

La Doctrina del *Forum non Conveniens* ¿Amigo o enemigo del Derecho internacional privado?

Sebastián Zabaleta*

Raúl Ruiz**

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 361-385.

Resumen

Este artículo pretende analizar en qué consiste la doctrina del *forum non conveniens* y cuál es su estado actual, con especial énfasis en los problemas que ha generado en su práctica y aplicación en el Derecho internacional privado. A tales fines, en el artículo se esboza una breve reseña sobre lo que es y no es tal doctrina, desde un punto de vista de Derecho comparado y tomando en cuenta la creencia generalmente aceptada sobre el origen de la doctrina, para luego pasar a explorar las críticas y halagos que ha recibido su aplicabilidad tanto en sistemas de *common law*, como de *civil law*; todo con la finalidad de intentar responder si la doctrina del *forum non conveniens* es una solución, o un problema más para el derecho.

Abstract

This paper seeks to analyze the *forum non conveniens* doctrine and its status, with a special reference to the issues that have arisen because of its practical application in Private International Law. With this purpose, in this paper we elaborate a short idea about what is and what is not such a doctrine, starting from a comparative point of view and analyzing the generally accepted belief about the origins of the doctrine of *forum non conveniens*, then moving forward to explore the criticism and accomplishments that its use has caused in *common law* and *civil law* systems; all of this to answer whether the *forum non conveniens* doctrine is a solution or rather a problem for the law.

Palabras clave

Derecho internacional privado. *Forum non conveniens*. Jurisdicción. Arbitraje. *Forum shopping*. Acceso a la justicia.

Keywords

Private International Law. *Forum non conveniens*. *Jurisdiction*. *Arbitration*. *Forum shopping*. *Access to justice*.

Sumario

Introducción. I. Noción del *forum non conveniens* A. La relación del *forum non conveniens* con el *forum non competens* 1. El *forum non competens* como ancestro conceptual del *forum non conveniens* B. El estado actual del *forum non conveniens* 1. El *forum non conveniens* en el *civil law* 2. El *forum non conveniens* en el *common law* C. El *forum non conveniens* y el *forum necessitatis*, dos caras opuestas de una misma moneda 1. *Forum necessitatis* vs. *Forum non conveniens*. II. Consideraciones sobre la utilidad del *forum non conveniens* A. El acceso a la justicia como protagonista B. Sobre el uso de la palabra *conveniencia*. III. Consideraciones sobre los problemas del *forum non conveniens* A. La práctica del *forum shopping* B. El *forum non conveniens* en el arbitraje. Comentarios finales.

* Estudiante de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Asistente Legal de Consultores Jurídicos: Ayala Dillon Fernández & Chavero y Asistente de Investigación del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

** Estudiante de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Asistente Legal en Araque, Reyna, Sosa, Viso & Asociados (AraqueReyna), miembro estudiantil del Chartered Institute of Arbitrators (CiArb) y del American Bar Association Section of Dispute Resolution (ABA-DR).

Introducción

El presente trabajo es un esfuerzo por acercarse a la discutida doctrina del *forum non conveniens* en el panorama comparado y como institución de derecho en un mundo que se encuentra sujeto a constantes tensiones. En la opinión de los autores, el *forum non conveniens* representa un desarrollo jurídico que vale la pena analizar, pues es posible que su entendimiento guarde una de las piezas fundamentales para el avance y mejora de la práctica del jurídica en el mundo.

Bajo esa premisa, este trabajo pretende ilustrar en qué consiste esta doctrina y de donde proviene, ejemplificando su aplicación práctica y la manera en la que subsiste hoy en día. Nuestra aproximación a la figura pasa por analizar cómo ha sido aplicada en el mundo actual, tanto en la llamada jurisdicción ordinaria, como en otras instancias o espacios dedicados a la resolución de conflictos.

Creemos que la aplicabilidad de esta doctrina pasa por un conjunto de argumentos que son de relevancia para el entendimiento y crecimiento del derecho en la actualidad, y sobre todo que es, como algunos la han llamado, una herramienta procesal del Derecho internacional privado.

Acercarse a esta doctrina supone un esfuerzo de extensión y propagación que creemos es importante compaginar en la práctica del jurídica en general, pero muy especialmente en la práctica del Derecho internacional privado, toda vez que su entendimiento puede ayudar a materializar la justicia de forma más genuina, a ello aludimos como una de esas piezas fundamentales que representan el siguiente escalón en el desarrollo de la práctica jurídica a nivel mundial.

La pregunta que buscamos responder en estas breves líneas es si el *forum non conveniens* es una doctrina amiga o enemiga del Derecho internacional privado, muy especialmente pretendemos responder si ha solucionado algún problema o no; en nuestro trabajo, cavilamos muy especialmente alrededor del concepto de lo conveniente.

I. Noción del *forum non conveniens*

La doctrina del *forum non conveniens*, como su nombre sugiere, es una doctrina mediante la cual un juez con competencia decide declinar su jurisdicción para resolver determinada controversia, ello en razón de argumentos de peso identificados con la palabra conveniencia y en virtud del ruego opuesto por la parte demandada¹. En nuestra opinión, la palabra conveniencia (*conveniens*) se encuentra sujeta a amplias interpretaciones, las cuales pueden llegar

¹ Pérez Calle, Ana María, *Forum non conveniens Instrumento Procesal del Derecho internacional privado*, (trabajo de grado), Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2018, p. 6. Así por ejemplo, la doctrina nace por problemas esencialmente prácticos como la recolección de pruebas, citación de testigos, entre otros, y evoluciona al considerar problemas como las garantías ofrecidas en determinado sistema jurídico.

a ser de naturaleza teórica, práctica y en muchas ocasiones generar una colisión con los principios de derecho.

La aplicación de esta doctrina se caracteriza por la petición del demandado, pues al acercarnos a la doctrina existente y a los orígenes del concepto nos daremos cuenta que el demandado es el que invita al juez a considerar que existe una jurisdicción, paralelamente válida, más conveniente. Esta invitación es de carácter exhortativo, pues recae sobre el juez declinar o no su jurisdicción, ya que se trata de una facultad discrecional.

En definitiva, el *forum non conveniens* resulta ser la doctrina que describe la facultad aparentemente discrecional que tiene el juez de declinar su propia jurisdicción bajo la petición de la parte demandada en la causa que conoce, con fundamento en motivos de orden superior tales como la justicia y su acceso, la igualdad y la pertinencia del foro para la conveniencia del ejercicio de los derechos de la parte interesada.

A. La relación con el *forum non competens*

Algunos autores han afirmado que la doctrina del *forum non conveniens* descende de la doctrina del *forum non competens*, ambas de origen europeo pero ligeramente diferentes², como cosa curiosa, dicha diferencia se encuentra en una sola palabra. Para poder entender la noción de esta doctrina, nos resulta particularmente importante entender a cabalidad sus orígenes.

Empero, antes de adentrarnos en el estudio del *forum non conveniens* y su relación con el *forum non competens*, vale la pena advertir que, existe un debate sobre la vinculación de este último con el primero, pues incluso en nuestra opinión y basándose meramente en un rigor gramatical, resulta difícil entender la doctrina bajo estudio como evolución del *forum non competens*. Así pues, la doctrina ha caracterizado al *forum non competens* como el ancestro conceptual del *forum non conveniens*, y aunque dedicaremos un espacio a ello más adelante, nos parece importante informar al lector que la no competencia, difiere en lógica jurídica de la no conveniencia.

Con aquello dicho, en el momento histórico en el cual empieza a concebirse la doctrina bajo estudio, fue entendida de primeras como una extensión de la doctrina vigente en el lugar de concepción, el *forum non competens*. Escocia fue el receptáculo de la doctrina que intentamos clarificar, pero antes de su concepción en el caso *Société de Gaz de Paris vs. Société*

² Aunque como lo explicamos más adelante, el *forum non competens* y el *non conveniens* son doctrinas que se refieren a la oponibilidad de argumentos jurídicos como desafío al proceso, empero, la primera es un desafío a la competencia del tribunal y la segunda es un ruego.

Anonyme de Navigation “Les Amateurs Français”, la doctrina por excelencia para rechazar el foro era la del *forum non competens*³.

El caso en el cual se acoge formalmente a la doctrina bajo estudio fue conocido en 1925, pero en el siglo anterior, se presentaron otra serie de casos que sin duda fueron el fundamento esencial para ir dándole forma al *forum non conveniens*. Parece sumamente importante aclarar que, para el juzgador escocés, el *forum non competens* muchas veces recaía en un error de nombre, pues a menudo el alegato de esta doctrina no significaba la falta de competencia del tribunal, sino la falta de conveniencia⁴.

Así, el desarrollo histórico del *forum non conveniens* se extiende hasta que en 1873, en el caso *Macadam vs. Macadam* cambia la terminología. En el fallo, los lores se refieren al desafío a la jurisdicción de la demandada como una cuestión que no era de *competens* o *conveniens*. Luego en el caso *Sim vs. Robinow* también se presentó una situación en la cual se tomó a bien el uso de la expresión *forum non conveniens* en vez de *forum non competens*⁵.

De hecho, fue este último caso el que fijó un estándar sumamente sólido en la materia al establecer que el *forum non conveniens* debía estar basado no solo en la necesidad práctica, sino en una razón de orden trascendental para la prosecución de la justicia, toda vez que no debía atentar contra el principio del derecho según el cual un tribunal con jurisdicción válida puede adjudicar cualquier controversia, entre cualquier parte⁶.

1. El *forum non competens* como ancestro conceptual del *forum non conveniens*⁷

Ahora bien, a los fines de ilustrar de manera cabal los orígenes de la doctrina que nos proponemos estudiar en este artículo, nos es necesario hacer mención directa a los comentarios de Arzandeh, quien en su estudio cuestionó el consenso generalizado que existe en la doctrina y que toma al *forum non competens* como el predecesor directo del *forum non conveniens*.

³ C. M., Jr., The Doctrine of Forum non Conveniens, en: *Virginia Law Review*, 1948, Vol. 34, No. 7, p. 812. El autor diferencia entre el *forum non competens* y el *forum non conveniens*, toda vez que en el esbozo temprano de este último se alegaba la falta de competencia del foro por una situación inconveniente, lo que resultó siendo el punto diferenciador de la primera, pues empezaba a regir una distinción sustancial entre alegar la falta de competencia e invocar la falta de conveniencia para la continuidad del proceso.

⁴ Barret Jr., Edward L., The Doctrine of “Forum Non Conveniens”, en: *California Law Review*, 1947, Vol. 35, No. 3, 1947, p. 387 (nota 35). Para distinguir la naturaleza de las doctrinas, es muy conveniente el caso de *Longworth vs. Hope (1865) 3 M 1049*, en el que como parte de la decisión se afirma que el *forum non competence* a menudo no refiere a la falta de competencia del tribunal, sino a la preferencia de otro tribunal.

⁵ Arzandeh, Ardavan, The origins of the Scottish *Forum Non Conveniens* Doctrine, en: *Journal of Private International Law*, 2017, Vol. 13, No. 1, pp. 137-138.

⁶ Jemigan, Finity E, Notes Forum Non Conveniens: Whose Convenience and Justice?, en: *Texas Law Review*, 2008, Vol. 86, 2008, p. 1114. En la opinión de Arzandeh, el caso de *Société de Gaz de Paris vs. Société Anonyme de Navigation “Les Amateurs Français”*, sólo reafirma el criterio fijado en *Sim vs. Robinow*.

⁷ Arzandeh, The origins of the Scottish *Forum Non Conveniens* Doctrine. . . , ob. cit., referimos a esta discusión para el mejor estudio de la relación entre ambas doctrinas.

Retomando nuestros comentarios preliminares, a nuestro parecer y en el rigor gramatical de ambas expresiones, el *forum non competens* refiere a un alegato que insinúa que el tribunal no es competente por una diversidad de razones que, como es bien sabido, distan de las que se encuadran en el adjetivo conveniente. Es así que Arzandeh hace notar en su estudio el recorrido que siguió el sentenciador escoces respecto del *forum non competens*, aunque como lo establecimos antes, en ciertas sentencias el sentenciador escoces empieza a usar indistintamente ambas alocuciones⁸.

En nuestra opinión, resulta imperativo en el repaso del origen del *forum non conveniens* establecer su origen histórico, pues en definitiva esta es una doctrina que, al menos en apariencia, parece ser producto de la práctica reiterada del *forum non competens*, pero que como lo hicimos notar, difícilmente debe entenderse de esa forma⁹.

Corolario de ello y a los fines de este aparte, sólo nos resta aseverar que el *forum non competens* no puede ser entendido como el ancestro conceptual del *forum non conveniens*, toda vez que ambos alegatos difieren en naturaleza, pues el primero se trata de un desafío a la existencia de la jurisdicción; mientras el segundo consiste en un ruego al tribunal con fundamento en la justicia; aunque su relación sólo se explica con la aparente misconcepción del primero, que terminó llevando a una errada relación accidental con el segundo¹⁰.

B. El estado actual del *forum non conveniens*

El entendimiento de la doctrina del *forum non conveniens* no solo pasa por el análisis histórico que describe su formación, sino que además debe ser considerado cuál es el estado actual de la doctrina. La opinión preponderante es que el *forum non conveniens* es un elemento del *common law* que difícilmente podría tener algo que ver con los sistemas de *civil law*, y en ese sentido, varios autores han calificado a la doctrina como una pieza que integra a los llamados factores de penetración del *common law*¹¹.

⁸ *i.e. Longworth vs. Hope*, *supra* nota 5, pues se reconoce que existe una normalización sobre el uso errado de ambas alocuciones.

⁹ Arzandeh, *The origins of the Scottish Forum Non Conveniens Doctrine...*, *ob. cit.*, pp. 11-13. De esta forma, Arzandeh demuestra en un estudio de las sentencias en las cuales se hace mención del *forum non competens* (*i.e. Vernor vs. Elvies* (1610), *Anderson vs. Hodgson and Ormiston* (1747)), poniendo de manifiesto que el uso de esta doctrina no se corresponde exactamente con el *forum non conveniens* o su posible formación.

¹⁰ *Ibid.*, p. 16. La conexión entre el *forum non competens* y el *forum non conveniens* se debe a un aparente error gramatical en el desarrollo de las decisiones mencionadas, pues parece importante hacer notar que son dos cosas distintas (i) el desafío a la jurisdicción y (ii) el ruego por el cambio de jurisdicción, así muy especialmente referimos a la página 22, para leer más sobre el error en la conceptualización del *forum non competens* que dió inicio a la consideración del *non conveniens* (caso *M'Morine vs. Cowie*).

¹¹ Pérez Vargas, Víctor, *Los inconvenientes del "Forum Non Conveniens"*, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2003, No. 100, p. 63. Al respecto, otros autores nacionales han hecho notar que el *forum non conveniens* es una excepción de carácter procesal que no es aplicable en Venezuela, pues la derogatoria de jurisdicción en el sistema venezolano sólo se da por litispendencia o conexidad de causas (ver Madrid Martínez, Claudia, *Constitución y Derecho internacional privado*, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, No. 10, pp. 240-242), aunque recalcamos que algunos países de *civil law* permiten el uso del *forum non conveniens*.

Ciertamente, hemos de esclarecer que el objeto de este artículo no es hacer una exposición histórica sobre el *forum non conveniens*, sino más bien explorar la doctrina y su uso en la realidad del sistema actual¹². Es en esa línea de ideas, nos proponemos esbozar el estado actual de la doctrina, no sin antes reiterar la naturaleza de la misma pues, en nuestra consideración, el *forum non conveniens* es un ruego al tribunal, indiscutiblemente una excepción y bajo ningún contexto es un desafío a la competencia y/o jurisdicción del tribunal que conoce de la causa.

Como lo hemos afirmado en líneas anteriores, el *forum non conveniens* es una doctrina que consiste en la declinatoria discrecional de la jurisdicción por parte del tribunal que conoce la causa ante el exhorto de la parte demandada, ruego aquel que se encuentra fundado en razones de conveniencia, como haremos notar más adelante, esta doctrina ha traído consigo una serie polémicas en el Derecho internacional privado¹³.

Es más, notaremos a lo largo de la doctrina comparada que, a menudo, se presentan críticas y consternaciones en cuanto al uso detrimental del *forum non conveniens*, por ejemplo en los acuerdos de elección de foro¹⁴, en procedimientos arbitrales¹⁵ e incluso desde una perspectiva teórica¹⁶. De la misma forma, en la actualidad hay quienes abogan por la implementación del *forum non conveniens*¹⁷, así como quienes consideran que a pesar de cierta incompatibilidad, existen casos contados en los que vale la pena tomar en cuenta este desarrollo doctrinal.

Lo cierto es que esta es una doctrina que existe en países de *common law*, y no es un absurdo afirmar que se trata de una institución de este sistema¹⁸, razón por la cual su consideración en sistemas de *civil law* ha llegado a ser controvertida (como lo hicimos notar *supra* nota

¹² Por economía del discurso, no nos explayaremos relatando la globalización del *forum non conveniens*, pero al respecto recomendamos leer a: Méndez Salom, Elizabeth, La jurisdicción venezolana frente a la litispendencia, la conexidad y el *forum non conveniens*, en: *Anuario de la Maestría de Derecho internacional privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela*, 2022, No. 4, pp. 211-233; Brand, Ronald y Scott R. Jablonski, *Forum non conveniens, history, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreement*, Oxford University Press, 2007.

¹³ Para una exposición de la maleabilidad de la doctrina sugerimos: Spiro, Erwin, *Forum non Conveniens*, en: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1980, Vol. 13, No. 3, p. 334.

¹⁴ Van Loon, Hans, *El horizonte global del Derecho internacional privado* (Trad. J. Ochoa), Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, ASADIP, 2020, p. 54. Como afirma el Profesor van Loon, el inconveniente se presenta cuando algunos tribunales son permisivos, como sucede en Estados Unidos, aunque este problema quedaría parcialmente subsanado con el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro.

¹⁵ Anand, Mohita K., The misapplication and misinterpretation of Forum Non Conveniens, en: *Arbitration Law Review*, 2012, Vol. 4, pp. 357, 361, 366.

¹⁶ Para algunos autores la doctrina del *forum non conveniens* representa un atentado contra varios de los pilares sobre los que se construye el Derecho Internacional.

¹⁷ Entre una variedad de puntos de vista: Madrid Martínez, Claudia y Javier L. Ochoa Muñoz, Problemas del Acceso Transnacional a la Justicia en el Derecho internacional privado, en: *XLI Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2014, p. 299; pues en ocasiones se ha concretado demandas en otros foros que permiten obtener mejores indemnizaciones.

¹⁸ Aunque como algunos autores han hecho notar, se ha intentado incluir en proyectos de ley de la región: Vescovi, Eduardo, El tema de la competencia judicial internacional en el ámbito de la OEA: Balance y perspectivas; y lo que queda por hacer, en: *XL Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2014, p. 78; para ver un comentario a favor del *forum non conveniens*, p. 83.

12), pues la factibilidad del *forum non conveniens* se encuentra fundada en la discrecionalidad que puede recibir un juez, los países que tienen un sistema de *civil law* difícilmente han de observar tal flexibilidad, pues estos sistemas se caracterizan por una rigidez que, normalmente, sólo permitiría semejante discrecionalidad por norma expresa y, en casos muy específicos.

Ahora bien, bien es cierto que existe una distinción clara en relación con la forma en la que se ha regulado y aceptado el *forum non conveniens* en el mundo. Por lo que es menester para poder sustentar nuestras observaciones realizar una aproximación al empleo de la doctrina en los dos sistemas.

1. El *forum non conveniens* en el *civil law*

En los sistemas de derecho civil, *continental law* o derecho romanístico, la doctrina del *forum non conveniens* requiere de una regulación expresa y cierta; así en el ejemplo venezolano podremos observar que, aunque no existe *forum non conveniens*, existe una disposición relativamente similar¹⁹ que permite al sentenciador venezolano sobre una base relativamente discrecional declinar su jurisdicción²⁰.

En el mismo hilo, podemos observar que en Argentina se ha intentado regular el *forum non conveniens*, empero es de hacer notar que difícilmente ha habido cabida para tal norma. Pues, el legislador argentino alguna vez albergó en su proyecto de Ley de Derecho internacional privado de 1999 a la doctrina del *forum non conveniens*²¹, así como lo menciona Paula All, en la vía judicial se ha debatido la presencia del *forum non conveniens* en la tierra del fútbol y del asado²².

En República Dominicana, es posible apreciar una de las normas más permisivas y precisas en países de *civil law*, pues según consta en el artículo 23 de la Ley de Derecho

¹⁹ La norma a la que hacemos referencia se encuentra en el artículo 333 del Decreto Ley de Comercio Marítimo (transcrita *infra* nota 20), compartimos el criterio de la profesora Claudia Madrid al afirmar que esta norma consiste en una suerte de requerimiento de litispendencia, ver en: Madrid Martínez, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, p. 231.

²⁰ Ley de Comercio Marítimo, publicada en Gaceta Oficial No. 38.351, 5 de enero de 2006, artículo 333 que reza textualmente: “Solamente en los casos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo anterior y en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado”.

²¹ Vescovi, El tema de la competencia judicial internacional..., ob. cit., p. 78, que reza: art. 6: “Un Tribunal argentino competente podrá, excepcionalmente y a petición de parte, declinar competencia si estima que las autoridades de otro Estado son más adecuadas para resolver el litigio”.

²² All, Paula M., Carolina D. Iud y Nieve Rubaja, Repensando la conveniencia del *forum non conveniens*, en: *La Ley*, 2019, AR/DOC/3533, pp. 3-4. Las autoras destacan el caso *Eberth Clemens c. Buque Paulo* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el caso S., M. B., c. K. R. FF de la Cámara de Apelaciones Lomas de Zamora.

internacional privado²³ los tribunales dominicanos podrían aplicar el *forum non conveniens* en dos supuestos. Ahora bien, nos parece que esta regulación es una ejemplificación clara del principio de cooperación judicial internacional en colisión con la necesidad del *forum non conveniens*.

Los referidos supuestos aluden sólo a las situaciones en la que tengan que evacuar pruebas testimoniales que acarreen un gasto importante o se tenga que realizar una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos en el extranjero; no podemos evitar compartir la opinión de Ortiz de la Torre²⁴, pues particularmente ante estos escenarios existen soluciones evidentes, donde la cooperación internacional y el uso de las nuevas tecnologías pueden subsanar cualquier aparente necesidad en el concepto de la norma *eiusdem*.

En Panamá, notamos un esfuerzo similar al venezolano, toda vez que es el artículo 22 de la Ley de Procedimiento Marítimo el que permite la aplicación del *forum non conveniens*²⁵, sin embargo, ocurre algo muy curioso con los sistemas de *civil law*, pues como Boutin lo haría notar, en el momento en el cual una norma preceptúa la aplicación de una doctrina se genera una divergencia en lo que examinamos, que es una doctrina de naturaleza discrecional²⁶.

2. El *forum non conveniens* en el *common law*

Como ya hemos afirmado reiteradamente, el *forum non conveniens* es una doctrina arraigada en los países con sistemas jurídicos de *common law* debiendo su origen a los tribunales marítimos escoceses. Así pues, resulta necesario para entender mejor la forma en la que ha operado revisar el fallo que marcó un hito²⁷ al respecto, proferido por la Corte Suprema de los

²³ Ley 544-14 de Derecho internacional privado de la República Dominicana, Gaceta Oficial de la República Dominicana, 18 de diciembre de 2014, art. 23: “Los tribunales dominicanos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio dominicano: 1) Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cada una de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de los mismos ante los tribunales dominicanos. 2) Cuando sea necesario una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero”.

²⁴ Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, El nuevo Derecho internacional privado de la República Dominicana, en: *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 2018, Vol. 3, No. 2, p. 262.

²⁵ Ley de Procedimiento Marítimo de enero de 2009. Gaceta Oficial No. 26.322, 13 de julio de 2009 de la República de Panamá, que consagra en su art. 22: “Los Tribunales Marítimos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio de la República de Panamá, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cualquiera de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de dichos testigos ante el tribunal. 2. Cuando sea necesaria una inspección judicial para una mejor apreciación de dichos testigos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero. 3. Cuando las partes hayan negociado, previa y expresamente, someter sus controversias a un Tribunal en país extranjero, y 10 hayan convenido así por escrito. No se considerarán negociados previa y expresamente los contratos pro forma o de adhesión. 4. Cuando la controversia haya sido sometida anteriormente a arbitraje o a la jurisdicción de un tribunal en país extranjero y estuviera pendiente de decisión”.

²⁶ Boutin, Gilberto, *Forum non Conveniens and Lis Alibi Pendens in International Litigation in Panama*, en: A. Bonomi/P. Volken (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Berlin/Nueva York, Otto Schmidt/De Gruyter, 2009, p. 500.

²⁷ Springer, Brian J., An inconvenient truth: how *forum non conveniens* doctrine allows defendants to escape state court jurisdiction, en *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, Vol. 163, p. 836.

Estados Unidos de América en su “leading case” *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*²⁸; consiguiendo crear un esquema a seguir²⁹ para la aplicación de la doctrina bajo estudio.

De acuerdo al fallo referido, el tribunal debe valorar un conjunto de factores privados y públicos³⁰ coexistentes en la *litis* para poder determinar la procedencia de la mencionada doctrina, siempre tomando en consideración las particularidades de cada caso. Por una parte, respecto a los factores privados, se requiere analizar la posibilidad real al acceso sobre el acervo probatorio, así como a la realización de inspecciones y peritajes necesarios y; por la otra, en relación a los factores públicos, se debe determinar la existencia de un foro alternativo adecuado para el conocimiento del litigio, el grado de congestión en el sistema de justicia en donde se pretende ventilar la causa y, el interés o no que tendrían los miembros de la comunidad involucrados en la resolución del litigio en calidad de jurado.

Del mismo modo, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert.*, deja sentado que no existe un número de factores determinados, de uno u otro tipo, que deban ser analizados de manera taxativa en cada *litis* sino que, en cada caso concreto, habrá que valorar los que sean realmente más atinentes a la causa de la mano de la discrecionalidad del juzgador, reiterando este criterio en casos emblemáticos tales como *Spanair y Air France*³¹.

En este mismo sentido, en Reino Unido el criterio rector es *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd*³², mismo precedente que trajo a la institución, el tratamiento de matices más modernos referidos a los derechos de consumo. Asimismo, estableciendo que los Tribunales de Inglaterra cuentan con una competencia discrecional inherente para suspender los procedimientos en su territorio, pudiendo declinar su jurisdicción cuando haya un foro alternativo que sea claramente más apropiado para las resultas de la controversia.

El juez inglés tiene el deber de comprobar si la *litis* tiene su conexión más estrecha con el foro doméstico y, a su vez, si efectivamente, el *forum non conveniens* proporcionaría un mecanismo sólido y eficaz para garantizar que las controversias que no tengan su conexión más estrecha no sean conocidas por el mismo³³.

En referencia a la carga de la prueba, el Alto Tribunal Inglés aclaró a los efectos prácticos y atendiendo la procedencia de la institución, que en los casos en donde se deba notificar

²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, sentencia 10 de marzo de 1947 (*Gulf Oil Corp. vs. Gilbert*), en: <https://bit.ly/44S7avZ>

²⁹ Manolis, F. Mikis, Nathaly Vermette y Robert F. Hungerford, The Doctrine of Forum Non Conveniens: Canada and the United States Compared, en: *FDCC Quarterly*, Fall 2009, pp. 25.

³⁰ Corte Suprema de Estados Unidos de América. . . , cit.

³¹ Gema Díaz, Rafael, *Forum non conveniens*. Los casos *Spanair y Air France*, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*, 2012, p. 4.

³² United Kingdom House of Lords Decisions, sentencia 19 de noviembre de 1986 (*Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*), en: <https://bit.ly/3nYFjJK>

³³ *Ibid.*

dentro de la jurisdicción de Inglaterra y Gales, la carga de la prueba recaerá sobre el demandado, pero en los casos donde se deba notificar fuera de la jurisdicción doméstica, la carga de la prueba recaerá sobre el demandante³⁴.

Por su lado, en Canadá se contempla en el artículo 3135 del *Civil Code of Quebec*³⁵ y en la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* el *forum non conveniens*. La Corte Suprema de Canadá ha sido enfática, sobre la distinción entre la existencia de la jurisdicción de un tribunal y el ejercicio de la misma. Si se establece la jurisdicción por una “conexión real y sustancial” entre el objeto del litigio y el foro, se le puede solicitar a un tribunal que decline su jurisdicción.

Al igual que a las otras jurisdicciones referidas, la Corte Suprema de Canadá en su fallo *Club Resorts Ltd. v. Van Breda (and Charro)*³⁶, remarca la importancia de la carga del demandado a los fines demostrar que existe un foro alternativo, teniendo en consideración las particularidades del caso, aquéllas como: elementos de prueba, los domicilios de las partes, el costo comparativo de transferir el caso a otra jurisdicción, la pérdida de ventaja jurídica, problemas relacionados con el reconocimiento y ejecución de sentencias, entre otras. A la luz de los estándares del foro alternativo, este debe ser más justo y eficiente para que conozca de la controversia. No basta con demostrar que existe un foro comparable. El tribunal debe poder concluir que el otro foro está en una mejor posición³⁷ para resolver el litigio de manera justa y eficiente.

En Australia, la procedencia del *forum non conveniens* igual depende de que el tribunal doméstico sea un foro claramente inapropiado y exista otro más conveniente y eficiente para dirimir la *litis*. En el caso *Voth v Manildra Flour Mills Pty Ltd*³⁸ y más tarde, de manera más concisa, en *Henry v Henry*³⁹, consagraron que si la continuación de los procedimientos en un tribunal es opresiva, en el sentido de grave e injustamente oneroso, perjudicial o dañino, o vejatorio y; en el sentido de generador de problemas y causante de graves e injustificadas dilaciones, este foro sería indubitablemente inapropiado y nocivo para la tutela de los derechos e intereses que les asisten a las partes.

³⁴ Beevers, Kisch, Jurisdicción y reconocimiento de decisiones bajo las normas tradicionales de Inglaterra, en: *DeCITA, Derecho del Comercio internacional. Temas y actualidades*, 2005, pp. 713-714.

³⁵ Civil Code of Quebec, 18 de diciembre de 1991, “3135. *Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may, exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another State are in a better position to decide the dispute.*”

³⁶ *Supreme Court of Canada*, sentencia 18 de abril de 2012 (*Club Resorts Ltd. v. Van Breda (and Charro)*), en: <https://bit.ly/42xhLe5>

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *High Court of Australia*, sentencia 13 de diciembre de 1990 (*Voth v Manildra Flour Mills Pty Ltd*), en: <https://bit.ly/3pufzFv>

³⁹ *High Court of Australia*, sentencia 17 de abril de 1996 (*Henry v Henry*), en: <https://bit.ly/3M1VNZC>

C. El *forum non conveniens* y el *forum necessitatis*, dos caras opuestas de una misma moneda

En nuestra visión, nos parece pertinente referirnos a dos escenarios jurídicos que en sus génesis difieren no solo en su naturaleza jurídica, sino también en su aplicabilidad de acuerdo a los escenarios fácticos concretos. Pese a esto, ambos persiguen, en principio, un fin común garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, a estas situaciones responden: el *forum non conveniens* y el *forum necessitatis*, cuyo denominador común es el margen de discrecionalidad que ostenta al juez⁴⁰.

Como sostenía Tatiana de Maekelt, el Derecho internacional privado “es un derecho vivo, en constante evolución y adaptable a los cambios del mundo actual”⁴¹. Así, en los casos donde se impida el acceso a la justicia efectiva por los elementos jurídicos relevantes que coexisten, se origina un llamado tanto al Juez como al Legislador, de abandonar la rigidez presente en las normas de conflictos mediante la implementación del Principio de Proximidad, a los fines de apostar por el alcance de una solución material que resulte justa, eficiente e idónea para el caso⁴², por supuesto, sin consagrar un foro exorbitante.

El carácter flexible del Derecho internacional privado ha servido en la búsqueda de la justicia material, pues los asuntos actuales del proceso civil internacional han penetrado la realidad social y comercial contemporánea, concibiendo nuevos inconvenientes y necesidades en el panorama jurídico. Sin embargo, la rigidez de nuestros sistemas normativos frente a las nuevas tendencias y el lento progreso legislativo, tienden a solapar la utilidad de la flexibilidad, especialmente en aquellos casos concretos, donde la rigidez normativa impere.

Con el objeto de apartarse de dichos problemas, los cuales pudieran dar como resultado una situación que contravenga los interés y derechos *sub iudice* de los litigantes, es menester prescindir de los mismos mediante válvulas de escape, que permitan verdaderamente la realización de la justicia material, tales como el *forum necessitatis* y el *forum non conveniens*⁴³.

1. *Forum necessitatis* vs. *Forum non conveniens*

Como ya indicamos anteriormente, el *forum non conveniens* se erige como la posibilidad que tiene el demandado de rogarle al tribunal que se abstenga de conocer la *litis*, a pesar de la existencia de vínculos inequívocos que justifican su competencia, por entender que existe

⁴⁰ Audit, Bernard, Le Droit international Privé en Quête d’Universalité, en: *Recueil des Cours*, 2003, Tomo 305, p. 387.

⁴¹ de Maekelt, Tatiana, La codificación interamericana en materia de Derecho internacional privado en el contexto universal y regional, en: *Libro Homenaje a Haroldo Valladão*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1997, p. 160.

⁴² Najurieta, María Susana, Una mirada sobre el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en: *El acceso a la justicia en el Derecho internacional privado*, Asunción, CEDEP, ASADIP, Mizrahi-Pujol, 2015, p. 197.

⁴³ Hernández-Bretón, Eugenio, Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción, en: *Los servicios en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre, ASADIP, CEDEP, 2014, pp. 227-229.

otro foro más conveniente y propicio para dirimir la controversia en mejores condiciones de dictar una sentencia más justa, ya sea porque tiene más vínculos con el caso, porque tiene mejor acceso a los medios probatorios, en definitiva por la concentración en otro Estado de los elementos fundamentales del caso o por la necesidad de ejecutar la decisión en otro país.

En atención a lo anterior, cabría plantearse la interrogante sobre, ¿qué ocurre en aquellos supuestos donde no existe una norma que otorgue al juez de un Estado la facultad de conocer y decidir un caso, así como también, si no fuere posible iniciar el proceso en el extranjero o resultare muy dificultoso? Así entonces surge el remedio del *forum necessitatis* como contrafigura del *forum non conveniens*, sustentado en el derecho fundamental de acceso a la justicia, permitiendo otorgar jurisdicción a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en dicho supuesto concreto⁴⁴, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional y, en modo alguno, no debiendo ser entendido como un criterio que justifique la intervención de tribunales no competentes⁴⁵.

En este sentido, el origen del *forum necessitatis* es antiguo, pero su incorporación en las codificaciones modernas es relativamente reciente, y a pesar de que sus extremos se ven limitados a requisitos particulares establecidos en la ley⁴⁶, está diseñado para proporcionar protección a los litigantes en un mundo cada vez más interconectado, al igual que su contrafigura, es excepcional y se extiende a los casos en que se activa la jurisdicción, en el escenario concreto de imposibilidad para acceder de manera libre a la justicia⁴⁷ por las circunstancias puntuales en las que se ven envueltas las partes.

El *forum non conveniens* es un ruego a un tribunal para que se abstenga de conocer la *litis*, por la existencia de un foro concurrente más conveniente para dirimir el fondo de la causa, en el *forum necessitatis* se le confiere la oportunidad a un tribunal para que conozca y decida el asunto de la controversia a pesar de que no existan puntos de conexión con la misma. Por tanto, el primero entra en juego con la existencia de varios foros, donde un tribunal declina su jurisdicción ante un tribunal extranjero más conveniente en beneficio de las mejores resultas de la causa controvertida, por su lado; el segundo habilita a un foro a iniciar un procedimiento, cuando en caso contrario, no exista posibilidad o se imposibilite acceder a la jurisdicción llamada a ello.

⁴⁴ Fernández Rozas, José, Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*, en: *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro*, México, Tirant Lo Blanch, 2017.

⁴⁵ Fernández Arroyo, Diego, Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, en: *Recueil des Cours*, 2006, Tomo 323, p. 76.

⁴⁶ Fernández Rozas, Rigidez versus flexibilidad. ..., ob. cit., p. 14.

⁴⁷ Albomoz, Jorge R., Acerca de la jurisdicción internacional y su prórroga en la ley de Derecho internacional privado de Venezuela, en: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 44.

Ambos foros también se configuran bajo el Principio de Cooperación Internacional⁴⁸ en aras de la realización de la justicia, lo que implica innegablemente la necesidad de determinar el punto de mejor equilibrio entre los derechos de las partes litigantes⁴⁹. Analizando los problemas de jurisdicción, las cuestiones procesales y la incorporación a los derechos humanos como elemento vertebrador del sistema de Derecho internacional privado frente a las particularidades intrínsecas de cada caso concreto.

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad de ambas instituciones en Venezuela, en primer lugar, el *forum non conveniens*, no se encuentra consagrado legislativamente y por vía jurisprudencial ha sido desechado expresamente en Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1543 de fecha 18 de julio de 2001 por considerar que tal doctrina

(...) no es válida en Venezuela, y su aplicación resulta contraria a los principios constitucionales y legales relativos a la jurisdicción, no pudiendo el juez en ningún momento negar su jurisdicción a favor del juez extranjero, pues las normas que la regulan son de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento⁵⁰.

En segundo lugar, *el forum necessitatis*, se encuentra consagrado en el artículo 43 de la Ley de Derecho internacional privado⁵¹, la doctrina⁵² afirma que este solo otorga a los tribunales venezolanos la potestad para dictar medidas cautelares con el fin de proteger personas naturales que se encuentren en el territorio de Venezuela, lo cual no es suficiente para afirmar que Venezuela tenga jurisdicción sobre el fondo de la controversia según lo que reza el artículo mencionado.

En definitiva, *el forum no conveniens* se conecta con *el forum necessitatis*⁵³, ambos se reconocen como una potestad discrecional del juez. Presentándose pues, como el anverso de una misma moneda. En el primero, la discrecionalidad se expresa de manera negativa al permitirle al juez declinar su jurisdicción ante un foro extranjero; en el segundo, dicha discrecionalidad se manifiesta de manera positiva, al permitirle al juez declararse competente para asegurar los principios que rigen toda sociedad democrática.

⁴⁸ Villalta Vizcarra, Ana E., La cooperación judicial internacional, en: *XL Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2013. La autora sostiene que la cooperación judicial internacional constituye toda actividad que tiene por finalidad, el coadyuvar con la justicia en el ejercicio jurisdiccional recíproco que se prestan los Estados en todos sus niveles.

⁴⁹ Ochoa Muñoz y Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia. . . , ob cit, pp. 281-346.

⁵⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1543, 18 de julio de 2001 (*Steven Mishkin Pesin c. María Teresa Osorio Rodríguez*), en: <https://bit.ly/3BIX5Kb>

⁵¹ Art. 43. "Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio".

⁵² de Maekelt, Tatiana, Regulación de la jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Temas de Derecho internacional privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje No. 12, p. 398.

⁵³ López Herrera, Edgardo, El Derecho internacional privado en el nuevo Código, en: *Revista del Código Civil y Comercial*, 2015, p. 259.

No nos cabe la menor duda, ambas figuras son merecedoras de la afirmación por la cual se les toma como herramientas para favorecer el acceso a la justicia y a la tutela efectiva, pero también es cierto que bien podrían dificultar tal fin. Notamos que el peligro al cual puede llevar su aplicación indiscriminada, si se desatiende su carácter excepcional, puede dar lugar a la admisión y declinación de jurisdicción en perjuicio de las partes intervinientes y, consecuentemente, del orden público.

II. Consideraciones sobre la utilidad del *forum non conveniens*

A. El acceso a la justicia como protagonista

Sin duda alguna, solo podemos mostrar nuestro más solemne acuerdo con el profesor Fernández Arroyo cuando se expresa sobre el *forum non conveniens* como un mecanismo que “...no es ni bueno ni malo en abstracto, sino que depende de cómo y para qué se lo utiliza...”⁵⁴. Empero, dedicaremos concienzudamente un espacio a reflexionar sobre el *forum non conveniens* como herramienta al servicio de la actividad lesiva de los derechos fundamentales que asisten a las partes en un juicio.

En cualquier caso, ya hemos anunciado en párrafos anteriores que, en nuestra percepción, la doctrina del *forum non conveniens* es sin duda alguna un ruego al tribunal para que decline su jurisdicción con fundamento en argumentos que reciben la calificación de convenientes. Ahora bien, debemos clarificar que dichos argumentos suelen ser de conveniencia práctica y relativamente urgentes.

Nos referimos a aquellos escenarios en los que es necesario evacuar a un testigo en un sitio específico, existen problemas con la ejecución de las sentencias y en general, escenarios en los que la parte interesada se ve en la extrema necesidad de acudir a otro foro por cuanto ello resulta en el mejor ejercicio de su acceso a la justicia.

Precisamente creemos que esta característica sitúa el acceso a la justicia en el centro de la doctrina del *forum non conveniens*, pues como bien lo asevera Gabuardi al referirse a México⁵⁵, la aplicabilidad de la doctrina se presenta como un mecanismo de salvación en aquellos países en los que la cooperación internacional no es tan eficiente y, sobre todo, en los que existe una situación de atropellos judiciales difícil de abordar.

Particularmente sobre el último de los escenarios que planteamos, cierta parte de la doctrina se ha cuestionado cuál es la relación del *forum non conveniens* con la justicia. Así por

⁵⁴ Fernández Arroyo, Diego, Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana, en: *XXXIII Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2006, p. 324. Aunque en el mismo párrafo que citamos el profesor Fernández Arroyo hace alusión a argumentos que no favorecen el uso del *forum non conveniens*.

⁵⁵ Gabuardi, Carlos A., Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, nueva serie, año XLI, No. 121, pp. 114-115.

ejemplo, en el caso *Lungowe & others v. Vedanta Resources* Lord Colson se pronunció afirmando que en algún momento tendría que llegar el momento en el que el acceso a la justicia en ese tipo de casos sería alcanzado mediante la disponibilidad de abogados y herramientas locales, no con la exportación de casos⁵⁶.

Dentro de ese marco de ideas, ciertamente hemos de plantear la dicotomía que nace en el abstracto de la doctrina, pues aun cuando la remisión de casos por conveniencia puede resultar de alguna forma un paso hacia la justicia, también puede significar una afrenta; toda vez que, partiendo del criterio antes citado, exportar casos a otro país supone colocar más peso en sistema de justicia que recibe el caso y, más importante, representa un obstáculo para la sostenibilidad de la justicia⁵⁷.

En el mismo hilo, es necesario comprender que por un lado la doctrina del *forum non conveniens* representa un alivio para la economía procesal, pero por el otro representa un amedrentamiento a la misma. Por eso no es de extrañar que en países como Estados Unidos se hayan ignorados argumentos sobre la parcialidad judicial en países latinoamericanos⁵⁸.

De hecho, no resulta extraño que los países que tienen un Estado de Derecho consolidado a menudo se encuentren en posiciones de rechazar argumentos de peso relacionados con el estado del foro despreciado, es decir, no es extraño que Estados Unidos se niegue a conocer una causa cuando el foro alterno es un país que, en palabras de la parte interesada, no tiene imparcialidad judicial. Pues como decíamos, aceptar eso implicaría una sobrecarga para el sistema judicial del foro más conveniente, que sin duda acabaría por mermar la sostenibilidad de la justicia.

Empero, no son pocos los casos en los que cada vez se presenta como más necesaria la herramienta del *forum non conveniens*, pues como profundiza Sotile sobre el caso americano que citamos antes (ver *infra* nota 45), a pesar de que los demandantes obtuvieron un fallo favorable en el foro alterno, se hizo imposible ejecutar la sentencia en los Estados Unidos⁵⁹.

Siguiendo la misma línea de ideas, Steinitz explicaría que el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co.* consolida una doctrina reiterada en los Estados Unidos sobre la aplicabilidad

⁵⁶ Corte de Justicia Real, Corte de Apelaciones del *Queen's Bench Division*, sentencia No. A1/2016/2502 & 2504, 13 de octubre de 2017 (*Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor* [2017] EWCA Civ 1528), en: <https://bit.ly/42B1o07>. Nos referimos especialmente al párrafo 134.

⁵⁷ Así existen autores que al analizar la figura del *forum non conveniens* comparten reflexiones sobre la necesidad de cuidar la cadena de las empresas y la responsabilidad doméstica, ver: Hughes-Jennett, Julianne y Peter Hood, Forum non-conveniens and access to remedy in transnational business and human rights litigation: an update from Brexit Britain and a glance across the pond (Hogan Lovells), en: *Lexology*, 22 de diciembre de 2017, disponible en: <https://bit.ly/3VY781o>

⁵⁸ *US District Court for the Southern District of Texas*, caso 890 F. Supp. 1324, 11 de julio de 1995 (*Delgado v. Shell Oil Co.*), en: <https://bit.ly/315VhbM>

⁵⁹ Sotile, Joseph N., Forum non Conveniens and Corruption: A Lofty Hurdle or a Solid Barrier to Justice?. en: *Columbia Journal of Transnational Law*, 2023.

del *forum non conveniens* en detrimento de la parte vulnerable⁶⁰, pues en los Estados Unidos se ha mantenido un criterio según el cual difícilmente habría que dar cabida a un alegato de *forum non conveniens* cuando existe otro foro alterno que puede conocer del caso.

La misma autora haría notar más adelante que menos del 4% de los casos en los que se intenta usar la doctrina del *forum non conveniens* y son desestimados son intentados en otras jurisdicciones competentes⁶¹. Sostenemos fervientemente que, a pesar del tono pesimista que mal podría leerse de nuestros comentarios en párrafos anteriores, los fundamentos con los que el foro americano rechaza demandas que pueden ser intentadas en otros foros de jurisdicción competente no son infundados⁶².

En suma, notamos que por un lado, la doctrina del *forum non conveniens* busca acercar a una justicia más genuina a los que se benefician de ella, pues no cabe duda que en apariencia su aplicabilidad ideal haría de los sistemas de justicia más fluidos. Sin embargo, lo anterior es cierto en un mundo en el que los sistemas de justicia funcionan uniformemente, que no es el caso.

Mientras que por el otro, el uso de la doctrina del *forum non conveniens* representa una afrenta en contra de la sostenibilidad de la justicia, pues la exportación de casos que supone su aplicación llevaría a un recargo de los foros más consolidados, como lo son Estados Unidos y Reino Unido, produciendo así un desbalance en la proporción de casos que aceptan dichos sistemas.

Ahora bien, no han sido pocos los académicos que han notado la necesidad de corregir y redireccionar parte de la doctrina⁶³, sin embargo, entendemos que el *forum non conveniens* guarda una relación sucinta con el acceso a la justicia, pues nos tomaremos el atrevimiento de aseverar que en eso consiste su uso ideal, en un acercamiento a la justicia más genuina. Es por eso que notamos una relevancia especial en su entendimiento pues, el acceso a la justicia forma parte de los derechos humanos consagrados internacionalmente y que son menester de todos, en especial del Derecho internacional privado⁶⁴.

Por último, es nuestra opinión que el *forum non conveniens* puede ser una herramienta de mucha ayuda, siempre y cuando sea bien usada pues, existe una gran variedad de problemas

⁶⁰ Steinitz, Maya, The case for an International Court of Civil Justice, en: *Stanford Law Review*, 2014, No. 67, p. 77.

⁶¹ *Ibid.*, p. 78.

⁶² *Ibid.* Steinitz resalta que los jurados son un recurso que debe ser cuidado en los Estados Unidos para los contribuyentes del país.

⁶³ Por economía del discurso remitimos a la vasta doctrina estadounidense al respecto: Anand, The misapplication and misinterpretation of *forum non conveniens*..., ob. cit.; Brand, Ronald A., Challenges to *Forum non Conveniens*, en: *International Law and Politics*, 2013, Vol. 45; Gardner, Maggie, Retiring the Doctrine of *Forum Non Conveniens*, en: *New York University Law Review*, 2017, Vol. 97.

⁶⁴ Institut de Droit International, 4ème Commission: Droits de la personne humaine et droit international privé, 4 de septiembre de 2022, en: <https://bit.ly/3MnMW6b>. Como hace entender el Instituto, los principales problemas que atañen al Derecho internacional privado guardan un vínculo especial con los derechos humanos, específicamente, con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

que normalmente entrarían en el cobijo de esta doctrina que hoy en día pueden ser subsanados con facilidad, pero también existen muchos otros que no son tan fáciles de solucionar.

B. Sobre el uso de la palabra conveniencia

El *forum non conveniens* es la materialización de la conveniencia de las partes (o de una parte) en un procedimiento litigioso, pero no cualquier tipo de conveniencia, la palabra conveniencia que forma parte de su nombre debe ser estrictamente entendida como una conveniencia que guarde relación con los intereses trascendentales de las partes, es decir, con la prosecución efectiva del proceso.

Nos tomaremos este aparte para ofrecer una disquisición sobre el uso del calificativo conveniente, bajo el cual se agrupan los argumentos de la excepción conocida como *forum non conveniens*. Lo cierto es que la palabra que nos proponemos examinar puede estar sujeta a muchas interpretaciones, especialmente si consideramos que existen supuestos de aplicación que involucran evacuación de testigos o inspecciones judiciales.

No es la primera vez que a lo largo de este artículo planteamos esta cuestión, nos preguntamos: ¿Qué es lo conveniente y qué no lo es? Una evacuación de testigos puede ser realizada mediante el uso de herramientas telemáticas, como Zoom, Google Meet o Microsoft Teams, por nombrar algunas; una inspección judicial puede ser realizada a través de procedimientos específicos que ponen de relieve la cooperación internacional.

Entonces, ¿cuándo se hace útil el alegato del foro no conveniente? Creemos que su utilidad se vuelca a aquellos casos en los que ejecutar la sentencia se una procedimiento complicado y tedioso, en los que el foro doméstico se encuentra sumamente viciado y corrupto, por lo que las partes podrían beneficiarse de acudir al foro más conveniente, por cuestiones de economía y celeridad procesal y/o casos en los que el juicio pueda ser llevado a cabo de mejor manera en el foro deseado.

Sin embargo, hemos observado que en el caso americano por ejemplo, aparece un problema que es igual de relevante que el acceso a la justicia de los individuos: el acceso a la justicia del colectivo. Nos parece una realidad innegable que la aplicación reiterada del *forum non conveniens* generaría dos efectos importantes: (i) por un lado, el recargo del foro deseado y (ii) por el otro, una afrenta contra la soberanía del foro rechazado.

Por supuesto, hemos observado que corolario del primer efecto, el foro deseado ha impuesto estándares altos para la procedencia de la excepción, particularmente cuando viene fundada en consternaciones relacionadas con la corrupción del foro. Y es que, como explicamos antes, no parece ser infundado que el foro deseado se encuentre en una situación de aversión frente a estos argumentos, particularmente si consideramos que la sostenibilidad de la justicia también es un elemento del acceso a la justicia.

Pero ¿en dónde queda la conveniencia? Creemos que sí existen ciertos casos para los que el *forum non conveniens* ofrece una solución itinerante, de primer nivel; pero también creemos que su uso injustificado puede llevar a la más profunda inconveniencia, por supuesto, creemos que parte de las situaciones en las que vale la pena permitirlo es aquellas en las que el foro alterno tiene una corrupción sin precedentes.

A pesar de todo, nadie se ve beneficiado si demanda o es demandado en un foro en el cual no existe un Estado de Derecho, y en ese mismo sentido, notamos con especial preocupación que existen desafíos para la ejecución de sentencias extranjeras, lo cual también genera una situación en la que es más conveniente intentar el juicio en el sitio donde se va a ejecutar la sentencia.

Sin embargo, sostenemos que existen un número importante de situaciones que tradicionalmente han sido consideradas parte del argumento conveniente bajo el cual se alega la ya tan mencionada doctrina, y que deben ser revaluadas pues, tal como lo hace notar Díaz Solimine respecto de Argentina, luego de la pandemia el escenario para aplicar las llamadas Tecnologías de la Información y Comunicación se encuentra más que preparado⁶⁵, siendo así, muchos problemas pueden ser superados con el uso apropiado de las mismas.

III. Consideraciones sobre los problemas del *forum non conveniens*

A. La práctica del *forum shopping*

El *forum shopping* es una práctica que consiste en la búsqueda de la jurisdicción más conveniente⁶⁶, pero fácil sería partir de esa definición para enmarcar dicha práctica en la institución negativa de fraude a la ley. Empezaremos, por distinguir ambas figuras, pues el fraude a la ley es algo radicalmente distinto al *forum shopping*, el primero consiste en una táctica maliciosa, el segundo aunque cuestionable, en una táctica astuta; no negamos que sea posible que una persona haciendo *forum shopping* termine por incurrir en el fraude a la ley, pero no necesariamente quienes incurrir en el fraude, también realizan *forum shopping*.

Consideramos realmente importante abordar la relación que existe entre el *forum shopping*⁶⁷ y el *forum non conveniens*, pues la doctrina del *forum non conveniens* podría fácilmente estar al servicio del *forum shopping*, como también puede estar en contra. Por ejemplo, el uso

⁶⁵ Díaz Solomine, Omar Luis, Aplicación por los jueces de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) a la actividad judicial en épocas de Pandemia, en: J. Salaverría (coord.), *Derecho. Cine. Literatura X Jornada Anibal Dominici. Homenaje al Dr. Ramón Escovar León*, Caracas, Abediciones, Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, Universidad Católica Andrés Bello, 2021, pp. 144-145.

⁶⁶ Tribunal de Rímimi en Italia, sentencia 26 de noviembre de 2002 (*Al Palazzo, S.r.l. vs. Bernardaud, S.A.*) en: <https://bit.ly/3Bjo9tF>

⁶⁷ Si bien explicamos de forma muy breve por qué el *forum shopping* no necesariamente tiene una naturaleza maligna y/o contraria a la ley en contraposición con el fraude a la ley, sugerimos leer: Ferrari, Franco, *Forum Shopping: La necesidad de una definición amplia y neutra*, en: *Arbitraje*, 2014, Vol. VII, No. 2, pp. 335-368, para mayor clarificación.

eficiente del *forum non conveniens* puede significar que una empresa con presencia internacional conozca cualquier demanda en el foro donde se encuentre la empresa madre, ante la posibilidad de que se intente una demanda en su contra por una estadía breve en un foro distinto⁶⁸.

Pero también puede darse el caso que una parte termine usando el *forum non conveniens* para sustanciar el proceso en un foro extremadamente inconveniente para otra parte, produciéndose entonces un *forum shopping* detrimental⁶⁹. Es por esa razón que la comunidad internacional ha procurado desarrollar reglas y estándares para las cláusulas de elección de foro, ejemplo de ello es la Reglamentación de Roma I⁷⁰, el Convenio de La Haya sobre acuerdos de Elección de Foro⁷¹ y el Reglamento Bruselas I⁷²; en nuestra opinión, ejemplos de cómo Europa ha intentado en forma alguna codificar y controlar los posibles daños generados por el *forum shopping*, teniendo muy presente la doctrina del *forum non conveniens*⁷³.

En ese sentido, nos corresponde intentar responder si el *forum non conveniens* ha solventado o empeorado la situación con la práctica del *forum shopping*, pues tal como lo expresa von Mehren y como lo hemos sostenido de forma insistente a lo largo de este artículo, el *forum non conveniens* usado sabiamente puede crear una justicia internacional más armónica⁷⁴.

Cualquier esfuerzo por responder la interrogante que planteamos en el párrafo anterior, pasa por el uso que se le dé a la doctrina, pues como hemos dicho antes la doctrina del *forum non conveniens* puede ser usada para combatir el *forum shopping*, pero eso no necesariamente nos acerca a una forma de justicia más genuina⁷⁵; ciertamente, no es una pregunta que tenga una sola respuesta.

Consideramos que la doctrina del *forum non conveniens* ha sido de gran ayuda para delimitar el uso del *forum shopping*, pues a lo largo de su aplicación en distintas partes del

⁶⁸ Dorward, Daniel J, *The Forum non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of multinational corporations from forum shopping plaintiffs*, en: *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 142.

⁶⁹ Whytock, Christopher A. y Burke Robertson, Cassandra, *Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgements*, en: *Columbia Law Review*, 2011, Vol. 111, No. 1444, pp. 1448-1449. Los autores ponen de manifiesto un fenómeno que explica cómo se produce este efecto detrimental, pues en la medida que los demandantes intentan aprovecharse del *forum non conveniens* para introducir demandas en Estados Unidos, pareciera que los foros alternos se empobrecen y adquieren aún más características que permiten al demandante tener un argumento sólido para buscar alivio en la doctrina.

⁷⁰ Reglamento No. 593/2008, Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Diario Oficial de la Unión Europea, L 177, 04 de julio de 2008.

⁷¹ Convenio No. 2009/37, Consejo de la Unión Europea, relativo a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro. Diario Oficial de la Unión Europea, L 133/1, 26 de febrero de 2009.

⁷² Reglamento No. 1215/2012, Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). Diario Oficial de la Unión Europea, L 351, de 12 diciembre de 2012.

⁷³ Von Mehren, Arthur T, *Adjudicatory Authority in Private International Law a Comparative Study*, Leiden/Boston, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 266-267.

⁷⁴ *Ibid*, p. 267.

⁷⁵ Gillies, Peter, *Forum non Conveniens in the Context of International Commercial Arbitration*, en: *Arbitration*, 2008, Vol. 74, pp. 46-47. El autor utiliza como ejemplo la situación en la que una parte, por sus propios motivos, desea ejecutar un laudo arbitral en un foro específico y el *forum non conveniens* es usado como defensa, haremos alusión a esto en el aparte respectivo.

mundo ha ayudado a poner límites a la sustanciación de procesos en foros deseables cuando es perfectamente posible llevar a cabo los mismos procedimientos en otros foros de jurisdicción competente, especialmente en aquellos casos donde las partes han optado por elegir un foro neutro y han usado el *forum non conveniens* como un mecanismo para sostener su mutuo acuerdo⁷⁶.

Sin embargo, sería irresponsable ignorar que el *forum non conveniens* también puede ser útil para sostener la práctica del *forum shopping*. Esta perspectiva en particular es una que debemos analizar con sumo cuidado, especialmente si tenemos en cuenta que en general, el *forum non conveniens* sirve para corregir las pretensiones sobre jurisdicción de las partes intervinientes en el proceso.

Corolario de ello, consideramos que su aplicación pone techo de forma casi espontánea a la práctica del *forum shopping* y como dicen Dodge, Gardner y Whytock, la confluencia de ciertos elementos podría impulsar a los jueces de un determinado foro a utilizar el *forum non conveniens* como una medida *anti-forum shopping*⁷⁷. Ahora bien, una buena parte de nuestras opiniones se colige con la opinión de la doctrina americana, pero por ejemplo en Australia, se han levantado preocupaciones en cuanto al uso del *forum non conveniens* como instrumento fomentador del *forum shopping*.

Es así que Svantesson comenta que el uso del *forum non conveniens* puede ser utilizado estratégicamente para lograr que se acredite la jurisdicción en un foro que presente ventajas procedimentales⁷⁸, sin embargo hemos notado a lo largo de nuestra investigación que, tal cual como lo reproduciría Svantesson en su artículo⁷⁹, muchos de los alegatos de *forum non conveniens* se encuentran cuidadosamente contruidos para evitar que sean rechazados, conteniendo especificaciones sobre la manera en la que se sustenta dicha excepción.

Para cerrar, en nuestra opinión la disyunción que se presenta al responder el planteamiento que propusimos en párrafos anteriores resulta ilusoria, pues desde un punto de vista apriorístico, podría decirse que ciertamente el *forum non conveniens* puede ser ambas cosas,

⁷⁶ Amaiz, Antonio Javier Adrian, *Forum non Conveniens y Forum Shopping en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias*, en: *Revista de Estudios Europeos*, 1992, No. 2, pp. 56-57. El autor hace mención de un llamado “efecto reflejo del *forum non conveniens*”.

⁷⁷ Dodge, William, Maggie Gardner y Christopher A. Whytock, *The Many States Doctrine of Forum non Conveniens*, en: *Duke Law Journal*, 2023, Vol. 72, No. 6, pp. 1225-1233. Los autores afirman que la confluencia de tres elementos de emulación como lo son: (i) los comentarios de expertos, (ii) el *momentum* y (iii) la narrativa judicial, terminarían por impulsar un movimiento según el cual los jueces de distrito usarían el *forum non conveniens* para rechazar una gran cantidad de demandas en Estados Unidos y, especialmente con base en el último elemento (ver pp. 1232-1233) llevó a una serie de cambios ideológicos sobre el *forum non conveniens* que producirían una suerte de medida *anti-forum shopping*; esta idea se ve fortalecida por lo que comenta Whytock, Christopher A., *The evolving forum shopping system*, en: *Cornell Law Review*, 2011, Vol. 96, No. 3, p. 529, toda vez que el autor presenta un estudio empírico sobre la aplicación del *forum non conveniens* por el juez americano.

⁷⁸ Svantesson, Dan Jerker B., *In defence of the Doctrine of Forum non Conveniens*, en: *Hong Kong Law Journal*, 2005, Vol. 35, No. 2, p. 416.

⁷⁹ *Ibid.*

pero *a posteriori* hemos podido constatar que existe un consenso generalizado en los circuitos judiciales de los foros más deseables de rechazar argumentos vacíos de *forum non conveniens*, precisamente para oponerse a la práctica del *forum shopping*.

B. El *forum non conveniens* en el arbitraje

El *forum non conveniens*, como no es raro en la práctica del arbitraje, puede llegar a relacionarse con ese medio alternativo de resolución de conflictos, pues es común que en ocasiones sea necesario resolver o usar elementos del Derecho internacional privado para mejorar o amedrentar el arbitraje. Por ejemplo, algunos han afirmado que ciertos jueces han interpretado el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras⁸⁰ en función de la conveniencia de usar el arbitraje para dirimir el conflicto⁸¹.

Empero, antes de llegar a la ejecución del posible laudo, una pregunta más importante se presenta ante el uso del *forum non conveniens* en el arbitraje internacional: ¿existe realmente otra jurisdicción competente? Como es sabido, el acuerdo de arbitraje implica, entre muchísimas cosas que no son objeto de discusión en este espacio, la exclusión de la jurisdicción ordinaria⁸² y por consecuencia lógica, implica también la delimitación de los foros con jurisdicción competente, es decir, solo tiene jurisdicción competente el foro designado por las partes y, en su defecto y en algunos países, la jurisdicción ordinaria de la sede si se quiere cuestionar la validez del acuerdo arbitral.

Pero en general y en un primer momento, es consenso generalizado que el acuerdo de arbitraje precluye la concurrencia de foros. En nuestra opinión, la concurrencia de foros que pudiere llegar a presentarse, en el nacimiento de la controversia, sólo puede existir cuando (i) se desafía la validez del acuerdo arbitral y/o (ii) existe una cláusula patológica que lleve a la confusión, pero incluso en este último caso, no habría una concurrencia de foros, sino más bien un conflicto para determinar el foro⁸³.

Otro caso que escapa a nuestra consideración inicial es planteado por Bjorklund, cuando propone que la doctrina del *forum non conveniens* puede ser útil cuando por la materia del

⁸⁰ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, ONU, 10 de junio de 1958, “II.3 El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o **inaplicable**” (negritas del autor).

⁸¹ Penádes Fons, Manuel, La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens*, en: E. Petit y J. Alcaide (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 609.

⁸² Henríquez La Roche, Ricardo, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Caracas, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2000, p. 150.

⁸³ Vale la pena hacer notar al lector que a los fines de este trabajo nos referimos a los tribunales arbitrales como foros, aunque pudiesen surgir criticismos por el empleo de dicha terminología. Además, en nuestra opinión existe un tercer escenario muy rebuscado, cuando las partes convengan en el acuerdo arbitral que la disputa podrá ser dirimida en una serie de Centros de Arbitraje con características en común, en ese caso si habrían foros concurrentes, aunque es un caso realmente extraordinario.

conflicto es conveniente un tribunal con conocimiento especializado⁸⁴, aunque lo cierto es que la práctica arbitral cuenta con un principio que es sumamente útil a la hora de dilucidar conflictos de jurisdicción, el principio *compétence sur la compétence*, *Kompetenz-Kompetenz* o competencia competencia⁸⁵, pues fácilmente un tribunal arbitral podría declararse competente para dirimir el conflicto.

Por supuesto, existen escenarios en donde aún en la presencia de un acuerdo arbitral una parte puede intentar, tempestivamente, dirimir la controversia en un foro que no es el acordado; en estos casos no nos cabe duda que existen una gran cantidad de remedios que harían de tal esfuerzo uno fútil, entre dichos remedios el *forum non conveniens*⁸⁶.

Antes hemos mencionado las situaciones en las que puede desafiarse la controversia de un tribunal arbitral, partiendo del momento en el que aún no se ha sustanciado el proceso o se está sustanciando, pero ¿qué sucede cuando se invoca un desafío a la jurisdicción luego de que concluya el juicio arbitral? Típicamente, el arbitraje finaliza en el momento en el que los árbitros hacen entrega del laudo, pero dicho laudo debe ser ejecutado por la jurisdicción ordinaria.

El escenario que planteamos es uno muy poco sonado, pero que de hecho es de gran relevancia para el análisis del *forum non conveniens*, esto es la oponibilidad de la doctrina durante el proceso para la ejecución del laudo. Gillies⁸⁷ nos introduce en su estudio a dos casos concretos, (i) *Monegasque de Reassurances SAM v. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*⁸⁸ y (ii) *TMR Energy Ltd v. State Property Fund of Ukraine*⁸⁹.

Como Gillies plantea en su estudio, en ambos casos se opuso la doctrina del *forum non conveniens* para la ejecución de los respectivos laudos, aunque parece importante aclarar que los dos casos involucran al Estado ucraniano, elemento que a nuestro parecer juega un factor vital para la aceptabilidad de las excepciones de *forum non conveniens* aceptadas y rechazadas

⁸⁴ Bjorklund, Andrea K, Private Rights and Public International Law: Why Competition among International Economic Law Tribunals is not Working, en: *Hastings Law Journal*, 2007, Vol. 59, No. 2, pp. 305-306. Aunque creemos que en el contexto del arbitraje internacional parece tener sentido el escenario, sostenemos que es un argumento débil pues, el arbitraje institucional se caracteriza por tener un amplio catálogo de árbitros especializados en una materia, si se quiere a un árbitro en específico las partes podrán acordar modificar el acuerdo. Distinto es el caso en el que las partes se encuentran en la jurisdicción ordinaria, pero acuerdan ir a arbitraje aun cuando el juicio ya se está sustanciando, no obstante reiteramos que en este escenario las partes podrían simplemente precluir el proceso e ir a arbitraje; la pregunta interesante sería ¿puede una parte litigante forzar el arbitraje en la otra por medio del *forum non conveniens* al proponer la conveniencia de un tribunal especializado? Aunque disparatada en forma, podría ser un ejercicio reflexivo interesante, siempre teniendo en cuenta que si no existe un acuerdo arbitral (o su indicio), entonces la anterior reflexión no tendría sentido.

⁸⁵ Brengesjö, Emil, *Lis Alibi Pendens in International Arbitration Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches* (Thesis in Procedural Law), Stockholm, Stockholm University, 2013, p. 23.

⁸⁶ Gillies, *Forum non Conveniens*..., ob. cit., p. 4. Existen algunos escenarios en los que el *forum non conveniens* pudiere servir en beneficio del arbitraje, sin embargo, dejaremos dicho estudio para otra ocasión.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 11-13.

⁸⁸ *U.S. District Court for the Southern District of New York*, 158 F., Supp. 2nd, 377, 4 de septiembre de 2001 (*Monegasque de Reassurances SAM v. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*) en: <https://bit.ly/3BkWpol>

⁸⁹ *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, No. 03-7191, 17 de junio de 2005 (*TMR Energy Ltd v. State Property Fund of Ukraine*) en: <https://bit.ly/317koem>

en cada caso. En el primero no existían elementos de conexión suficientes para que se ejecutara el laudo en los Estados Unidos y en el segundo, el tribunal ratificó el laudo al notar que las defensas opuestas por la parte recurrente, es decir, el State Property Fund of Ukraine, en relación con el *forum non conveniens* eran contradictorias, toda vez que sólo un tribunal americano puede ejecutar una decisión contra la propiedad de otro Estado ubicada en territorio norteamericano.

A propósito del último caso, resulta que en el caso *Figueiredo Ferraz v. the Republic of Peru*, se analizaron nuevamente los argumentos del primero de los casos que citamos⁹⁰. En el caso, la parte favorecida por el laudo, *Figueiredo Ferraz*, intentó ejecutarlo en los Estados Unidos, sin embargo, ante la decisión de distrito la República de Perú apeló la decisión y alegó que el laudo no podía ser ejecutado en Estados Unidos debido a una norma peruana que limitaba el dinero que podía ser gastado en cumplimiento de obligaciones públicas en un año.

En este caso, la Corte de Apelaciones consideró que ejecutar el laudo en los Estados Unidos requería ignorar la disposición peruana, de modo que al revisar los dos precedentes anteriores terminó por concluir que la existencia de activos de la parte accionada en territorio estadounidense no tiene que significar la procedencia automática de la ejecutabilidad del laudo en el mismo territorio; decidiendo que la demanda debía ser intentada en los tribunales de la República de Perú, pero atando dicha procedencia del *forum non conveniens* a la renuncia de la aplicación de plazos de prescripción y con la condición de que si los tribunales peruanos se negaban a sustanciar el proceso, la ejecución podría ser intentada nuevamente en los Estados Unidos.

En suma, el *forum non conveniens* puede fácilmente ser utilizado tanto en favor, como en detrimento del arbitraje, como nos gusta decir a lo largo de este trabajo, va a depender del uso que se le dé. Observamos que existen una variedad de escenarios en los cuales resulta aplicable la doctrina, pero que en definitiva deben ser resumidos en: (i) antes y (ii) después del laudo arbitral.

Comentarios finales

A manera de conclusión, debemos reiterar que el *forum non conveniens* es una excepción oponible ante los tribunales cuando existen dos jurisdicciones competentes y concurrentes, dicha excepción consiste en el ruego o exhorto al tribunal para que decline su jurisdicción y ello se presenta bajo argumentos agrupados bajo la palabra conveniencia.

⁹⁰ *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, No. 09-3925, 14 de diciembre de 2011 (*Figueiredo Ferraz e Engenharia de Projeto Ltda. v. The Republic of Peru, et al.*) en: <https://bit.ly/42SgpdU>

Es particularmente importante entender que esta doctrina no representa un desafío a la jurisdicción y/o competencia del juez, tampoco es la declinatoria de jurisdicción por razones de necesidad, se trata de algo sustancialmente distinto, se trata de la petición al juez para que decline su jurisdicción por la conveniencia de la parte que lo solicita, normalmente por razones de conveniencia práctica que se entrelazan con el acceso a la justicia de la parte que se ve habilitada para invocar la doctrina.

A nuestro pensar, la palabra conveniencia —sin duda— abarca una amplitud que debe ser mirada con sumo cuidado, toda vez que el mundo se encuentra en constante evolución y no toda facilidad práctica debe ser recogida en la aplicabilidad de esta doctrina, lo que afirmamos es que los tribunales deben, en la medida de lo posible, procurar instar al uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, pues de lo contrario favorecen una práctica que fácilmente puede llegar a perjudicar a la justicia en una dimensión colectiva.

Como afirmamos antes, creemos que el uso de la doctrina del *forum non conveniens* guarda una estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia, pero precisamente por la existencia de dicha relación debe cuidarse su aceptación, pues ora en su dimensión individual, ora en su dimensión colectiva, el *forum non conveniens* puede generar un perjuicio contra la justicia como la conocemos. Nos referimos en este último caso a los escenarios en los que un foro es mucho más deseable que otro y se produce una práctica de *forum shopping*, que desequilibra el sistema de justicia de ese foro y afecta directamente a la sostenibilidad de la justicia.

En conexión con la idea anterior, hemos sostenido a lo largo de este trabajo que el *forum non conveniens* ha terminado por limitar la práctica del *forum shopping*, ya sea por error o coincidencia, la aplicación del *forum non conveniens* ha llevado a algunos Estados anglosajones a mostrarse renuentes a aceptar una doctrina vacía, instaurando rígidos criterios para la procedencia del *forum non conveniens*.

Aunque, al analizar el panorama comparado pudimos percatarnos de un elemento que sin duda vale la pena mencionar, como hemos explicado antes, el uso de la doctrina en países con sistemas de derecho de *civil law* pasa por una regulación expresa, específica y concreta; mientras que en países con sistemas jurídicos de *common law*, el uso de la doctrina resulta mucho más espontáneo, pues de cierta forma es un recurso que flota en el aire jurídico de estos últimos países.

Aun cuando algunos países pueden regular su aplicación, lo cierto es que los jueces anglosajones poseen cierta libertad de aplicación que creemos caracteriza la esencia de la doctrina, sin duda alguna, se trata de una doctrina de aplicación discrecional por parte del juez. Nuestro comentario guarda relación con el posible uso del *forum non conveniens* en países con sistemas de *civil law*, pues en nuestra opinión la detallada técnica legislativa del legislador continental desvirtuar en forma alguna la discrecionalidad que forma parte del *forum non*

conveniens, cosa que se hace evidente en los pocos modelos de normas que lo regulan presentes en dichos sistemas.

Un juez que tenga que atender a un alegato en el que se invoque una norma, un literal o un numeral y un supuesto de hecho específico, difícilmente es un juez que goza de discrecionalidad en el sentido más estricto de la palabra. Si bien no dista demasiado del uso de la doctrina en los países de *common law*, pensamos que esta forma de aplicación llevaría al juez de los países de *civil law* a sentir una presión distinta a la que sienten los sentenciadores de los países anglosajones.

Finalmente, el *forum non conveniens* es una herramienta que guarda relación estrecha con los derechos humanos, afirmación esta que encuentra su fundamento en el objeto intrínseco de la doctrina, esto es, el acercamiento a una justicia más genuina. Creemos que la relación del *forum non conveniens* con el arbitraje debe ser observada de cerca, pero por los momentos mantiene una tendencia neutral que, por otro lado, no es la misma en cuanto a los foros corruptos que en el mundo existen.

La doctrina del *forum non conveniens* ha solucionado muchos problemas, mientras claramente ha generado otras incógnitas en el derecho, pero con nuestra breve investigación, creemos que es una doctrina amiga del derecho, que ha permitido alcanzar mejores resultados y que representa una pieza clave para la evolución y mejora del ámbito jurídico.