejemplo de la práctica del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: el artículo 5.3 relativo a la

competencia judicial delictual. Este precepto configura la competencia del juez del Estado miembro de la CEE del lugar en donde se haya producido el hecho dañoso, una regla judicial en apariencia rígida y abstracta, procedente del modelo de Savigny de justicia conflictual en cuanto que conexión más relacionada con la naturaleza de la relación jurídica litigiosa. No obstante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha necesitado interpretar el *forum delicti commissi* del artículo 5.3 ante las complejidades crecientes del tráfico intracomunitario en sectores de nueva implantación en Derecho Internacional Privado, como es el caso del Medio Ambiente o los accidentes de avión. Así, el Tribunal de Justicia en el asunto Minas de Potasio de Alsacia de 30 de noviembre de 1976, se encontró ante un problema jurídico nuevo: la responsabilidad civil extracontractual derivada de un daño continuado o en cascada, conectado a más de un Estado. La observación de las nuevas realidades del tráfico jurídico internacional aconsejaron al Tribunal de Luxemburgo a disociar el *forum delictual* del artículo 5.3 del Convenio de Bruselas en dos índices de atribución de competencia judicial diferentes: el lugar en que se ha producido el daño y el lugar del suceso causal que sea origen del perjuicio²⁷. En consecuencia, y esto es lo importante desde el punto de vista que aquí nos interesa, la víctima del daño puede presentar su demanda ante tribunales de dos Estados diferentes a conveniencia de sus intereses: es una manifestación del *forum shopping* en el espacio judicial comunitario. La ampliación jurisprudencial de la base legal del artículo 5.3 del Convenio de Bruselas suscita varios problemas jurídicos, pero de manera muy especial cabe interrogarse acerca de la dirección exacta del razonamiento judicial: ¿consideraciones de justicia material o adecuación a las exigencias del tráfico internacional? La doble opción del demandante o regla de la ubicuidad²⁸ respondería según una argumentación en línea con la metodología de la jurisprudencia de intereses, a la necesidad de protección de la víctima del daño²⁹, y al mismo tiempo supondría una justificación del *forum shopping* desde la perspectiva de la técnica del foro de protección de la parte débil en la relación contractual. El Gobierno de Holanda y la Comisión de las Comunidades Europeas evocaron estas

consideraciones de justicia material durante el procedimiento ante el Tribunal de Luxemburgo.

Una interpretación totalmente distinta de la regla de la ubicuidad se relaciona con los objetivos generales del Convenio de Bruselas, y particularmente con el criterio de razón de proximidad del juez al objeto del litigio, base de todo el artículo 5 del citado Convenio. Este criterio por su propia naturaleza desalienta el *forum shopping*, pues, una buena administración de justicia aconseja siempre descartar la solución que condujese a elevar excesivamente el número de tribunales competentes. A este respecto, se recuerda que la sentencia Minas de Potasio de Alsacia no utiliza ni tampoco hace referencia a la idea de protección a la víctima, y lo que es más importante: una generalización de la regla de la ubicuidad en favor de la víctima conduce directamente a crear foros de competencia basados en el domicilio del demandante, en evidente contradicción con la filosofía general del Convenio de Bruselas³⁰.

Ha sido el argumento de la posible consolidación del foro del domicilio del demandante, la razón central de que el Tribunal de Justicia haya hecho una interpretación restrictiva de la regla de la ubicuidad, pues, si el domicilio del demandado expresa en el Convenio de Bruselas la regla de oro de la defensa de los derechos del demandado, base de las garantías jurisdiccionales de los sistemas implicados en el Convenio de competencia judicial³¹, es en el sistema de los Estados Unidos donde el criterio del *forum actoris* opera como regla básica de atribución de competencia judicial, a la vez que explica la necesidad de utilizar el *forum non conveniens* por parte de los tribunales norteamericano³². Así, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de enero de 1990, se ha inclinado abiertamente por la utilización del objetivo general de una buena administración de justicia en un caso referente a una nueva interpretación del artículo 5.3 del Convenio de Bruselas, en este litigio el problema central versaba sobre un concepto tributario de la regla de la ubicuidad: la víctima indirecta de un perjuicio sufrido por una sociedad matriz como consecuencia de las pérdidas económicas de su filial.

El litigio en cuestión ya no era un problema de polución transfronteriza con una disociación

geográfica en dos Estados, entre el daño y su causa, sino la reparación del daño que pretenden haber recibido dos sociedades francesas por el estado de insolvencia de sus filiales alemanas. La novedad del litigio consiste en que la acción por responsabilidad cuasidelictual presentadas por las sociedades francesas en Francia frente a unos bancos alemanes, versaba sobre un daño inicial que experimentaron en Alemania las filiales de las sociedades francesas, y sólo indirectamente y a resulta del mismo sufrieron las sociedades matrices francesas un perjuicio económico. En todo caso, no obstante, que el caso litigioso sea jurídicamente distinto, también cabe apreciar en el razonamiento judicial del Tribunal de Luxemburgo una aproximación sustancial a la teoría de la buena administración de justicia, y en especial la sentencia es radicalmente contraria al *forum shopping* en el punto n.º 18 de la sentencia, así como el punto n.º 19 a la idea de propiciar o favorecer cualquier criterio de atribución de competencia judicial resultante del foro del domicilio del demandante, todo ello sin olvidar que el punto n.º 21 de la sentencia el Tribunal argumenta cuestiones de derecho material referentes a que el lugar en que se manifiesta el daño inicial presenta generalmente un estrecho vínculo con los restantes elementos constitutivos de la responsabilidad. Esta última apreciación relacionada, no obstante, con el domicilio de la víctima indirecta está fuera del campo de actuación del método de la jurisprudencia de intereses en favor del perjudicado por el daño, indicando una dirección jurisprudencial formalista y abstracta para los supuestos de delitos y cuasidelitos civiles relativos a intereses y derechos no especialmente localizados, por ejemplo, atentados contra los derechos de la personalidad o los derechos de propiedad industrial o intelectual, así como los actos de competencia desleal³³.

En definitiva, el Tribunal de Justicia se posiciona contra una posible legitimación del demandante para que invoque un daño del que afirme ser la consecuencia del perjuicio sufrido por terceros, víctimas directas del hecho dañoso, para presentar su demanda contra el autor del daño en el Estado del lugar en el que el propio demandante haya experimentado el daño, en su propio patrimonio, pero también lo hace contra

el *forum shopping* inducido por el juego de las propias reglas del Convenio de Bruselas. Parece, por lo tanto, descartable de todo punto que el Tribunal de Justicia se plantee la necesidad de conceder al juez elegido por el demandante que alegue un perjuicio económico indirecto, alguna regla o mecanismo judicial de desistimiento de competencia en beneficio del juez del Estado del lugar inicial del hecho dañoso. Dicho de otro modo: ¿la afirmación acerca de la diferencia estructural entre los delitos disociados espacialmente en el Mercado Interior comunitario y los delitos no localizados espacialmente en el citado Mercado existen, o al menos son diferencias tan sustanciales como para eliminar cualquier foro de protección de la parte débil? La respuesta no es sencilla, y ante el grado de abstracción que la citada disyuntiva plantea, ¿no es un buen criterio de administración de justicia la graduación judicial de la regla de la ubicuidad según las conveniencias e intereses de las partes en el litigio? Desde esta perspectiva más que la defensa del *forum non conveniens* en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias, lo que se plantea es la necesidad de ampliar el *forum actoris* no sólo a los casos previstos por el propio Convenio, acreedor de alimentos, tomador del seguro, consumidor, a casos no previstos legalmente de protección de la víctima pero tampoco expresamente prohibidos: flexibilizar una zona gris de elección de foros de competencia judicial según consideraciones de justicia material, pues, la adecuación a las exigencias del tráfico internacional en cuanto que juicio de concretización de los foros especiales del Convenio representaría el retorno a la jurisprudencia conceptualista³⁴.

5. FORUM SHOPPING Y BUENA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el foro del lugar del hecho dañoso no altera sustancialmente el concepto de buena administración de justicia en la Europa continental. P. BOUREL recuerda, en este sentido, que este concepto se relaciona con los objetivos procedimentales de interés pri-

vado, distintos de los intereses públicos relativos a la cuestiones de fondo sobre las que descansa la economía general del Convenio de Bruselas³⁵. Es decir, según la fórmula de la sentencia *The Spi-liada* de la Cámara de los Lores estos objetivos se vinculan con la conveniencia de los intereses de las partes, y según el Test del *forum non conveniens* en Estados Unidos con los factores de interés privado.

Analizamos, pues, la estructura de estos factores de interés privado en Estados Unidos. A tal fin, será necesario referirnos al caso *Bophal*. Este litigio fue consecuencia de un escape de isocianato de metilo de la planta química en Bophal de la empresa filial india de la multinacional *Union Carbide Corp.*, de nacionalidad norteamericana, y cuyas consecuencias principales fueron unas 2.100 muertes y más de 200.000 afectados con graves secuelas de por vida³⁶. La postura de los demandantes de acudir a los tribunales de los Estados Unidos es una manifestación del *forum shopping* en un contexto Norte-Sur del Derecho Internacional Privado: los demandantes acuden a los tribunales de los que esperan una solución más favorable para sus intereses, pero los motivos serían más concretos que obtener simplemente una mejor indemnización o una baza importante de cara a una transacción extrajudicial. Es el desarrollo de prácticas transnacionales en el espacio mundial, sin que las fronteras estatales apenas signifiquen nada en este proceso de expansión acelerada de las empresas multinacionales. La polarización Norte-Sur no es ajena a esta nueva configuración del *forum actoris*, que es *forum shopping*, pero también obedece a razones jurídicas desconocidas para la codificación actual del sistema de Derecho Internacional Privado. En definitiva, las demandantes hindúes en el fondo cambiaban la realidad por el realismo.

Los factores de interés privado utilizados por el Juez del Distrito Sur de Nueva York son los del Test *Gilbert-Piper* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: I) facilidad de acceso a las fuentes de prueba, II) posibilidad de atraer ante los tribunales a testigos no voluntarios, III) coste de atraer ante los tribunales a testigos no voluntarios, IV) posibilidad de revisar las instalaciones si fuera necesario para el caso, VI) los problemas de la ejecución de la sentencia, VII) ventajas y

obstáculos para un juicio limpio, y VIII) como cláusula de cierre del Test de factores privados, que el juicio sea rápido, fácil y poco costoso³⁷. El estudio de F. ZAMORA pone de manifiesto las razones del juez estadounidense: el acceso a las fuentes de prueba es determinante para que el juez se declare *forum non conveniens*, pues, del análisis de las circunstancias de la causa del litigio, son los tribunales de la India los más adecuados³⁸.

Estos factores de interés privado del caso *Bophal* son homologables con los objetivos de una buena administración de justicia según el sistema de Bruselas. La respuesta parece indicar una parcial homologación, pero nunca una compatibilidad total³⁹. Homologables, no obstante, con la doctrina de la Cámara de los Lores; la respuesta anterior cabe trasladarla a este segundo plano de comparación. ¿Entonces el Caso *Bophal* es ajeno al *forum shopping* y al *forum non conveniens* tal como se entienden en Europa? ¿La relatividad general que se predica del sistema de Derecho Internacional, añadida a la transnacionalización de la economía internacional y a la polarización Norte-Sur, impiden en realidad la búsqueda fuera del sistema de Bruselas de otros marcos de referencias?⁴⁰

La respuesta es tímidamente afirmativa. Y sin embargo, todavía es preciso profundizar más en el caso *Bophal*, y en concreto en los factores de interés público. Es verdad como ha señalado P. LAGARDE que estos factores aún más se alejan de las orientaciones generales de objetivos de una buena administración de justicia en Europa⁴¹, lo que no impide una breve referencia. Los factores públicos son los utilizados en el Test *Gilbert-Piper* y podríamos resumirlos: I) las dificultades administrativas resultantes de la congestión de los tribunales y sus consecuencias sobre las constituciones de jurados, II) el interés local en decidir controversias localizadas en Estados en las que estén ubicadas, y III) el interés en que el caso se decida según un foro que conozca bien el derecho aplicable y evitar así los problemas suscitados por los conflictos de leyes o la aplicación de un derecho extranjero. Destacar aquí como la eventual aplicación por el juez de Nueva York de un derecho extranjero —en este caso el derecho de la India— es un indicio en favor del *forum*

non conveniens. Pero es significativo que el juez norteamericano haya recurrido en materia de derecho aplicable a la regla de la Ley del lugar del hecho dañoso con la consecuencia de limitar la responsabilidad civil de la empresa multinacional Unión Carbide, en vez de realizar una argumentación judicial según la doctrina del Análisis de Intereses, regla básica hoy en la jurisprudencia de Estados Unidos en materia de delitos civiles y origen de la llamada "Conflict Revolution" en Estados Unidos, cuyas consecuencias en Europa son innegables, no importa la graduación exacta de la dirección legislativa o jurisprudencial del impacto de las tesis norteamericanas⁴².

Un segundo factor de interés público a retener es la configuración jurisprudencial de un doble standard de actuación del demandado — una empresa multinacional norteamericana— en su actividad a través de fronteras estatales. Aquí, como señala F. ZAMORA está la base del razonamiento judicial del juez del Distrito Sur de Nueva York: el *forum non conveniens* es un elemento de corrección tanto de las pretensiones del demandante como de los intereses del demandado, al menos desde la perspectiva de Estados Unidos, y en el marco de la polarización Norte-Sur del espacio mundial. Es decir, las empresas multinacionales deben someterse a los "standards" de responsabilidad de los jueces y tribunales del Estado en que se desarrollan sus actividades, y no exclusivamente a los "standards de responsabilidad" del foro elegido por los demandantes, con la finalidad de asimilar los riesgos que experimentan en Estados Unidos los ciudadanos norteamericanos por la actuación en ese país de sus empresas u otras empresas extranjeras, a los riesgos locales menos protegidos por la legislación del domicilio del demandante. Curiosamente, el juez de Nueva York realiza un examen de la India y de sus tribunales de justicia según los esquemas de la *Comitas Gentium de Story*, de tal manera que rehusando juzgar un análisis de intereses de los fines y objetivos de la legislación de la India en materia de responsabilidad civil extracontractual, pues, es una tarea que sólo corresponde a los órganos judiciales hindúes, acaba expresando de manera subliminal que el juez, sabe mejor que la India misma que conviene a los intereses de ese país⁴³.

Todos los ejemplos de la práctica judicial de los Estados Unidos no conducen al mismo esquema de conclusiones. Así, tenemos el caso del accidente aéreo del DC 10 turco en la ciudad francesa de Ermenonville, cerca de París, que plantea los mismos problemas de *forum shopping* y *forum non conveniens*. El accidente implicaba los siguientes factores: la mayoría de pasajeros eran de nacionalidad inglesa, el avión era propiedad de las líneas aéreas turcas, el avión había sido fabricado en Estados Unidos por la compañía McDonnell Douglas Corporation, el accidente había tenido lugar en Francia. Las posibilidades que se planteaban a las víctimas del accidente y a sus herederos eran ciertamente amplias, y el juego de posibles leyes estatales y Convenios internacionales aplicables al caso se subordinaba a la elección del tribunal para presentar las demandas que dieran origen a la solución mejor para los intereses de los demandantes. Aquí, por lo tanto, los demandantes y sus abogados y consejeros desarrollan una razonamiento simulativo acerca de las opciones de competencia judicial y las opciones de competencia legislativa más favorables a sus intereses y las menos interesantes a los fines considerados. Este litigio acaba siendo un ejemplo prácticamente de Manual de Derecho Internacional Privado, pues, plantea la relatividad general de este sistema en un espacio mundial dividido en Estados soberanos e independientes. Sirve, igualmente, como ha hecho F. JUENGER en su Curso General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya para demostrar que el *forum shopping* es la consecuencia natural no deseada de la disparidad de normas de conflicto de leyes estatales en el mundo, y con independencia de la opinión de este autor favorable al abandono del método conflictual y su sustitución por un sustantivismo total en las regulaciones nacionales o internacionales de los problemas del tráfico jurídico internacional⁴⁴, lo cierto es que el papel del *forum actoris* recobra todo su sentido en las nuevas realidades del comercio internacional.

Lo cierto es que la acción fue introducida ante un tribunal del Estado de California, sede de la multinacional norteamericana, con un objetivo muy concreto: Francia lugar del accidente, no contemplaba en su legislación la figura

de la responsabilidad del fabricante —introducida en la mayoría de los países de la Europa Occidental por la vía directa de la Directiva de la CEE de 25 de julio de 1985 y por su influencia⁴⁵—, y la presumible aplicación por el juez francés del Convenio de Varsovia relativo al transporte aéreo internacional significaba una limitación del alcance de la responsabilidad, y para ampliar estos límites era necesario probar la responsabilidad del fabricante. Por consiguiente, como señala T. BALLARINO, los tribunales norteamericanos eran los más favorables a los intereses de los demandantes en un orden doble de razones: de una parte, procedimental, la aplicación del procedimiento "pre-trial-discovery" posibilitaría una aportación de pruebas sustancialmente mayor y con menores gastos que siguiendo el régimen francés; de otra parte, material, la responsabilidad del fabricante era objeto de una jurisprudencia muy sólida en los Estados Unidos frente al desconocimiento del tal figura en Francia⁴⁶.

La aceptación de su propia competencia por el Tribunal de California, y posterior aplicación de su propio derecho al litigio, sitúa este caso en las antípodas del Caso Bophal. Pero la esencia del problema es la misma: el *forum shopping* existe porque ante el razonamiento jurisprudencial —con los artificios intelectuales al modo de los tribunales escoceses, pero al revés— seguido en Estados Unidos para eludir los estrechos límites de responsabilidad garantizados por el Convenio de Varsovia, los perjudicados buscarán la solución más justa al litigio desde el punto de vista de sus intereses. La realización de esta búsqueda conduce a considerar que el Convenio de Varsovia, transacción quizá inevitable para el desarrollo del tráfico aéreo en un contexto histórico bien determinado, no se ajusta a las nuevas demandas de los usuarios de este tipo de transporte en la realidad actual, y si esta tarea de adaptación ha sido consecuencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos, es lógico cuando no simplemente justo, que los demandantes se beneficien de la relatividad general de soluciones legales en el espacio mundial globalizado desde el punto de vista de las relaciones comerciales. Todo ello sin olvidar que este litigio se desarrolla en un contexto de relaciones jurídicas mucho

más homogéneo que en el caso Bophal, un conflicto Norte-Norte, donde el recurso a cualquier regla de doble *standard* es simplemente impensable, pero quizá en la actualidad la rivalidad manifestada en el G.A.T.T. entre Estados Unidos y Europa a propósito del proyecto Airbús europeo, en la práctica un serio rival a la primacía de Estados Unidos en la aviación civil, plantearía con más agudeza el papel del *forum non conveniens* como recurso frente al *forum shopping* en un nuevo marco de relaciones comerciales, caracterizado en ciertos sectores como conflictos de soberanía.

6. EL EFECTO REFLEJO DEL FORUM NON CONVENIENS Y EL IMPERIALISMO JURISDICCIONAL.

La doctrina del *forum non conveniens* según los esquemas jurídicos del Test de intereses Gilbert-Piper del Tribunal Supremo de los Estados Unidos produce, a primera vista, cierta sensación de "fuga del derecho" en un recorrido de varias direcciones, ya sea desde el punto de vista legislativo como en su dimensión judicial. Pero más acusadamente, el *forum non conveniens* produce una reacción en cadena en los Estados que tienen alguna relación de correspondencia con el medio socioeconómico de los Estados Unidos, o simplemente produce un efecto reflejo en el espacio mundial.

En el comercio internacional regulado, o en el mundo de los grandes negocios transnacionales, la primera reacción será la exaltación de los "foros neutrales" o el recurso sin más al arbitraje. Es, sin duda, otra vez más la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos quien ejemplifica este proceso. Como acertadamente ha puesto de relieve F. RIGAUX, el Tribunal Supremo norteamericano se ha adaptado fielmente a las necesidades del liderazgo mundial de Estados Unidos en el comercio mundial, o si se quiere a la adaptación creciente del derecho de los Estados Unidos a la transnacionalización del comercio internacional. El proceso de adaptación es clarificador. En una primera etapa, el Tribunal Supremo acepta la cláusula atributiva de jurisdicción en un contrato entre una

sociedad alemana y una sociedad norteamericana, y el foro elegido había sido un foro "neutral", un tribunal londinense con amplia reputación en materia de derecho marítimo⁴⁷. En una segunda etapa, el Tribunal Supremo extiende su doctrina anterior a las cláusulas de arbitraje, en un contrato entre una sociedad norteamericana y dos sociedades originarias de la República Federal de Alemania y Liechtenstein, en la cual había el peligro de cuestionar la aplicación de la Securities Exchange Act de 1934⁴⁸. Y en una tercera etapa, la cláusula de arbitraje entre una sociedad japonesa y una sociedad norteamericana acerca de la arbitrabilidad de un contrato de distribución selectiva de automóviles, implicaba nada menos que a la Sherman Act de 1890. Pues bien, en esta tercera fase, el Tribunal Supremo en una decisión histórica acepta la arbitrabilidad de las diferencias relativas al derecho de la libre competencia, a salvo claro está que la ejecución de la sentencia arbitral en Estados Unidos queda condicionada a la correcta utilización de la Sherman Act por parte del Tribunal arbitral⁴⁹. Una somera comparación entre la postura de adaptación a las exigencias y nuevas realidades del comercio internacional por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos, y las posturas en Europa acerca de las materias susceptibles de someterse al arbitraje, nos reintroduce en el terreno de las reglas judiciales flexibles frente a las reglas judiciales rígidas, en el papel final que la conveniencia de los intereses de las partes desempeña en la elección de foros apropiados para el buen funcionamiento del comercio internacional⁵⁰.

La elección de foros neutrales es, sin duda, un recurso preferible a ciertas manifestaciones del forum shopping, pero parece claro que en el campo de los delitos civiles el papel reservado a la competencia judicial voluntaria es prácticamente inexistente. Y entonces, reaparece el efecto reflejo del forum non conveniens según el Test Gilbert-Piper: es el caso de la guerra del amianto entre el legislador canadiense y la jurisprudencia de los Estados Unidos. En efecto la Ley de 21 de junio de 1989 de Quebec, que reforma varios preceptos del Código Civil, establece que las normas del citado Código se aplican imperativamente a la responsabilidad de

todo daño causado en Quebec o fuera de Quebec, que sea resultado de la exposición a una materia prima —el amianto— que tiene su origen en Quebec o de su utilización, tanto si esta materia prima ha sido tratada o no; así como que los tribunales de Quebec tienen jurisdicción exclusiva para conocer en primera instancia de toda demanda o acción fundada sobre la responsabilidad prevista en el contacto o utilización de estas materias primas, y por añadidura, no se reconocerá ni ejecutará sentencia judicial extranjera en Quebec sobre estas cuestiones. El sentido de esta legislación no es dudoso: impedir los efectos en Quebec de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad objetiva del fabricante de productos defectuosos, directamente o por el juego inducido del forum shopping hacia los tribunales de Estados Unidos y posterior reconocimiento en Quebec de la sentencia judicial norteamericana. Pues, las posibilidad de exportar a Quebec la teoría de la «indiferencia consciente» aplicada al amianto por los tribunales de Estados Unidos, podría alcanzarse también por la vía del forum non conveniens⁵¹. El unilateralismo de la legislación de Quebec responde, ciertamente, a una etapa de aplicación extraterritorial de los derechos económicos estatales, pero también resulta del activismo judicial o de la postura contraria: la pasividad judicial frente a fenómenos jurídicos cuyas consecuencias económicas son difícilmente asumibles en términos económicos por el derecho del foro⁵². Aún más: si la doctrina del Forum non conveniens según el esquema del Test Gilbert-Piper es entendida como una forma de represalia jurídica frente a ciertas manifestaciones del forum shopping, el unilateralismo legislativo en el comercio internacional acabará por sustituir a las reglas multilaterales.

A este respecto, la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es beligerante: su doctrina acerca de la extraterritorialidad del Derecho comunitario en materia económica se inscribe perfectamente en el contexto varias veces mencionado de conflictos de soberanía. Incluso, de hecho y de derecho, ciertas sentencias del Tribunal de Luxemburgo son una respuesta jurídica, en sentido contrario, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El

ejemplo más significativo en este sentido es la sentencia de 27 de septiembre de 1988, un resumen jurídico del estado actual de transnacionalización del comercio mundial⁵³. Finalmente, el carácter razonable del ejercicio de competencias judiciales extraterritoriales nos devuelve nuevamente al terreno del *forum non conveniens*, a la teoría de la "jurisdiction" anglo-americana, a la dialéctica desatada finalmente en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado entre foros de competencia razonables, irrazonables y circunstanciales. Siendo estos últimos foros, la razón jurídica del Tribunal de Justicia en la sentencia *Pastas de madera*: la reconciliación entre Derecho y Economía es la representación en el espacio mundial de los conceptos de conflicto y soberanía. Foros circunstanciales o foros grises representan en la propuesta de Estados Unidos a la Conferencia de La Haya una idea básica: la extraterritorialidad de ciertas leyes económicas controlables por los tribunales norteamericanos mediante la doctrina del "balancing of interest test", que permite al juez la toma en consideración de los intereses de otros Estados⁵⁴.

La confrontación entre la postura del Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Pastas de madera* y el razonamiento del Tribunal Supremo de los Estados en la sentencia *Aerospatiale* de 15 de junio de 1987 revela un razonamiento común aunque con un lenguaje aparentemente muy distinto: la impotencia de cualquier razonamiento jurídico positivista para definir los límites de un ordenamiento jurídico —sea el ordenamiento comunitario o sea el ordenamiento de Estados Unidos— en las nuevas corrientes comerciales de la economía mundial⁵⁵. A falta de racionalidad jurídica, sin un esquema de la representación entre conflicto y cooperación en el espacio mundial, las nuevas tesis sobre la jurisdicción territorial evocan la realidad europea objeto de atención y estudio por D'Argentré durante el siglo XVI: la contradicción entre las exigencias de la soberanía y las exigencias de la justicia⁵⁶.

¿Pero, en realidad, no estaremos conociendo el tradicional modelo de la *Comity of Nations* de VOET y HUBER en su versión revisada? Es decir, en los esquemas del denominado imperialismo jurisdiccional. Que no es lo

mismo, lógicamente, en los razonamientos del Tribunal Supremo español acerca de la función del derogado artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sistema español de competencia judicial internacional⁵⁷; que en la argumentación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *EE.UU. c. Alvarez-Machain* de 15 de junio de 1992. Esta sentencia se aleja tanto de la doctrina del *forum non conveniens* según el *Test Gilbert-Piper*, que acaba siendo un efecto reflejo de la misma. Pero la sentencia evoca en mundo aparentemente superado: las incursiones del General Pershing en México a la captura de Pancho Villa en el año 1916, tras el asesinato de 16 norteamericano en Columbus (Nuevo México), con el permiso renuente e impreciso del Presidente de México, Venustiano Carranza, ante las presiones acrucciantes del Presidente Woodrow Wilson. Si en este caso el papel del inspirador de la Sociedad de las Naciones no fue precisamente muy edificante, la sentencia *Alvarez-Machain* tampoco.

Los hechos litigiosos eran los siguientes. El demandado, Humberto Alvarez-Machain, ciudadano y residente de México, es secuestrado en su domicilio y transportado en avión privado a Texas, donde es arrestado por su participación en el secuestro y asesinato de un agente de la Agencia Federal contra el narcotráfico (DEA), Enrique Camarena de nacionalidad norteamericana y de su piloto mexicano Alfredo Zoval. El juzgado de Distrito tras considerar que fue secuestrado por agentes de la DEA, desestimó la demanda en base al Tratado de Extradición entre Estados Unidos y México. El Tribunal de Apelación confirmó la decisión del juzgado de Distrito, mediante un recurso al *forum non conveniens*, ya que consideró su jurisdicción inapropiada, dado que el gobierno de los Estados Unidos había autorizado el secuestro y el gobierno mexicano había declarado públicamente que el Tratado de Extradición había sido violado. Pero la postura del Tribunal Supremo se apartaba radicalmente del razonamiento de los tribunales de instancia: el secuestro del demandado no impide su juicio por un tribunal de los Estados Unidos por violación de las leyes penales de este país⁵⁸.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos

se declara jurisdicción apropiada o propia — jurisdicción appropriate— porque el Tratado de Extradición al no prohibir expresamente el secuestro, permite acudir a la regla del caso Ker de 1906, y un tribunal puede ejercer la jurisdicción propiamente aunque la presencia del demandado se procure por secuestro. Es decir, la construcción intelectual de los tribunales escoceses para justificar jurídicamente el *forum arrestment and fundadam jurisdictionem*, alcanza en la sentencia Alvarez-Machain su versión más extensiva, pues, aquí el secuestro jurídico no es figurado, sino un acontecimiento puramente físico. Esta formulación nos lleva directamente a los "long-arm-statutes", pero aquí en sentido nada figurado; de tal manera, que a diferencia de los demandantes hindúes en el Caso Bhopal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cambia el realismo por la realidad.

Con independencia que tantos los Informes de la Casa Blanca y el Departamento de Estado de los Estados Unidos reconduzcan el problema al ámbito de la cooperación y no del conflicto, son las palabras del Justice Stevens —a la que se suman otros dos jueces del Tribunal Supremo— las que mejor reflejan las enormes interrogantes que abre la sentencia Alvarez-Machain: "resulta sorprendente que una de las partes de un Tratado de Extradición pueda creer que le ha sido reservado el derecho secretamente de detener a ciudadanos en el territorio del otro país".

Esta acabada manifestación del llamado imperialismo jurisdiccional que es el caso Alvarez-Machain, ¿no es también en el fondo una manifestación del *forum shopping*? El demandante —sea la DEA o formalmente el gobierno norteamericano— elige el tribunal más favorable para sus intereses, bien que estos intereses se confundan con el interés general, pero en claro detrimento del interés del demandado. Desde esta perspectiva, el caso Alvarez-Machain confirma uno de los aspectos del efecto reflejo del *forum non conveniens*: potenciar el *forum shopping*, incluso en sus manifestaciones más negativas. En este contexto, se explica correctamente el recurso a la elección de foros neutrales en el comercio internacional y, por lo tanto, al protagonismo actual de las cláusulas atributivas de jurisdicción.

7. LAS REGLAS JUDICIALES DEL SISTEMA DE BRUSELAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

La tesis relativa a que la doctrina del *forum non conveniens* no juega ningún papel en el sistema de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de sentencias parecería, ciertamente, consolidada en la Europa comunitaria, debatiéndose más bien el problema inherente al Convenio de Bruselas de propiciar el fenómeno del *forum shopping* por la vía de amparar la opción de leyes aplicables a un litigio a través de los foros de competencia ofertados por el propio Convenio⁵⁹. Esta preocupación alcanza a la necesidad de codificar las normas de conflicto de leyes en el Mercado Común para evitar el fenómeno del *forum shopping*, y así una de las justificaciones básicas del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales es, justamente, eliminar los casos de *forum shopping* alentados por el Convenio de Bruselas⁶⁰. En definitiva, en este orden de ideas se mueve el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 11 de enero de 1990 sobre la noción de víctima indirecta en el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas.

La sorpresa viene, entonces, de parte de los tribunales ingleses, que en una serie de recientes sentencias, parecen cuestionar la teoría oficial del Informe SCHLOSSER sobre el rechazo del *forum non conveniens* en el sistema de Bruselas⁶¹. Quizá la idea fundamental subyacente a estas sentencias se relaciona con el decidido juego del *forum non conveniens* en las relaciones entre Estados miembros de la CEE y Estados terceros. La hipótesis más plausible es el artículo 18 del Convenio que regula la comparecencia voluntaria del demandado: ¿si el demandante escoge un tribunal inglés y el demandado no domiciliado en la CEE comparece voluntariamente y no contesta la competencia del juez inglés? ¿Cabe el *forum non conveniens* en beneficio de un tribunal de un Estado no miembro? H. GAUDEMET-TALLON admite claramente tal posibilidad ante la ausencia en el texto de Bruselas de una respuesta legal a la cuestión⁶². La solución además tendría la ventaja de redefinir la posición

del sistema de Bruselas en el comercio internacional: evitar la acusación de que el sistema de Bruselas es contrario a la cortesía internacional, pues, opera una radical discriminación entre el demandado domiciliado en la CEE y el demandado no domiciliado en la CEE. A este respecto, F. JUENGER manifiesta agudamente que el sistema de Bruselas establece un principio europeo en materia de competencia judicial y ejecución de sentencias: la discriminación⁶³.

Las razones de F. JUENGER son simples: el Convenio de Bruselas elimina en las relaciones intracomunitarias los foros de competencia exorbitantes —luego las razones del *forum non conveniens* desaparecen en cierta medida—, pero mantiene los foros exorbitantes de los Estados miembros frente al demandado no domiciliado en la CEE. Sería, por consiguiente, la idea del desinterés hacia el extranjero como corolario de la discriminación⁶⁴. Dejando a un lado los motivos reales del papel del no domicilio del demandado en la CEE, parece cierto que la intervención del *forum non conveniens* serviría claramente a los fines de eliminar las posibles discriminaciones frente a los extranjeros en la CEE⁶⁵. Pues, en definitiva, el artículo 4 del Convenio no se alejaría en nada de las consideraciones del Test Gilbert-Piper del Tribunal Supremo de los Estados Unidos acerca de la nacionalidad extranjera del demandante, como hemos estudiado anteriormente en el caso Bhopal. Incluso, como señala F. JUENGER citando a la doctrina sueca, el artículo 4 del Convenio de Bruselas abre muchas posibilidades a los demandantes no domiciliados en la CEE, en palabras de este profesor una fábrica de *forum shoppers*⁶⁶. Aunque conviene subrayar que el Convenio de Roma de 1980 desactivará muchos de los supuestos favorables ideados por los *forum shoppers*.

¿Cuál sería entonces el papel asumido por el sistema de Bruselas en el comercio internacional, si elimina de raíz el *forum non conveniens* y mantiene más allá de lo razonable el *forum shopping*? ¿El efecto reflejo del sistema de Bruselas es desactivar el volumen de competencias no deseado en la CEE, sobre la base de unilateralizar las respuestas europeas al conflicto de soberanía en materia de derecho económico? La postura europea trasladada al Convenio de Luga-

no es, por consiguiente, interesada: pues, proyecta en el espacio económico mundial valores propios del modelo de integración de la Europa comunitaria. Lo que explica el deseo, por una parte, de la delegación de los Estados Unidos de eliminar algunos de los foros de competencia del Convenio de Bruselas, como es el caso del *forum contractus* del artículo 5.1, y el deseo irrenunciable de la Europa comunitaria de mantener la interpretación que el Tribunal de Justicia ha dado a este precepto, por otra parte⁶⁷. Es decir, el modelo comunitario del artículo 5.1 sobre la base de la regla de discriminación del domicilio fuera de la CEE se proyecta sobre el espacio económico mundial en su conjunto, pero en este espacio compite los Estados Unidos u otros países de economía pujante de Asia como es el Japón.

8. CONSIDERACIONES FINALES.

El *forum non conveniens* y el *forum shopping* son el resultado, ciertamente, de la especial situación jurídica del individuo —los sujetos de Derecho privado— en el espacio mundial, después de la configuración jurídica del mundo en Estados soberanos e independientes. Son fenómenos parciales y se relacionan y se alejan en el escenario global del espacio jurídico mundial, según esquemas jurídicos fuertemente relativizados, sin validez universal. Finalmente, son respuestas parciales a problemas jurídicos relacionados con el fin del mito del comercio internacional como un escenario global asequible a reglas multilaterales de organización del mismo.

Desde esta perspectiva, el *forum shopping* y el *forum non conveniens* se aproximan estrechamente cuanto que vivimos una segunda generación de desconfianza de la influencia de la acción creadora del derecho: es la fase de reconciliación tardía con el "mito de la Edad Media", a imagen y semejanza de la primera reconciliación en el siglo XIX. Tanto la Escuela Histórica del Derecho, empezando por Savigny, como los estudios de los Year Books anglo-americanos, idealizaron la Edad Media como una etapa histórica en la que existieron en forma idílica las instituciones del siglo XIX⁶⁸, pues bien, en la actualidad, sean

los teóricos del Derecho transnacional o sean los tribunales arbitrales, ya sean los agentes del comercio internacional o la jurisprudencia descendiente del Common Law, o finalmente la aparición en Europa de las cláusulas judiciales del tipo de la cláusula de escape, la idea de anticodificación avanza en la configuración del espacio mundial. Y este movimiento termina siendo positivo, cuando analizamos las relaciones de atracción y reemplazo que practican entre sí el *forum shopping* y el *forum non conveniens*, en los razonamientos judiciales de ciertos tribunales de los países industrializados del mundo.

La idea de anticodificación es positiva si canaliza adecuadamente la realidad del comercio internacional: un escenario global idealizado en la mente

de muchos juristas, pero sin posibles respuestas globales a sus problemas jurídicos. Por ello, a veces, ciertas respuestas parciales extremas como las sostenidas en el caso *Alvarez-Machain*, permiten evocar como salida a la crisis: el retorno a la Edad Media sin que en los nuevos escenarios que se adivinan tímidamente para el siglo venidero, se repitan los errores del siglo XIX. No obstante, la tendencia hacia la desregulación en el Estado social de Derecho occidental mantendrá intacto los problemas del *forum non conveniens* y el *forum shopping*, pues, las tendencias regresivas en la evolución del Derecho actual descritas con brillantez por B. OPPETIT⁶⁹, alcanzan sin duda a la codificación actual del Derecho Internacional Privado, nacional e internacional, pero sólo como efecto reflejo.

NOTAS

¹ Sobre el concepto y funciones básicas de este principio véase, por ejemplo, Constantinesco, V. *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers L'Union Européenne? Mélanges en hommage à Jean Boulouis*. Paris. 1991, pag. 35 y ss.

² Sobre el sentido general del debate véase, Limpens, J. *Les facteurs propices à l'écllosion et au développement d'un Droit Commun Européen*. New Perspectives for a Common Law of Europe. European University Institute. 1978. Bruylant, pag. 75 y ss.

³ En especial, en un sistema jurídico como el Derecho Internacional Privado en el cual el ideal codificador ha sido comparativamente menor que en cualquier otra rama del Derecho. Véase, Rigaux, F. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Madrid. 1985, pag. 38.

⁴ Véase, por ejemplo, Jessurun D'Oliveira, H. *Towards a "European" Private International Law? The Common Law of Europe and the future of legal education*. (Dir: B. de Witte and C. Forder). Deventer. 1992, pag. 265 y ss.

⁵ El Convenio inicial entre los 6 Estados miembros fundadores de la CEE, de 27 de septiembre de 1968, se publicó en el DOCE L/299 del 31-XX-1972. Posteriormente, tras la primera ampliación de la Comunidad se reforma el Convenio de Bruselas a través del Convenio de Adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, denominado Convenio de Luxemburgo y firmado en tal ciudad el 9 de octubre de 1978 y publicado en el DOCE L/304 del 30-X-1978. Tras la segunda ampliación, se reforma nuevamente el Convenio de Luxemburgo de 1978 a través del Convenio de Adhesión de Grecia, hecho también en Luxemburgo el 25 de octubre de 1982 y publicado en el DOCE L/388 de 31-XII-1982. La tercera y última ampliación exige una nueva reforma mediante el Convenio de Adhesión de España y Portugal hecho en San

Sebastián, bajo la Presidencia semestral española de la CEE, el 29 de mayo de 1989, y que ha dado origen a un texto en versión codificada que carece de valor de texto legal y que ha refundido el inicial Convenio de Bruselas con los tres citados Convenio de Adhesión, versión publicada en el DOCE C/189 de 28-VII-1989. Por ello, técnicamente el Convenio vigente es el resultante del Convenio de Adhesión de San Sebastián, publicado en España BOE de 28 de enero de 1991. La mención, pues, a este Convenio se debería hacer al de San Sebastián, aunque es usual utilizar el Convenio de Bruselas o el sistema de Bruselas en la doctrina como reconocimiento al texto fundacional, que por lo demás no ha sufrido grandes cambios legislativos en el transcurso del tiempo. El Convenio de Lugano publicado en el DOCE L/319, de 25-XI-1988 no está aún ratificado por España.

⁶ Véase, en especial, Juenger, F. *General Course in Private International Law*. Recueil des Cours. 1985. IV, pag. 299 y ss.

⁷ Véase, Dubler, C. *Les clauses d'exception en Droit International Privé*. Genève. 1983, pag. 191 y 22.

⁸ La literatura jurídica sobre este caso es, ciertamente muy amplia. Destacar, en todo caso, en la doctrina española el excelente trabajo de F. Zamora. *Accidentes de masa y forum non conveniens: el caso Bhopal*. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. 1990, pag. 821-852.

⁹ Un análisis de la nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional puede verse en Amores, M. *La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ*. *Revista Española de Derecho Internacional*. 1988, pag. 113-155. A este respecto, conviene subrayar como ha puesto de manifiesto este autor que en el sistema español es la Constitución de 1978 la que informa los principios generales de los nuevos foros de competencia de