

LA OBTENCIÓN Y REVELACIÓN DE DOCUMENTOS E INFORMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESTADOUNIDENSE (“DISCOVERY”) Y SU INFLUENCIA EN LA CONVERGENCIA DE CULTURAS JURÍDICAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

*Pedro J. Martínez Fraga*¹
Socio de Squire, Sanders & Dempsey
Profesor de Derecho Procesal y Arbitraje Internacional
Universidad de Miami (EEUU)

Μ?, φιλα ψηχ?, β'ον 'αθ'νατον
σπε?δε, τ'αν δ'εμπρακτον 'αντλει μαχαν?ν.

Pindare, Pythiques, III

Prólogo al artículo “Síntesis de culturas jurídicas en la divulgación y toma de pruebas en el derecho privado procesal del arbitraje internacional. ¿Nos queda remedio?”, de Pedro Martínez-Fraga

Ramon Mullerat
Abogado. Miembro de la London Court of International Arbitration (LCIA)

En una conferencia que pronunció Lord Mance en la Universidad de Birmingham en noviembre de 2006², destacó que las dos grandes diferencias procesales entre el *common law* y el *civil law* son el *discovery*, descubrimiento o divulgación, como lo traduce Pedro Martínez-Fraga en el artículo que me honro en prologar, y la *cross examination*. En este trabajo, Martínez-Fraga aborda valientemente el primero de los temas, uno de los más complejos y controvertidos del derecho procesal y del derecho arbitral internacional.

Como reconoce el autor, la institución del *discovery* “ha despertado las pasiones de abogados, juristas y académicos de ambas costas del Atlántico” y ello simplemente porque el *discovery* resulta esencial para la concepción procesal del abogado anglosajón, especialmente del estadounidense, y en cambio resulta prácticamente desconocido para la mentalidad romanístico-civil. Se ha dicho humorísticamente que

¹ Pedro J. Martínez-Fraga es Bachelor of Arts (B.A.) por St. John’s Collage, Anápolis (1984), Juris Doctor (J.D.) por la Universidad de Columbia de Nueva York (1987) y Profesor Asociado de Derecho de la Universidad de Miami (2003).

² Lord Mance, “The common law and Europe: differences of style or substance and do they matter?”, University of Birmingham, 24 noviembre 2006.

“en Inglaterra un abogado es expulsado del colegio de abogados si no facilita el *discovery*, mientras que en Francia es expulsado del colegio si lo facilita”.

El derecho de una parte a pedir el auxilio del juez para la producción (*discovery*) de un documento cuando la parte adversa se niega a presentarlo se halla reconocido en todas las jurisdicciones pero con diversa intensidad. En los Estados Unidos, con gran amplitud y fortaleza; en el Reino Unido, con menor extensión e intensidad; y en los países romanístico-civiles, no existe o existe con tenue presencia.

Martínez-Fraga dedica la mitad de su estudio a realizar un ordenado análisis de las normas fundamentales del *discovery* en su propio sistema procesal estadounidense, que permiten a las partes obtener ampliamente la revelación de cualquier información relevante a su petición o defensa, describiendo sus indiscutibles ventajas, sus excepciones (*privileged matters* o materias protegidas por el secreto profesional, que tan estrictamente se halla protegido en Estados Unidos) e incluso sus abusos (*fishy expeditions*). Hace bien el autor en hacerlo así, teniendo en cuenta el gran desconocimiento que tenemos en nuestro país de esta interesante y compleja institución del *common law* y de la necesidad de conocerla mejor lo que, como él, nos dedicamos al arbitraje comercial internacional.

El autor comenta las diferentes normas que regulan el descubrimiento o revelación de información, deteniéndose especialmente en la ley U.S.C., s.1782 y en las sentencias del Tribunal Supremo federal en el caso *Intel 2004* y las más recientes del Tribunal Federal del Distrito Norte de Georgia *In Re: Roz Trading Ltd., 2007* y del 11º Circuito *In Re: Patricio Clerici, 2007*.

La s.1782 U.S.C. permite a los jueces americanos cooperar con los tribunales extranjeros e internacionales en la obtención de pruebas a través del *discovery* y el autor apoya la interpretación que los tribunales arbitrales internacionales han de ser considerados ‘tribunales’ a los efectos del precepto de la U.S.C. De ser esto así, comportaría innegables ventajas para los arbitrajes internacionales aunque existen voces que ven un peligro de que el arbitraje se aproxime al procedimiento judicial (“judicialización del arbitraje”) perdiendo el atractivo de rapidez y sencillez que recordaba no hace mucho Fali Nariman, vicepresidente de la Corte de la CCI³.

El artículo destaca la anomalía que representa la existencia de un mundo económicamente globalizado pero jurídicamente fragmentado, se pregunta si es posible aspirar a la globalización jurídica en el tema del arbitraje internacional mediante una fórmula que represente los principales sistemas para lamentarse del parroquianismo que teme la introducción de nuevas ideas y se inclina decididamente por la aceptación del *discovery* en el arbitraje internacional.

La realidad es que, a pesar de la gran necesidad de armonización que el arbitraje internacional precisa, los convenios internacionales suelen concentrarse en la

³ Fali Nariman, “The spirit of arbitration”, *Arbitration International*, 2000, 16, 3, pp. 261-278.

forma de iniciar el proceso y en el reconocimiento e impugnación de los laudos, pero no tratan del procedimiento arbitral, que se deja a la voluntad de las partes o a la decisión de los árbitros.

En el arbitraje internacional, el *discovery*, tal como es entendido en el *common law* no existe. Las partes pueden pedir al árbitro que ordene a la parte adversa producir un documento y así lo reconoce tanto la Ley Modelo UNCITRAL como los reglamentos de las instituciones arbitrales, pero el *discovery* se ve siempre limitado a un documento concreto y determinado y raramente se extiende a un grupo o serie de documentos y nunca a los documentos en poder de terceros.

No obstante, a pesar de la diferencia de normativa y cultura jurídicas de los procedimientos judiciales, en materia de *discovery* se advierte la aparición de un terreno de aceptación común. Por un lado, es necesario que los árbitros puedan garantizar la disponibilidad de los documentos necesarios si es que el laudo ha de tener algún sentido y así lo reconocen los Principios de Procedimiento Civil Transnacional propuestos por UNIDROIT al decir que “existe una creciente necesidad práctica –si hay que tomarse en serio la justicia- de permitir el *discovery* de documentos y, hasta cierto punto y por lo menos en algunos casos, en la declaración de los testigos clave” y, por otro, existe la tendencia de restringir el ámbito del mismo, como ocurrió en Inglaterra donde el *discovery* se ha visto limitado a la exhibición de documentos relevantes a los hechos definidos en las alegaciones e incluso en los Estados Unidos tras la reforma de las *Federal Rules of Civil Procedure* restringiendo las normas sobre revelación de prueba. De ahí que los Principios UNIDROIT propongan un compromiso encaminado a la aproximación de la legislación internacional en esta materia.

En el arbitraje internacional es de destacar el esfuerzo armonizador gracias al trabajo conjunto de juristas que representan ambas tendencias, conscientes por un lado de las situaciones abusivas a que puede dar lugar una aplicación extensiva del *discovery* y también de la situación exasperante ante la dificultad de hacer justicia por la recalcitrante postura de una de las partes. Es destacable la actitud ecléctica que adoptan las Reglas sobre Adopción y Evidencia en el Arbitraje Comercial Internacional publicadas por la IBA que, elaboradas por un grupo de abogados representantes de ambos campos, permiten a las partes formular al árbitro una “petición de exhibición”, donde la parte peticionaria describe los documentos o “una categoría limitada y específica de documentos”, que se considera razonablemente que existen y se hallan en posesión de la parte adversa, así como la explicación de por qué estos documentos son “relevantes e importantes para el resultado del caso”. Este sistema constituye un acercamiento de ambas posturas y un paso adelante hacia la aceptación del *discovery* que preconiza Martínez-Fraga. No obstante, estas fórmulas de *discovery* limitado, como la que proponen las Reglas IBA, siempre parecerán excesivas a los juristas europeos, poco amigos de expediciones de pesca, y sabrán a poco a los juristas americanos, formados y acostumbrados a un amplio *discovery* y de

ahí que la interpretación de las Reglas IBA será restrictiva o extensiva según la procedencia de los interpretes.

Personalmente coincido con el autor en que los juristas somos excesivamente conservadores y reactivos y no hemos cooperado suficientemente al movimiento globalizador general. Es cierto que la historia demuestra que primero se produce el hecho económico o social y después vienen los juristas para regularlo. Es decir, primero Cristóbal Colón descubrió América y luego se promulgaron las Leyes de Indias y no al revés. Pero aquí, en un mundo que ha elevado la velocidad a la categoría de dogma, la reacción de los juristas es excesivamente lenta. Deberíamos los juristas redoblar nuestros esfuerzos con vistas a la armonización o al menos aproximación de las leyes para contribuir a una más eficaz y justa globalización del mundo. Estoy seguro de que el trabajo de Pedro Martínez-Fraga en esta materia contribuirá a ello.

En definitiva un artículo competente, interesante y útil, cuya lectura recomiendo.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1 NORMAS FUNDAMENTALES SOBRE LA OBTENCIÓN Y REVELACIÓN DE DOCUMENTOS E INFORMACIÓN EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CIVIL. A. La Norma 26: ¿Pauta de flexibilidad o de legitimidad del abuso? 2. LA NORMA 27: DECLARACIONES JURADAS ANTES DE SER INTERPUESTA LA DEMANDA O DURANTE EL PROCESO DE APELACIÓN. A. La Norma 30: Declaración Jurada. B. La Norma 31: Declaración jurada por escrito. C. La Norma 33: Interrogatorios. D. La Norma 34: Divulgación de documentos e inspección de propiedad y otras cuestiones. E. La Norma 36: Peticiones para confesiones. F. Orden al caos. 3. EL ARBITRAJE Y EL TEMA DE LA CONVERGENCIA DE CULTURAS JURÍDICAS. A. Convergencia en la obtención y revelación de documentos e información. B. Unas palabras sobre la práctica de la prueba (*Taking of Evidence*) de la IBA. 4. LA REESTRUCTURACIÓN RADICAL DE LA REVELACIÓN Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS EN LOS ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES. A. Los elementos de la Sección 1782. 5. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA REVELACIÓN DE DOCUMENTOS CAUSADA POR *INTEL CORP. V. ADVANCED MICRO DEVICES*. A. La Sección 1782 en el contexto de arbitrajes internacionales. B. Un nuevo desarrollo jurisprudencial: *In Re: Aplicación of Roz Trading Ltd.* C. *In Re: Patricio Clerici*; creando nuevas pautas. 6. LA FRAGMENTACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL, COMO ESTRUCTURA Y OBJETO DE CONVERGENCIA CULTURAL JURÍDICA. 7. NOTIFICACIÓN DE COMPARECENCIA AL PROCESO JUDICIAL. A. Jurisdicción sobre la persona y jurisdicción sobre la materia. 8. OBSERVACIONES SOBRE LA NORMA FEDERAL DÉCIMOSEGUNDA Y LA FRAGMENTACIÓN PROCESAL. A.

La doctrina de *Forum Non Conveniens*: Un perfil escueto. B. Factores de Interés Privado. C. Factores de Interés Público. D. El foro propuesto como alternativa tiene que ser adecuado. 9. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

En la segunda parte del *Quijote* en el capítulo 23 encontramos una escena entrañablemente inolvidable. Sancho, en su estilo propio e inimitable, le presenta a Alonso Quijano un pronóstico oscuro y poco optimista que Sancho infiere de hechos concretos y tangibles que parecen ser la cara irrefutable de la fuerza del destino. Al oír estas palabras que vaticinan el fracaso severo, seguro, e inmediato, don Quijote se limita a decirle: “--- Como me quieres bien, Sancho, hablas de esa manera --- dijo don Quijote ---, y como no estás experimentado en las cosas del mundo, todas las cosas que tienen algo de dificultad te parecen imposibles; pero andará el tiempo, como otra vez he dicho, y yo te contaré algunas de las que allá abajo he visto, que te harán creer las que aquí he contado, cuya verdad ni admite réplica ni disputa.” De hecho don Quijote le cuenta a Sancho que éste no conoce nada de este mundo porque considera imposible aquello que solamente es muy difícil.

Y así es cuando nos encontramos con la tarea de presentar la anatomía de un sistema procesal, y, sobre todo, cuando incurrimos en la audacia de analizar qué influencia puede tener éste en el proceso de convergencia de culturas jurídicas que se vislumbra en el arbitraje internacional. La tarea puede parecer imposible, pero les prometo que solamente es muy difícil. Empecemos a trabajar.

"Hasta que los filósofos se conviertan en reyes," dijo Sócrates, "o los reyes en filósofos, los Estados no podrán trascender sus limitaciones." Y si él vacilaba al exponer este criterio, porque, como admitía, pudiera "hundirlo bajo aguas de risas y ridículo," así hoy nosotros; abogados, estudiantes y juristas cometeríamos un desacierto si tratásemos de aplicarlo al campo de la resolución de litigios y al arbitraje internacional y afirmáramos que los filósofos deben convertirse en abogados o los abogados en filósofos, si nuestras leyes han de alcanzar la perfección.

El esfuerzo de forjar un sistema procesal que goce de aceptación universal requiere abordar y reconciliar el sistema de obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (“*discovery*”) con el sistema inquisitorial que prevalece en la tradición civil o continental. El arbitraje internacional nos ofrece un campo propicio para desarrollar este esfuerzo de reconciliación e integración.

Es cierto que el amplio rol reconocido a la autonomía de las partes en dicho sistema de obtención y revelación ha despertado las pasiones de abogados, juristas, y académicos en ambos lados del Atlántico. Pero esto no debe entorpecer la tarea de

comprender las principales aportaciones de ambos sistemas en la obtención de pruebas y de explorar diversas metodologías para llegar a una síntesis doctrinal que conduzca a la transparencia en esta materia y que sirva para satisfacer las expectativas de las partes, particularmente cuando éstas provienen de diversas culturas jurídicas.

Es posible dibujar un esquema escueto, abreviado, pero completo en cuanto a lo esencial del sistema de obtención y revelación en el proceso civil federal estadounidense. Para ello dirigiremos nuestra atención a las siguientes siete (7) normas procesales:

- (i) 26 (estipulaciones generales que rigen la revelación y el deber de revelar),
- (ii) 27 (declaración jurada *-deposition-* oral *antes* de iniciar un proceso judicial o mientras queda pendiente un recurso de apelación),
- (iii) 30 (declaraciones juradas bajo reexaminación oral),
- (iv) 31 (declaraciones juradas por escrito),
- (v) 33 (interrogatorios escritos),
- (vi) 34 (revelación de documentos y cosas; derecho de inspeccionar inmuebles y otros propósitos), y
- (vii) 36 (peticiones de confesiones, “*requests for admission*”).

El examen de estas cuestiones nos conducirá al análisis tanto de las normas de obtención y revelación propuestas por la International Bar Association (IBA⁴) como de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Intel”⁵ interpretando en sentido amplio y liberal el concepto de “tribunal extranjero” a los fines de 28 U.S.C. §1782.

Una vez analizados ambos aspectos, veremos la “fragmentación” del proceso judicial en los sistemas *Commonwealth Common Law* y *American Common Law*, a los cuales nos referiremos como “el sistema *Common Law*” o simplemente “*Common Law*”. Para poder perfilar con precisión esta fragmentación procesal tendremos que hacer una referencia a las normas 7 y 4 del Código Federal de Procedimiento Civil (“*Federal Rules of Civil Procedure*”).

La convergencia o síntesis tampoco puede ser abordada sin hacer al menos una breve mención a cuatro temas esenciales: (i) jurisdicción sobre la persona, (ii)

⁴ Aquí nos referimos al International Bar Association sobre *La Toma de Pruebas*. Estas normas no son vinculantes ya que no han sido adoptadas, ni necesariamente recomendadas, por la mayor parte de las instituciones arbitrales internacionales de mayor predicamento.

⁵ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices*, 124 C.S.T. 2466 (2004).

jurisdicción sobre la materia, (iii) la norma decimosegunda y (iv) la doctrina del *forum non conveniens*. Aquí no se pretende llegar a forjar una metodología que haga posible la convergencia de los sistemas continental y *common law*, para no mencionar sistemas legales del Medio y Lejano Oriente. La meta es mucho más modesta. Intentaremos identificar aquello que es materia de convergencia, examinaremos el principio de la autonomía de las partes y expondremos las expectativas de toda persona involucrada en un proceso arbitral internacional de poder al menos, reconocer vestigios esenciales de su cultura jurídica en dicho proceso a los fines de encontrar certidumbre y uniformidad.

1. NORMAS FUNDAMENTALES SOBRE LA OBTENCIÓN Y REVELACIÓN DE DOCUMENTOS E INFORMACIÓN EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CIVIL

A. La Norma 26: ¿Pauta de flexibilidad o de legitimidad del abuso?

La Norma 26 constituye la piedra angular sobre la cual reposa el andamiaje entero de la obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense. A pesar del complejo cúmulo de obligaciones que esta norma encierra (siete secciones, cada una de las cuales está a su vez dividida en otras) fijémonos en la más sutil, que, irónicamente, también ejerce la mayor influencia sobre el proceso entero de obtención y revelación.

La sección (b)(1) de la Norma 26 ofrece la pauta fundamental del sistema. A pesar de su importancia, con una frecuencia sorprendente, juristas, académicos y abogados suelen confundir la pauta establecida en esta sección. Por ello, comenzaremos por consultar la misma en su idioma original y a continuación intentaremos ofrecer una traducción al castellano:

(b) Discovery Scope and Limits. Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows:

(1) **In General.** Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, *that is relevant to the claim or defense of any party*, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the Court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. *Relevant information need not be admissible at the trial*

*if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*⁶

Fijémonos que toda materia revelable debe satisfacer dos requisitos: *el primero*, consiste en que la petición dirigida a una parte, a los fines de obtener documentos o información, tiene que ser *relevante* a las pretensiones de las partes expresadas en la demanda y en la contestación a la misma (y en la reconvencción si la hubiera) que, como sabemos, son los actos procesales mediante los cuales se constituye la litis; *el segundo*, cuya concurrencia se comprobará tras el análisis del primero, exige únicamente que la información sea “relevante”, lo que significa que no tiene que ser admisible, siempre y cuando ella *pueda* conducir a pruebas admisibles.

La pauta no puede ser más amplia y flexible. Una vez verificado el vínculo entre la materia solicitada y los asuntos enmarcados dentro de la demanda y la contestación, se convierte en un reto a la propia imaginación concebir qué información no puede ser susceptible de ser revelada bajo la pauta de la Norma 26 Sección (b)(1).

El acceso a pruebas que no sean admisibles a primera vista da la impresión de marcar una pauta excesiva y, por ende, abusiva. Pero dicha primera impresión puede desvanecerse a poco de meditar sobre el tema. A veces el árbol nos hace perder la perspectiva del bosque. Si de hecho la prueba *per se* no es admisible, entonces es necesario concluir que a los fines del juicio en cuestión tal prueba no puede representar perjuicio alguno ya que no será considerada por el juez o jurado. De modo que sólo quedan dos categorías conceptuales de acuerdo con las cuales se puede inferir alguna posibilidad de perjuicio en torno a la pauta de revelación:

Primero, se destaca la posibilidad de que la materia no admisible conduzca a nuevas reclamaciones que surjan del mismo evento o transacción subyacente al proceso judicial en cuestión.

Por una parte, si en realidad los documentos e información obtenidos conducen a la parte peticionante a formular nuevas reclamaciones relativas al mismo evento o transacción objeto de la litis, cabe entonces concluir que el método empleado

⁶ (b) Parámetros de obtención y revelación y Límites. Salvo pendencia de un dictamen judicial imponiendo limitaciones conformes con estas reglas, el parámetro de obtención y revelación es el siguiente:

(1) En General. Las partes pueden obtener revelación (de documentos o información) respecto a cualquier materia que no sea privilegiada y *que sea relevante para la reclamación o defensa interpuesta por cualquier parte*, incluyendo la existencia, descripción, naturaleza, custodia, condición, sitio de cualesquiera libros, documentos, u otras cosas tangibles y la identidad y ubicación de personas con conocimiento sobre cualquier materia divulgable. Por causa mostrada, el tribunal pudiese exigir la divulgación de cualquier materia relevante al tema de un proceso. *Información que sea relevante [a los fines de divulgación] no tiene que ser admisible en el juicio del caso si la divulgación aparenta ser razonablemente calculada para conducir a la divulgación de prueba admisible* (énfasis añadido).

sirvió para revelar nuevos derechos subjetivos que su titular desconocía y que también merecen la protección y tutela del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, una sociedad civilizada debería nutrir y cultivar dichos preceptos sobre revelación o “*discovery*”. Sin embargo, ¿este mismo resultado no ha conducido a numerosos juristas, académicos, comentaristas, y abogados a concluir que tal pauta inevitablemente desemboca en “una expedición de pesca” o la famosa “*fishing expedition*”? A este respecto, debe señalarse que la primera premisa de la sección (b) (1) que requiere que la materia revelable sea “relevante a cualquier reclamación o defensa de cualquier parte”, limita y hasta suprime el elemento de arbitrariedad que los críticos caracterizan como una “expedición de pesca.” Dicha expedición sería contraria al interés público de un sistema de justicia sólo en la medida en que los documentos y datos que salen a la luz no estuvieren dentro de los asuntos enmarcados en la demanda y contestación. Es decir, las partes podrán obtener información siempre y cuando dicha información aparente, de manera razonable, conducir a la revelación de pruebas “relevantes”.

Segundo, se puede argumentar, y de hecho muchos lo hacen, que los parámetros amplios de la sección (b)(1) conducen a posibles “violaciones de derechos privados”, que sólo, en los casos más extremos deberían ser ventilados. Esta crítica goza de atractivo porque parece postular que cualquier invasión de la esfera privada de los particulares produce un perjuicio superior al beneficio que se pretende obtener con tal invasión para conseguir una eficiente administración de justicia. Miremos a este tema con mayor detenimiento.

No hace falta leer la sección (b)(1) con demasiado esmero para encontrar una norma subordinada que pretende evitar este peligro. Fijémonos en la siguiente parte de esta norma: “[l]as partes pueden obtener divulgación [de documentos o información] respecto a cualquier materia *que no sea privilegiada*. . . .” (cursiva agregada). La jurisprudencia ha interpretado los términos “privilegio” y “privilegiada” con el propósito de evitar este uso y posible abuso de la pauta de revelación⁷ y, en la práctica, esta interpretación jurisprudencial del concepto

⁷ Brevemente tenemos que pronunciar algunas palabras sobre los privilegios y doctrinas que conducen al amparo contra la revelación de información o documentos. Primero hay que tomar nota de que el sistema federal se tiene que apoyar sobre la ley sustantiva aplicable en el foro en donde se encuentra el tribunal federal de primera instancia a los fines de poder observar cualquier objeción esgrimida en contra de la revelación de documentos o información que pretenda ser fundamentada en un privilegio o doctrina de protección como lo serían (a) comunicaciones entre abogado y cliente, (b) médico y paciente, (c) contador público y cliente, (d) sacerdote y penitente, (e) esposo y esposa, (f) voto político, (g) secretos profesionales o propietarios u otra información oficial, e (h) identidad de informante, por citar solamente ocho casos.

La norma 501 del Código Federal de Pruebas prescribe que:

Excepto a las exigencias de la Constitución de los Estados Unidos o tal y como prescribe una acta del Congreso o de acuerdo con las reglas promulgadas por el Tribunal Supremo conforme con la autoridad de ley, el privilegio de un testigo, persona, gobierno, Estado, o subdivisión geopolítica de un Estado, tiene que ser gobernado por los principios del “common law” tal y como estos principios sean

“privilegio” o “doctrina”⁸ representa un andamiaje elaborado y sofisticado que resulta extremadamente difícil de burlar⁹.

interpretados por los tribunales de los Estados Unidos bajo la luz de la razón y la experiencia. No obstante, en procedimientos y causas civiles, con respecto a cualquier elemento de una reclamación o defensa a la cual la ley Estatal supla la norma decisiva, el privilegio de un testigo, persona, gobierno, Estado, o división geopolítica de un estado, será determinado de acuerdo con la ley del Estado.

Ya que no existe legislación federal sobre estos temas que han sido relegados a codificación estatal, el sistema federal no puede representar tener una base normativa para aplicar estos amparos contra la revelación o defensas a la revelación sin discriminar. Por tanto, se convierte en tema sumamente importante desde un punto de vista estratégico para el demandante escoger un foro en el cual se pueda anticipar la medida en que el tribunal federal de primera instancia sea capaz de sostener una objeción basada en un privilegio específico que se encuentre como parte de la ley sustantiva de la jurisdicción en donde el tribunal federal se encuentre.

El Profesor Graham comenta:

El propósito de las normas cotidianas de pruebas es promover la comprobación o averiguación de la verdad. Otro colectivo de normas, no obstante, está designado a los fines de permitir la exclusión de pruebas por motivos y razones desvinculados con la calidad de la prueba o la credibilidad del testigo. Estos razonamientos están enraizados en una política orientada hacia la protección de un interés o una relación en particular. El término o expresión “privilegio” como éste es utilizado en la norma 501 también se utiliza ampliamente en describir este último conjunto de normas de exclusión. Dado que el fin de un privilegio es reprimir la verdad, un privilegio únicamente debe de ser reconocido si el interés o la relación en tela de juicio es de una importancia extraordinaria e indudablemente una parte sería perjudicada por virtud de la negación del amparo que proporciona el privilegio. *Graham, Handbook of Federal Evidence, Section 501* (6th Ed. 2006).

Con respecto a elegir la ley de privilegio aplicable cuando temas federales y estatales se encuentran compenetrados, consultar *Hancock v. Hobbs*, 967 F.2d 462, 466-67, (11th Cir. 1992) (“la norma 501 no es nada clara respecto a qué decisión tomar cuando las leyes estatales y federales de privilegio se encuentran contrapuestas. Ver 23 Charles Alan Wright y Kenneth W. Graham, Jr., *Federal Practice and Procedure* §5434, página 860 (1980).

⁸ La doctrina Trabajo o Producto de Abogado también ampara contra la divulgación de documentos preparados por un abogado en anticipación de una acción. Es importante recalcar que mientras que el amparo que otorga un privilegio es prácticamente absoluto en carácter, las protecciones que se desprenden por virtud doctrinal, o de doctrina como la mencionada, son susceptibles a ser retadas generalmente al mostrar que los datos solicitados (i) son esenciales respecto a la administración equitativa de la justicia del proceso en cuestión y (ii) la información solicitada no es asequible de otra fuente.

⁹ Los comentarios a raíz de la enmienda del 1970 a la sección (b) en general y la sección (b)(1) en particular ameritan ser citadas en su totalidad:

Subdivisión (b)- Parámetros de Revelación. Esta subdivisión ha sido enmendada a los fines de ser aplicable a los parámetros de revelación en general. Aquí se regula la revelación adquirida a través de las metodologías de divulgación detalladas en la Norma 26(a).

Todas las provisiones respecto a los parámetros de divulgación son supeditadas a la calificación inicial que comprende que un tribunal pudiese limitar la divulgación de acuerdo con estas normas. La Norma 26(c) transferida de la Norma 30(b)) confiere poderes amplios al tribunal en cuanto a regular o a evitar la revelación hasta en el contexto de esquemas mediante a los cuales los documentos o información solicitada están dentro del ámbito de la Norma 26(b), y estos poderes siempre han sido libremente ejercidos. Por ejemplo, la información fiscal de una parte generalmente no está amparada, en cuanto divulgación en un tema civil, por un privilegio, 2A Barron & Holtzoff, *Federal Practice and Procedure*, §651.2 (Wright ed. 1961), y, no obstante, los tribunales han reconocido que los intereses en la

2. LA NORMA 27: DECLARACIONES JURADAS ANTES DE SER INTERPUESTA LA DEMANDA O DURANTE EL PROCESO DE APELACIÓN

Esta norma, que está a su vez regida en su aplicación por la Norma 26, permite que se tome una declaración jurada *antes* de iniciarse formalmente un proceso judicial a los fines de perpetuar el testimonio de uno o más testigos. En caso de objeción por el testigo, la parte interesada en obtener la prueba puede interponer una petición ante el tribunal federal competente exponiendo los datos sobre las personas a quienes pretende interrogar y la razón por la cual se hace indispensable la perpetuación de esas declaraciones de testigos.

privacidad de las partes pudiesen justificar una medida adicional de amparo *Wiesenberger v. W.E. Hutton & Co.*, 35 F.R.D. 556 (S.D.N.Y., 1964). Del mismo modo, en circunstancias apropiadas, los tribunales han limitado la revelación de materiales que principalmente conciernen a la inculpación de carácter de testigos. Estas dos categorías de revelación muestran meramente las múltiples situaciones que no son capaces de ser gobernadas por normas precisas en las cuales los tribunales están obligados a ejercer su juicio. Las nuevas secciones de la Norma 26(b) no cambian o modifican la ley existente respecto a tales esquemas.

Sección (b)(1)-En General. El texto ha sido cambiado para poder detallar los parámetros de revelación en términos generales. La sección existente, redactada en términos que se aplican exclusivamente a las declaraciones juradas orales, se han incorporado por medio de referencia en las Normas 33 y 34. Dado que decisiones respecto a la relevancia a la materia del proceso se ejecutan solamente a los fines de revelación y predatan por un plazo amplio el propio juicio, un trato flexible de la pauta de relevancia es necesaria en materia de revelación, independientemente de que ésta sea voluntaria o de acuerdo con un dictamen judicial, esta adjudicación o determinación respecto al término "relevancia" no concierne relevancia en el contexto de un juicio. *Moore's Federal Practice* ¶26-16(1) (2d ed. 1966).

La enmienda más reciente a la sección (b) se realizó en 1983 y busca promover mayor participación judicial en el ejercicio de la discreción por parte del tribunal en limitar los parámetros de revelación tomando en cuenta factores como la desigualdad de recursos entre las partes, y la revelación de materiales o datos redundantes:

Sección (b); Parámetros de Revelación y Límites. La Norma 26(b) (1) ha sido enmendada con el aporte de una oración para lidiar con el problema de excesos en la revelación. El objetivo de esta enmienda es proteger contra la revelación que sea redundante o desproporcionada otorgándole al tribunal autoridad para reducir la cantidad de materiales revelados .que puedan ser dirigidos a temas que de otro modo serían blancos apropiados sobre los cuales indagar. La nueva regulación tiene como propósito alentar a los jueces a ser más agresivos en sus esfuerzos a fines de identificar y desanimar el abuso del proceso de revelación. Las premisas mencionadas en la norma enmendada a fines de limitar la revelación reflejan la práctica existente de muchos tribunales en emitir dictámenes de amparo de acuerdo con la Norma 26(c). *Carlson Cos. v. Sperry & Hutchinson Co.*, 374 F.Supp. 1080 (D.Minn. 1974); *Dolgow v. Anderson*, 53 F.R.D. 661 (E.D.N.Y. 1971); *Mitchell v. American Tobacco Co.*, 33 F.R.D. 262 (M.D. Pa. 1963); *Welty v. Clute*, 1 F.R.D. 446 (W.D.N.Y. 1941). Generalmente, no obstante, los jueces federales de primera instancia han sido algo recalcitrantes en limitar el uso de las varias metodologías de revelación. *Apco Oil Co. v. Certified Transp., Inc.*, 46 F.R.D. 28 (W.D. Mo. 1969) 8 Wright & Miller, *Federal Practice and Procedure: Civil* §§2036, 2037, 2039, 2040 (1970).

De acuerdo con la norma, la petición interpuesta ante un tribunal debe llevar como título el nombre de la persona que solicita la petición y debe demostrar que se cumple con los siguientes cinco requisitos fundamentales:

1. que el peticionante prevea su participación como parte en un proceso judicial viable ante un tribunal de Estados Unidos pero que por el momento se encuentra incapaz de iniciar o dar lugar a tal proceso,
 - (ii) la identificación de la materia y objeto del posible proceso judicial y el interés del peticionante en ese proceso,
 - (iii) una descripción de los hechos de fondo que el peticionante desea establecer por medio del testimonio propuesto a través de la declaración jurada en cuestión y las razones subyacentes por las que desea que se perpetúe dicho testimonio,
 - (iv) la mención del nombre o una descripción de las personas que el peticionante prevé que participarán en el proceso judicial como partes contrarias y las direcciones de éstas, en la medida que le sean conocidas,
 - (v) los nombres y direcciones de las personas propuestas para ser examinadas y los temas de sus respectivos testimonios que el demandante prevé extraer o sonsacar de cada testigo, junto con una petición solicitando que se emita una orden autorizando al peticionante a tomar las declaraciones juradas de las personas que serán examinadas que han sido nombradas en la petición.

La mera existencia de una norma que haga posible el examen de un testigo o de una parte contraria en un proceso judicial futuro pone de manifiesto la preeminencia de la autonomía de la parte en materia de revelación, dentro del marco de las normas procesales federales. Aquí cabe destacar que la intervención judicial es de carácter meramente formal y ministerial. Otorgarle esta facultad a una persona *antes* de ser iniciado un proceso judicial o durante la apelación en segunda instancia, enfatiza la delegación de jurisdicción por el tribunal de primera instancia a las partes interesadas en llevar a cabo una declaración jurada. Como se puede ver, a la parte que solicita la declaración no se le requiere un compromiso vinculante de interponer la *posible* demanda.

El contraste entre el sistema *common law* y la tradición continental es particularmente elocuente en este punto. Este contraste comprende dicotomías jurídicas y políticas que perfilan la filosofía legal que determina la fisonomía de cada sistema. Como hemos señalado, la capacidad de poder tomar una declaración jurada *antes* del inicio de un proceso judicial o durante una apelación refleja la importancia que el sistema le otorga al precepto de *autonomía de parte*. Este principio es sacrosanto

cuando se trata de un sistema judicial independiente dentro del andamiaje político de una democracia representativa que comprende tres ramas políticas¹⁰. Significativamente, dos de éstas (la ejecutiva y la legislativa) disfrutaban de profundas raíces democráticas tanto en su mecánica electoral como en sus principios éticos-políticos. A este respecto, el concepto de dignidad humana y la igualdad de todo ciudadano constituyen la base normativa para justificar la defensa del principio por el que se entiende que cada persona merece el derecho al voto y que dicho voto vale en todos por igual.

Curiosamente, no obstante, la tercera rama, la judicial, ha sido interpretada por algunos académicos del más alto nivel como “la menos peligrosa”¹¹ pero también hay que observar que es *la menos democrática*. Los jueces federales no se eligen, se nombran. El nombramiento no es por un plazo. Todo lo contrario, si es que nos encontramos obligados a caracterizar el servicio público en términos de plazos, tendríamos que mantener que se trata de un plazo vitalicio. Sólo a raíz de una falta de extrema gravedad o de un delito penal, un juez federal puede ser forzado a renunciar a su cargo.

De este modo, el concepto de autonomía de parte representa un principio palpable por el cual se cumple cierta “*democratización*” de la rama jurídica. Minimizar la intervención de un juez y reducir ésta a un mero acto ministerial mientras que a las partes se les provee de autonomía a los fines de administrar y llevar a cabo el proceso de revelación -con un mínimo de supervisión judicial- representa una forma de capacitar a las partes y reposar en ellas el poder judicial que nunca sería susceptible de ser restado a un juez ejerciendo dentro del sistema continental o a un panel arbitral.

Y para concluir el comentario a esta Norma 27, consideramos que la misma quizá sea más elocuente por su silencio que por las pautas que asevera.

A. La Norma 30: Declaración Jurada

Una parte (actor o demandado) de un proceso judicial civil puede tomarle una declaración jurada a cualquier persona, incluyendo las partes del litigio.

¹⁰ Aquí cabe detenernos y observar que ajustes electorales siempre forman parte indispensable del sistema en cuanto la integración al sistema de situaciones geopolíticas atípicas. Tres ejemplos nos vienen a la mente. El caso del Reino Unido en el norte de Irlanda y la población católica ha requerido un ajuste significativo en la mecánica del sistema electoral. Del mismo modo Francia en el caso de Córscica ha implementado reformas electorales. De hecho, en Estados Unidos el estado de Rhode Island disfruta de una población de un millón de residentes y cuenta con dos senadores mientras que el estado de California tiene una población de 30 millones de habitantes y también tiene solamente dos senadores.

¹¹ *The Least Dangerous Branch*, by Alexander Bickell.

Esta norma es la otorga poderes más amplios de entre las normas de divulgación de información y documentos. El límite al número de testigos y al tiempo que puede durar una declaración jurada se regula en las normas federales de cada distrito federal. Generalmente la parte de un litigio tiene derecho a tomar la declaración jurada a diez (10) personas, durante ocho (8) horas por testigo sin que sea preciso acudir a un tribunal para tomar las declaraciones o para controlar el tiempo programado para cada declaración.

Es importante tener presente que sólo con incluir pequeñas modificaciones a la notificación relativa a la toma de declaración jurada -cuyo procedimiento lo detalla la propia Norma 30- el interrogatorio del testigo puede ser grabado en video. De modo que de acuerdo con esta posibilidad tecnológica, el ademán y gesticulación del testigo, tanto como la entonación de su voz, salen a relucir como protagonistas permanentes del expediente. En consecuencia, se produce un interrogatorio que hace posible valorar la credibilidad del testigo por su lenguaje corporal y por su comportamiento durante el interrogatorio junto con el propio contenido de su testimonio que también será memorizado *verbatim* por un mecanógrafo.

Como medida preventiva de posibles abusos, en 1993 esta norma fue enmendada con miras a reducir tanto el número de declaraciones por parte como la duración de cada declaración. De modo que al implementar estos cambios se enfatizó una mayor participación judicial a expensas de la autonomía de parte. La sección (a)(2)(a) es relativamente nueva y merece ser destacada:

Norma 30. Declaraciones Juradas Orales.

(a) Cuando una declaración jurada puede ser tomada; casos en los que se requiere una orden judicial a los fines de tomar la declaración.

(2) Una parte tiene que obtener aprobación del tribunal, cuya aprobación será otorgada en la medida en que sea consistente con los principios articulados en la Norma 26(b)(2), si la persona que va a ser examinada está detenida en una prisión, o sin la estipulación escrita de las partes,

(A) una posible declaración jurada que resultaría en más de diez declaraciones tomadas bajo el amparo de esta norma o la Norma 31 por los demandantes, o por los demandados, o por demandados en la capacidad de terceras partes.¹²

¹² Los comentarios oficiales sobre la enmienda son particularmente elocuentes; Enmiendas 1993

Esta incursión dentro del precepto de autonomía de parte debe de ser entendida en su contexto dentro de la Norma 30. Por ejemplo, tal y como nos destacan los comentarios oficiales a la norma, y en particular aquellos que se dirigen a la sección (a)(2)(A), a las partes se les ha concedido autonomía para forjar estipulaciones entre sí, tanto respecto al número de declaraciones que serán tomadas en el caso como a la duración de cada una en particular. Aquí encontramos un factor atenuante respecto al propio límite y la necesidad de invocar la intervención judicial en el campo de revelación. Este matiz es significativo. Como mínimo muestra un compromiso serio y material en torno al amparo del precepto de autonomía de parte en el proceso de revelación en general y en las declaraciones juradas en particular.

Por su parte, en el contexto del sistema continental, las declaraciones orales de los testigos se desarrollan ante el tribunal en un contexto formal y mucho menos enfrentado que el utilizado por las partes en un litigio federal o en el contexto de un arbitraje internacional.

B. La Norma 31: Declaración jurada por escrito

De acuerdo con esta norma una parte de un litigio tiene el derecho de tomarle la declaración jurada por escrito a cualquier parte o persona sin tener que acudir a un tribunal.

Sección (a). El párrafo (1) mantiene la primera y la tercera oraciones de la antigua sección (a) modificaciones significantes. La segunda y la cuarta oraciones han sido transferidas.

El párrafo (2) aglutina todas las provisiones que concierne la exigencia de tener que obtener aprobación judicial como condición previa a tomar una declaración jurada.

El párrafo (2) (a) es nuevo. Éste destaca un límite en cuanto el número de declaraciones juradas que las partes pudiesen tomar sin la aprobación del tribunal o de acuerdo con una estipulación con otras partes. Un propósito de esta enmienda es asegurar la participación judicial bajo las pautas enunciadas en la Norma 26(b) (2) antes que se le provea a una parte autoridad para tomar más de diez declaraciones juradas en un caso sin haber obtenido el acuerdo de las partes. Una segunda meta es la necesidad de enfatizar que a los abogados se les ha concedido una obligación profesional en cuanto el desarrollo de programas de revelación en el caso en cuestión a los fines que actúen económicamente y de modo eficaz. El permiso a tomar declaraciones juradas en exceso de diez por caso debe de ser concedido siempre que dicha petición y decreto esté conforme con los principios de la Norma 26(b) (2), y en algunos casos la pauta de diez declaraciones juradas por parte, debe de ser reducida de acuerdo con estos mismos principios. Las típicas consideraciones de estos temas se deben ventilar tanto en la reunión entre las partes exigida bajo la Norma 26(f) como durante la conferencia de programación indicada por la Norma 16(b) en cuanto al número de declaraciones juradas; de este modo, se podría eliminar la práctica de interponer peticiones en listas formales ante el tribunal para discutir estos temas.

Una declaración otorgada de acuerdo con la Norma 30(b) (6) debe, a los fines de este límite en el número de declaraciones juradas, ser considerada como una sola declaración a pesar de que múltiples testigos hayan sido designados para prestar testimonio.

Esta norma es poco práctica en el contexto de las otras metodologías posibles, sin embargo hemos notado que, en casos internacionales (28 U.S.C. §1782), los tribunales con sede fuera de Estados Unidos suelen preferirla a las otras normas existentes ya que les resulta más seguro y más cómodo el redactar ellos mismos las preguntas que van a ser presentadas al testigo en Estados Unidos, en lugar de acudir a un abogado estadounidense con el propósito de que éste lo interrogue oralmente de acuerdo con los preceptos de la Norma 30, que ya hemos visto con anterioridad.

C. La Norma 33: Interrogatorios

Sin necesidad de acudir a un tribunal o a un acuerdo entre las partes, una parte del litigio tiene el derecho de presentar un conjunto de preguntas, que no excedan de 25, dirigidas a cada parte del litigio. Esta norma es más restrictiva que las Normas 27, 30, y 31 puesto que éstas se aplican universalmente a cualquier persona mientras que la Norma 33 exige que la persona a la que se dirigen las preguntas sea parte del litigio.

Por razones estratégicas, y hasta cierto punto tácticas, esta norma se utiliza fundamentalmente a los fines de intentar obtener información respecto a los nombres y datos de contacto de posibles testigos de hechos o peritos, y también con la meta de comprometer a la parte interrogada a confesar daños y perjuicios de modo cuantificables y a que se pronuncie sobre la metodología utilizada en el cálculo de éstos.

No obstante, es objetable formular preguntas o interrogatorios que requieran una respuesta equivalente a una opinión legal o que comprendan la aplicación de la ley a hechos concretos. La única excepción a esta regla se encuentra en los casos en que los interrogatorios se dirijan a peritos. Los tribunales también prohíben interrogatorios que intenten solicitar información que ya se ha revelado en documentos.

Conceptualmente los interrogatorios por escritos han sido limitados en cuanto a *número* pero no en cuanto a *tema* o materia. Esta concesión, no obstante, no es suficiente como para ser emblemática respecto a la libertad de divulgación de información que caracteriza este proceso. En la práctica, los interrogatorios por escritos son más eficaces si se utilizan con la meta de solicitar información muy específica en materia de, por ejemplo, (i) identificación de testigos de hechos (incluyendo dirección de residencia, trabajo, y de correo electrónico, teléfono, y breve síntesis de la materia sobre la cual se anticipe que el testigo brinde testimonio), (ii) identificación de peritos (incluyendo breve síntesis de temas sobre los cuales se anticipe que el perito vaya a declarar), (iii) identificación cuantificable de daños y perjuicios sufridos en términos monetarios tanto como la metodología conceptual y matemática utilizada en cuanto el cálculo de estos daños y perjuicios, e (iv) identificación de la existencia de documentos divulgables dentro de la pauta

aseverada por la Norma 26 sin necesidad de narrar el contenido de estos documentos salvo a los fines de rendir a cada documento identificable.

Conforme con el andamiaje procesal de divulgación de documentos e información en general, los interrogatorios escritos no pueden solicitar conclusiones legales y serán contestados bajo pena de perjurio. Como veremos, en el arbitraje internacional, el tema del perjurio no está nada claro ni siquiera en cuanto a su mera posibilidad ya que la jurisdicción del propio tribunal arbitral está enraizada en normas contractuales y, por ende, privadas, lo que implica que no surgen de la autoridad de un soberano o de vehículos mediante los cuales también se pudiese implementar la política del Estado¹³.

La política del soberano en supervisar el uso, y posible abuso, de esta metodología de divulgación está considerablemente matizada por el derecho otorgado a las partes de solicitar autorización para incrementar el número de interrogatorios escritos. Esta política que aboga en favor de la autonomía de parte se pierde por completo en el contexto del arbitraje internacional puesto que, en éste contexto, son los árbitros los que disponen con total autonomía de todas las cuestiones procesales y también de lo relativo a la revelación de material probatorio

¹³ Las Enmiendas de 1993 a la Norma 33 muestran una política que busca armonizar esta norma con la Norma 30 en cuanto a asentar un límite al número de interrogatorios, igual que se limitó el número de declaraciones juradas orales por la parte.

Sección (a). Las revisiones a esta sección limitan la práctica de presentar interrogatorios escritos. Dado que la Norma 26(a) (1)-(3) requiere revelación de mucha de la información previamente divulgada por esta metodología de entrega de pruebas, deben de haber menos ocasiones que requieran utilizar interrogatorios escritos. La experiencia en más de la mitad de los tribunales federales de primera instancia ha confirmado que la limitación en el número de interrogatorios escritos es útil y manejable. También, las características de esta metodología muestran que pueden ser costosas y brindarse al acosamiento de partes; por tanto, es deseable someter la metodología de interrogatorios escritos a límites controlables por el tribunal que sean consistentes con los principios contenidos en la Norma 26(b) (2), particularmente en casos que consistan en múltiples partes y en los cuales no ha sido inusual que el mismo interrogatorio haya sido presentado a una parte en más de una ocasión por más de una parte adversa.

Cada parte puede presentar 25 interrogatorios a cualquier otra parte, pero tiene que obtener autoridad del tribunal (o una estipulación de la parte contraria) para presentar un número de interrogatorios escritos superior a éste. Las partes no pueden evadir este límite formulando preguntas secundarias dentro de las propias preguntas principales. No obstante, un interrogatorio indagando sobre comunicaciones de una clase en particular debe de ser tratado como un sólo interrogatorio aunque éste solicite que se identifique la hora, el lugar, las personas presentes, y el contenido de las conversaciones respecto a cada comunicación identificada en el interrogatorio escrito.

Del mismo modo que con el número de declaraciones juradas autorizadas por la Norma 30, se requiere autoridad del tribunal para presentar interrogatorios escritos adicionales consistente con la Norma 26(b) (2). La meta no es evitar revelación necesaria, sino proveer el escrutinio judicial antes de que las partes abusen de esta metodología de revelación. En muchos casos será apropiado que el tribunal autorice un número superior a 25 interrogatorios escritos de acuerdo con la orden de itinerario emitida conforme con la Norma 16(b).

por lo que la autonomía de parte cede en estos aspectos en favor de la jurisdicción de los árbitros.

D. La Norma 34: Divulgación de documentos e inspección de propiedad y otras cuestiones

Limitándose exclusivamente a las partes del litigio -al igual que la Norma 33- una parte tiene el derecho, sin acudir a un tribunal, de presentarle a la otra parte un requerimiento escrito sobre determinados tipos de documentos que pueden ser objeto de revelación o sobre propiedades que van a ser inspeccionadas. Esta petición permite la inspección y copia de cualquier documento que incluya material escrito, dibujos, diagramas, representaciones gráficas, fotografías, datos cibernéticos y cualquier otra información susceptible ser transmitida de una persona o centro de comunicación a otra persona o centro de comunicación.

Una vez más, es importante recordar que la única limitación en cuanto a la *materia* o al *tema* de esta petición es la pauta que ya hemos explorado en la Norma 26.

Curiosamente, esta norma, al igual que la Norma 33, se limita a las partes de un proceso judicial. Sin embargo, la sección (c) mantiene:

(c) Personas No Partes. Una persona que no sea parte del proceso judicial puede ser obligada a revelar documentos y cosas o a someterse a una inspección conforme con la Norma 45.

Por tanto, aunque técnicamente la Norma 34 se limita a partes del proceso judicial, su alusión directa a la Norma 45 muestra categóricamente la intención de los redactores de poder obtener divulgación de documentos de personas que no son partes en el litigio pero que puedan contribuir a la administración equitativa de justicia mediante la aplicación de las pautas de la Norma 26. De modo que aún dentro de la rúbrica de la Norma 34 queda claro que el precepto de autonomía de parte es recalcado y enfatizado a través de la referencia a la Norma 45¹⁴.

¹⁴ La enmienda de 1970 a esta norma respecto a la sección (c) amerita consulta:

Sección (c). La Norma 34 tal y como ésta ha sido enmendada, sigue siendo aplicable exclusivamente a las partes. Comentarios recibidos por miembros del Colegio de Abogados muestran que en la preparación de un caso con miras al juicio final frecuentemente es necesario inspeccionar inmuebles o cosas tangibles en posesión de una persona que no forma parte del litigio y algunos tribunales han dimitido reclamaciones enraizadas en principios de equidad con el fin de obtener dicha revelación en base de la Norma 34. Mientras que una solución ideal a este problema sería enmendar la norma de tal modo que ésta tenga base normativa capaz de obligar a una persona que no sea parte del litigio a revelar documentos conforme con la pauta de la Norma 26, los problemas procesales y de jurisdicción que dicha enmienda presentara serían muy complicados. Desde ya, esta sección esclarece que la Norma 34 no prohíbe que se obtengan documentos de terceros.

De acuerdo con la enmienda legislativa de 2006, es también materia susceptible de revelación la información guardada o contenida en inventario electrónico. La enmienda esclarece que el ámbito de la Norma 34 llega a cubrir información que esté fijada tanto en forma tangible como información mantenida en un medio del cual pudiese ser retirada y examinada. De este modo, la palabra “documento” tal y como está utilizada en la Norma 34 incluye toda información de carácter electrónico o cibernético¹⁵ lo que demuestra que las normas de revelación han incorporado las convenientes actualizaciones derivadas de los cambios tecnológicos. Del mismo modo, dichas normas también tendrán que ser modificadas de acuerdo con pautas internacionalmente aceptables si es que van a alcanzar el grado de universalidad que se le exige a la convergencia jurídica de acuerdo con los nuevos preceptos internacionales de globalización económica y de la interdependencia vital de las naciones que forman parte de la comunidad internacional.

E. La Norma 36: Peticiones para confesiones

Una parte procesal tiene el derecho de requerir a la contraria para que admita o niegue proposiciones o premisas que constituyan opiniones de hechos o de la aplicación de normas legales a hechos. Aquí recalamos que estas peticiones no se le pueden presentar a terceros que no formen parte del litigio en cuestión, igual que con las normas 33 y 34, ya estudiadas.

Una peculiaridad de esta norma es que cualquier requerimiento no contestado u objetado adecuadamente dentro de los 30 días de haber sido recibido por una parte será considerada como una confesión *ficta* de hechos o de aplicación de ley a hechos en contra de los intereses de la parte resistente al requerimiento.

¹⁵ A continuación se hace referencia a algunos comentarios sobre la enmienda que entró en vigor el primero de diciembre de 2006:

La frase “información electrónicamente mantenida” es amplia, pero la medida en que la información o material entra en esta definición y, por ende, debe de ser revelada, y en que forma ha de realizarse esta divulgación, constituyen preguntas separadas y distintas que tienen que ser analizadas de acuerdo con las Normas 26(b), 26(c), y 34(b).

La Norma 34(a) exige que, en la medida necesaria, una parte revelando información que haya sido electrónicamente guardada o mantenida tendrá la obligación de traducir dicha información a una forma que pueda ser utilizable.

La Norma 34(a) (1) también ha sido enmendada para establecer ampliamente que las partes pueden solicitar una oportunidad a los fines de probar o revisar ejemplares de materiales solicitados conforme con la norma junto con el derecho de poder también inspeccionarlos y copiarlos. Esta oportunidad puede ser importante tanto respecto a la información que esté electrónicamente mantenida como información contenida de acuerdo con metodologías más ortodoxas y tradicionales. El estado actual de la norma no es nada claro respecto a probar o escudriñar tales ejemplares. La enmienda, no obstante, claramente lo permite. De modo que, como es el caso con cualquier otra forma o metodología de revelación, temas de carga de prueba que surjan de una petición que busque probar ejemplares pudiesen ser ventilados conforme con las Normas 26(b)(2) y 26(c).

También, la norma reconoce que una objeción fundamentada en falta de conocimiento suficiente como para afirmar o negar la proposición en cuestión no será admitida, a menos que se acredite, que se han adoptado las medidas necesarias para obtener dicho conocimiento e información y aun así éstos son insuficientes para responder al requerimiento.

F. Orden al caos

Sería conceptualmente inútil identificar las metodologías principales de revelación de documentos e información en aras de construir un punto de partida hacia la convergencia jurídica procesal sin algún entendimiento sobre la relación estratégica y táctica entre éstas. Queda claro que está más allá del objeto del presente trabajo profundizar sobre este tema tan complicado y que se manifiesta con características peculiares en cada litigio. Sin embargo, algunas observaciones sí que resultan posibles.

Cabe subrayar dos imperativos. *Primero*, debe de existir un diálogo entre las varias metodologías de revelación para asegurar un cumplimiento fidedigno por parte de la entidad con la obligación de revelar. Por ejemplo, la petición de confesiones debe de hacer referencia directa y explícita a los interrogatorios escritos. Ambos, en cambio, también deben de tomar en consideración el contenido de la petición de revelación de documentos. De este modo, se hace prácticamente imposible, desde un punto de vista logístico, cometer inconsistencias o contradicciones por la parte obligada a revelar sin que ello se destaque en una de las otras metodologías de revelación.

Segundo, el orden en el cual se utilizan las diversas normas es simplemente un tema crítico a considerar estratégicamente. La Norma 30 (declaración jurada oral), debe de ser utilizada sólo después de haber obtenido respuestas a las normas 33, 34, y 36. La razón es simple y práctica. La declaración jurada oral hace posible el interrogatorio sobre documentos y otras cosas susceptibles de revelación de acuerdo con las normas de referencia. Una parte se privaría de poder argumentar sobre ambigüedades u otros campos de indagación que inevitablemente se presentan sólo al analizar cuidadosamente un documento. También, el proceso de la declaración jurada oral sirve a los fines de autenticar documentos divulgados por las partes de acuerdo con estas normas. De modo que tomar declaraciones juradas orales *antes* de haberse asegurado una parte del universo entero de posibles documentos susceptibles de revelación sería el equivalente de colocar el coche antes del caballo.

El orden en el cual se les toma las declaraciones juradas a los testigos también aconseja consideración estratégica y táctica. Sobre este tema no hay unanimidad, ni tampoco podría haberla desde el punto de vista doctrinal. Esta problemática se manifiesta cada vez que es necesario tomarle la declaración jurada a ejecutivos, agentes, empleados y representantes de una empresa, que pertenezcan a distintas

esferas de jerarquía en la gerencia de ésta. Cabe preguntarse, ¿se le toma la declaración jurada al presidente de la empresa antes de interrogar a sus subordinados y de este modo se le priva a éste de la oportunidad de estudiar los testimonios de éstos, o empezamos con la declaración jurada de aquellos miembros que tengan menor jerarquía dentro de la empresa en aras de que el presidente y con toda probabilidad la persona responsable de haber trazado la política corporativa, no tenga otro remedio que encontrarse vinculado y limitado por las confesiones y el testimonio de sus subordinados bajo pena de tener que revocar las premisas fundamentales de las declaraciones de éstos para asentar su juicio sobre los temas del testimonio? La respuesta no es científica y no puede ser definitiva. El tema se tiene que ventilar dentro del marco de las peculiaridades de los testigos, la singularidad de los hechos que enmarcan el caso y las percepciones del abogado o del equipo de abogados que toman la decisión.

3. EL ARBITRAJE Y EL TEMA DE LA CONVERGENCIA DE CULTURAS JURÍDICAS

¿Es posible aspirar a una convergencia de culturas en el arbitraje internacional cuando nos encontramos ante reglas y prácticas procesales como las que hemos abordado? ¿No tienen las partes un derecho legítimo a tener la expectativa de un vestigio de su cultura jurídica como parte elemental de un procedimiento internacional? Si estamos de acuerdo en que el actual clima global económico se caracteriza precisamente por la globalización económica y si consideramos el papel protagonista que en dicho clima tiene el “contrato comercial internacional” ¿no se necesitará también una globalización jurídica que represente los sistemas jurídicos principales pero sin identificarse completamente con ninguno de ellos?

Es precisamente el parroquianismo el que teme el cambio y la incorporación de nuevas ideas que conducen a la formación de sistemas novedosos que destacan el desarrollo del arbitraje internacional en Estados Unidos y que también hoy día definen el esfuerzo por integrar en una ley arbitral internacional el concepto de fragmentación procesal (es decir, múltiples audiencias o vistas culminando en una audiencia final o juicio), mientras los árbitros en la actualidad tienden, por un lado, a gestionar y administrar el proceso arbitral en detrimento de la autonomía de las partes, y, por otro, a no incorporar preceptos amplios de revelación en sus procesos.

A. Convergencia en la obtención y revelación de documentos e información

En el contexto de arbitrajes internacionales el derecho de las partes a obtener documentos e información de otras partes varía de manera material y determinante dependiendo de la ley que gobierne el proceso. Existen distintas posiciones doctrinales respecto de la ley procesal aplicable. Numerosos académicos y juristas

favorecen la proposición de “deslocalización” del arbitraje.¹⁶ De acuerdo con esta ficción legal, los árbitros no están vinculados por *ninguna* ley adjetiva y, por tanto, aplican aquellas normas procesales que ellos estimen que se adecuan mejor con el carácter del arbitraje y las expectativas de las partes. Por ejemplo, el Artículo I (1) de las Normas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association (AAA) establece que este conjunto de normas controla todos los aspectos procesales. De hecho, el Artículo I (1) dice:

“Cuando las partes han acordado por escrito llevar a un arbitraje cualquier contienda bajo estas normas de arbitraje internacional o han acordado celebrar un arbitraje bajo el auspicio del International Center for Dispute Resolution o The American Arbitration Association sin haber designado normas en particular, el arbitraje se celebrará de acuerdo con estas normas, tal como ellas se encuentren en la fecha en la cual comience el arbitraje, supeditado a cualquier modificación que las partes pudiesen acordar por escrito”.

También, el Artículo I (2) de las Normas Internacionales de Arbitraje de la AAA prevé que “estas reglas gobiernan el arbitraje, salvo cuando exista una norma imperativa que se desprenda de la ley aplicable al arbitraje”.

De este mismo modo, el Artículo 28 (1) de las Normas Internacionales de Arbitraje de la AAA destacan que el tribunal arbitral tendrá discreción en cuanto a la determinación de la ley sustantiva o las normas legales aplicables al arbitraje. *Primero*, el tribunal arbitral se encuentra obligado a aplicar la ley o normas legales designadas por las partes. *Segundo*, en casos en los cuales las partes no hayan realizado tal designación, el tribunal arbitral aplicará la ley o las normas legales que el tribunal considere apropiadas bajo las circunstancias y particularidades que caractericen el caso concreto.

Esta visión se adecua mejor en el ámbito de los arbitrajes internacionales que afectan a distintas culturas jurídicas. Inclusive, se puede alegar con fundamento que las leyes nacionales de arbitrajes modernas siguen este paradigma (véase por ejemplo el Artículo 1494 del Código Francés de Procedimiento Civil, el Artículo 1036 de la Ley Arbitral de Holanda, y el Artículo 182(2) de la Ley de Derecho Internacional Privada de Suiza).

¹⁶ Verce Gabrielle Kaurmann-Kohler, *Globalization of Arbitral Procedure*, 36 VAND. J. Transnat'l L. 1313, 1322 (2003) (esgrimiendo que la “liberación” del arbitraje ha causado el desarrollo de un conjunto de reglas que constituyen pautas arbitrales generales que también cuenta con las normas de la IBA sobre pruebas, las normas UNCITRAL, las normas institucionales de arbitraje, y el conjunto de normas forjadas por los árbitros).

La práctica del arbitraje internacional ha evolucionado a partir del precepto arcaico de “territorialidad” de acuerdo con el cual todo tema procesal queda determinado por la ley nacional de la sede del arbitraje, hacia una pauta más flexible que le confiere a los árbitros la discreción de forjar metodologías e itinerarios procesales más receptivos a la miríada de circunstancias singulares que cada caso presenta. Por ejemplo, en 1975 en las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) se marcó una distinción entre las reglas de arbitraje y las normas procesales locales del foro. De acuerdo con el Artículo 15 de las Reglas de la CCI, al tribunal arbitral se le ha concedido discreción plena respecto a cómo resolver los temas procesales. De hecho *Yves Derains* y *Eric Schwartz* en sus comentarios sobre las nuevas normas de arbitraje de la CCI (Edición 2006) cuentan que “los árbitros están autorizados a decidir temas procesales de acuerdo con su discreción, sin tener que referirse a ninguna ley nacional o conjunto de normas procesales.”

El tema de la revelación de documentos e información es por excelencia procesal y, por ende, está dentro del ámbito de atribuciones del tribunal arbitral y *no* de las partes. De acuerdo con el paradigma contemporáneo, que le otorga autoridad en temas procesales en general -y respecto a divulgación en particular- a los árbitros y no a las partes, así sacrificando al precepto de autonomía de las partes en alguna medida, se ponen en contraste y alto relieve las diferencias entre la cultura jurídica continental y la tradición *common law*. No hay duda que la autoridad del tribunal arbitral es prácticamente ilimitada con respecto a los documentos y testigos que las partes controlan. Por ejemplo, el Artículo 20(1) de las Reglas de Arbitraje de la CCI mantiene que el tribunal arbitral tendrá que “establecer los hechos del caso por todo los medios apropiados.” Del mismo modo, el Artículo 20(5) establece que el tribunal arbitral podrá “dictar a cualquier parte que suministre pruebas adicionales.” El Artículo 19 de las Reglas de Arbitraje de la Internacional Center for Dispute Resolution (ICDR) establece que el panel arbitral está facultado a los fines de “requerir que las partes revelen otros documentos, muestras, o pruebas.”

En la medida en que una parte se niegue a cumplir con una orden de revelación emitida por el panel arbitral, éste estaría autorizado a inferir una presunción negativa contra la parte incumplidora de la orden respecto a la prueba en cuestión.

En cuanto a documentos o testigos controlados por terceros que no son parte del proceso arbitral, es generalmente aceptado que las partes de un arbitraje internacional no están autorizadas a los fines de iniciar un proceso de revelación. Esta premisa normativa es reservada a los árbitros. Como veremos a continuación, no obstante, nos encontramos en la víspera de una revolución en cuanto al tema de la divulgación y pruebas en el campo de arbitraje internacional.

La facultad de los árbitros para poder exigir la revelación de documentos o la presencia de testigos depende de la norma procesal del foro en donde la prueba o testigo esté localizado. En caso de arbitrajes internacionales con la sede en Estados

Unidos, la Sección 7 del *Federal Arbitration Act* otorga a los árbitros la facultad de exigir la presencia de testigos de terceras partes a fines de declarar. La Sección 7 permite que los árbitros soliciten una orden de un tribunal federal para exigir a un testigo recalcitrante que se presente a declarar ante el panel. Tales declaraciones no se realizan bajo pena de perjurio por la naturaleza privada del arbitraje, en contraste con los testimonios prestados en un proceso judicial. Durante el proceso arbitral las partes no se encuentran obligadas a declarar bajo juramento pues el tribunal no es un órgano estatal.

En cuanto a las jurisdicciones que han elaborado sus leyes nacionales de arbitraje teniendo como referencia la Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL (Alemania, Australia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Bangladesh, Belarus, Bulgaria, Canada, Chile, en China: Hong Kong, Macau como región especialmente administrada; Croacia, Chipre, Egipto, España, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán (la República Islámica), Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Omán, Paraguay, Perú, Las Filipinas, Polonia, La República de Corea, La Federación Rusa, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania, dentro del Reino Unido e Irlanda del Norte, Escocia, dentro de los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe), el Artículo 27 de este cuerpo de UNCITRAL permite a los árbitros solicitar asistencia judicial en la toma de pruebas, pero limitada a las autoridades judiciales de la sede del arbitraje. Consecuentemente, aquellas jurisdicciones que han modelado su ley arbitral de acuerdo con el paradigma UNCITRAL, es clarísimo que los árbitros disfrutan de la misma autoridad en materia de revelación que los tribunales judiciales locales. Es decir, si el juez del lugar el arbitraje es incapaz por virtud de sus propias normas de exigir la presencia de un testigo recalcitrante en un tema judicial de carácter civil o comercial, los árbitros con sede en dicha jurisdicción se encuentran con la misma limitación.

De hecho, la Sección 17 del modelo UNCITRAL recientemente ha sido modificada y enmendada con el propósito de otorgar a los tribunales judiciales la facultad de reconocer y hacer valer órdenes interlocutorias emitidas por paneles arbitrales respecto a medidas cautelares. Sobre este punto es necesario enfatizar que la Convención de Nueva York sólo reconoce laudos arbitrales obligatorios.

B. Unas palabras sobre la práctica de la prueba (*Taking of Evidence*) de la IBA

Es importante recalcar que el concepto de “revelación” (“*discovery*”) no existe en el arbitraje. Sencillamente, no encontramos esta terminología en las normas UNCITRAL, ni en las normas de la IBA, o en reglas de las instituciones arbitrales más preeminentes.

Las normas del IBA se titulan: Normas Sobre la Toma de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (*Rules on the Taking of Evidence in International*

Commercial Arbitration). Éstas tienen poco que ver con el concepto de “revelación” (“*discovery*”) que hemos analizado. Las notas del comité encargado de la redacción de estas normas muestran contundentemente la intención de omitir tanto declaraciones juradas como las otras metodologías que caracterizan esta rama procesal en el sistema *common law*. El prefacio a las normas sugiere que el esfuerzo en redactar normas de pruebas buscaba como meta “reflejar procesos utilizados en distintos sistemas legales a los fines de que dichas normas sean útiles a partes de diversos orígenes legales culturales.”

En rasgos generales, las normas se limitan a (i) peticiones que soliciten documentos, (ii) inspección de propiedad en casos excepcionales, (iii) declaraciones escritas de testigos y (iv) análisis de peritos.

La pauta para la revelación es excesivamente estrecha. En contraste con los parámetros amplios y flexibles de la Norma 26, de acuerdo con las normas del IBA, la parte que solicite documentos tiene que mostrar, en alguna medida razonable, por un lado, los fundamentos que establecen la relevancia en el asunto litigioso de los documentos solicitados y, por otro, la necesidad de tener estos documentos a los fines de poder esgrimir sus alegaciones y establecer una proposición material al caso. También es necesario mostrar alguna base de la cual la parte que solicite los documentos infiere que éstos están bajo la custodia o control de la parte contra quien se presenta la petición.

Estas normas autorizan al tribunal a determinar (a) la admisibilidad, (b) la relevancia, (c) la materialidad, y (d) el valor de las pruebas presentadas. En contraste, la Norma 26 carece de estas condiciones ya que la materia susceptible de revelación por virtud de esta norma *per se* no pretende ser necesariamente, ni tiene que ser, admisible de acuerdo con el Código Federal de Procedimiento Civil estadounidense.

Finalmente, las declaraciones de testigos no crean una obligación a la parte que propone la declaración de presentar al testigo a fines de que éste sea examinado por la parte contraria. Por lo tanto, es imposible retar las premisas presentadas por escrito en una declaración de un testigo utilizando al propio testigo, que manifiesta que su declaración es fidedigna, a pesar de no haber sido formulada bajo juramento.

4. LA REESTRUCTURACIÓN RADICAL DE LA REVELACIÓN Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS EN LOS ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES

En Estados Unidos se ha promulgado una legislación extremadamente *sui generis* que permite a *tribunales extranjeros* y a *personas interesadas* en el extranjero a tener acceso a la revelación de documentos e información en los Estados Unidos de acuerdo con las normas federales procesales. Aunque el estatuto 28 U.S.C. §1782 ha sido tema controvertido y de discusión respecto a sus parámetros y aplicabilidad, éste ha demostrado ser invaluable como metodología de revelación para personas

interesadas que estén involucradas en disputas civiles, comerciales, penales, administrativas, y en investigaciones administrativas, penales y quasi-penales.

A. Los elementos de la Sección 1782

La Sección 1782(a) le otorga a los tribunales federales discreción *prácticamente* absoluta en cuanto a permitir a personas extranjeras que participen en el proceso de revelación de acuerdo con las normas federales procesales a los fines de asistir a un tribunal extranjero. La Sección 1782(a) en parte establece:

“Un tribunal federal de primera instancia del distrito en el cual una persona reside o se encuentra puede exigir que esa persona se someta a prestar declaración oral o escrita y también a revelar documentos u otras cosas para ser utilizadas en un proceso extranjero o ante un tribunal internacional. . . . la orden emitida por el tribunal federal de primera instancia puede ser elaborada . . . de acuerdo con una solicitud interpuesta por cualquier persona interesada y puede exigir el testimonio o declaración escrita de dicha persona o la divulgación de documentos u otras cosas, ante una persona nombrada por el propio tribunal”.

La versión actual de la §1782 fue redactada en 1964. Tribunales de segunda instancia han observado que la §1782 fue enmendada con el propósito de “facilitar el proceso contencioso ante tribunales extranjeros, mejorar la cooperación internacional en materia contenciosa, y hacer de los Estados Unidos un adalid en la comunidad de naciones respecto a este tema de revelación”¹⁷. De acuerdo con la Exposición del Senado de los Estados Unidos que acompaña el texto de ley, “el Congreso estaba esperando en animar a países extranjeros a que revisaran sus procedimientos judiciales en materia de cooperación internacional de un modo parecido”¹⁸.

Los tribunales federales unánimemente han recalcado que la §1782 tiene dos objetivos “gemelos”:

(i) Hacer posible medios de asistencia eficientes a los partícipes en disputas internacionales abriendo las puertas de los tribunales federales a éstos, y

¹⁷ Ver *In Re Bayer AG*, 146 F.3d 188, 191-92 (3d Cir. 1998).

¹⁸ *In Re Application of Asta Médica, S.A.*, 981 F.2d 1, 5 (1st Cir. 1992) (citando S. Rep. 1850, 88th Cong. 2d Sess., reprinted in 1964 USCCAN 3782, 3788 (1964)).

(ii) alentando a tribunales extranjeros a brindar asistencia recíproca a los tribunales federales estadounidenses¹⁹.

5. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA REVELACIÓN DE DOCUMENTOS CAUSADA POR INTEL CORP. V. ADVANCED MICRO DEVICES

Como fue adelantado, en 2004, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó una sentencia cumbre en el caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices*, 124 S.Ct. 2466 (2004), de acuerdo con la cual le proporcionó a los tribunales inferiores pautas claras y amplias en cuanto a la resolución de peticiones bajo §1782. El tribunal perfiló el tema ante si como un caso que “concierna la autoridad de tribunales federales de primera instancia en cuanto a la asistencia en la revelación de pruebas que han de ser utilizadas ante tribunales extranjeros o internacionales”²⁰.

Después de repasar minuciosamente la coyuntura procesal del caso que el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito había revocado y reenviado a la primera instancia con instrucciones sobre cómo valorar los méritos de la petición en cuestión, la Corte Suprema estableció que de acuerdo con la directiva del Noveno Circuito, un denunciante ante el Directorate General de Competencia de las Comunidades Europea (“La Comisión”) debe ser tenido como “una parte interesada” a los fines de la §1782. Aquí la Corte Suprema agregó que la Comisión “es un ‘Tribunal’ en cuanto la §1782(a) porque actúa como un órgano de ‘primera instancia’ que toma decisiones.” El dictamen de la Corte también indicó que el *acta de sesiones* “para la cual se solicita la revelación conforme con la §1782(a) tiene que ser razonablemente contemplada, pero no necesita estar *pendiente* o (ser) *inminente*.” (cursiva en el original). Finalmente, la Corte razonó que “la §1782(a) no contiene ningún requerimiento que obligue a que las pruebas solicitadas a un tribunal federal tuviesen que ser susceptibles de revelación de acuerdo con la ley que gobierna al acta de sesiones extranjera”²¹. Este dictamen se emitió después de que el tribunal observó la necesidad de forjar una nueva pauta constituida por dos elementos a los fines de adjudicar una solicitud interpuesta de acuerdo con la §1782. El análisis es breve y práctico.

Primero, el juez federal de primera instancia tiene la obligación de determinar si es competente para conceder la solicitud. Este elemento rudimentario comprende a su vez tres preceptos que tienen que ser cumplidos:

(i) la persona a quien se le solicita el testimonio o los documentos tiene que residir o encontrarse en el distrito en el cual la solicitud es interpuesta,

¹⁹ *Vease Schmitz v. Bernstein, Liebhard & Lifhsitz, LLP*, 376 F.3d 79, 84 (2d Cir. 2004).

²⁰ *Intel*, 124 S.Ct. 2466, 2471

²¹ *Intel*, *supra* at 2472-3.

- (ii) Es necesario que la revelación solicitada esté destinada a ser utilizada solamente ante un *tribunal extranjero*, y
- (iii) la solicitud tiene que haber sido interpuesta por una “*persona interesada*”.

El *segundo* elemento es también pragmático y está basado en la premisa destinada a promover los mismos preceptos que el Congreso intentó desarrollar en la promulgación de la §1782. Si las tres pautas de la sección 1782(a) son cumplidas, un tribunal de primera instancia se encuentra con la obligación de ejercer su discreción en resolver si la revelación solicitada es apropiada. Es importante destacar que el tribunal de primera instancia no está obligado a conceder una solicitud §1782 simplemente porque disfrute de competencia, jurisdicción, y autoridad que le permita concederla²². De hecho el Tribunal Supremo se esmeró en perfilar y destacar ciertos factores que sirven de pauta a seguir por parte de los tribunales de primera instancia en el ejercicio de su discreción:

(a) determinar si la persona o entidad a quien se le solicita revelación es una parte en el procedimiento extranjero. Si la respuesta es afirmativa, la necesidad de asistencia judicial generalmente no es tan aparente como cuando las pruebas se les solicitan a una tercera parte que no es parte en tal proceso,

(b) “la naturaleza del tribunal extranjero, el carácter del procedimiento en cuestión, y la receptividad del gobierno extranjero, tribunal o agencia, a la asistencia de un tribunal federal tiene que ser evaluado,” y

(c) hay que determinar si la solicitud es un esfuerzo destinado a “eludir metodologías de otros países respecto a restricciones en la práctica de pruebas u otras políticas de un país extranjero o de los Estados Unidos y también si dicha revelación muestra ser ‘extraordinariamente hostil u onerosa.’”²³

La directiva de la Corte Suprema en el caso *Intel* no sólo esclarece la jurisprudencia sobre el significado de “personas interesadas” dentro de la rúbrica de la §1782, la naturaleza y carácter del “acta de sesiones” respecto a un “tribunal extranjero”, sino que también amplía la pauta para ser aplicada por jueces federales de primera instancia que decidan sobre solicitudes bajo §1782. En síntesis, la Corte Suprema ha presentado las premisas que conducen a una interpretación liberal y amplia del concepto de “*tribunal extranjero*” bajo la aplicación de §1782.

A. La Sección 1782 en el contexto de arbitrajes internacionales

²² *Id.*, 124 S.Ct. at 2483.

²³ *Id.*

Uno de los aspectos más controvertidos de la §1782 es en qué medida esta legislación es aplicable a arbitrajes comerciales internacionales. La jurisprudencia anterior a *Intel*, incluyendo el dictamen del Segundo Circuito (quizás el tribunal de apelación de más prestigio después del Tribunal Supremo), había rechazado el uso de la §1782 en arbitrajes comerciales internacionales²⁴. El razonamiento de estos tribunales era diáfano. Simplemente se consideró que un *panel arbitral* no constituye un “tribunal” de acuerdo con la §1782 porque un arbitraje se deriva del acuerdo de las partes y no es un cuerpo judicial establecido por un Estado soberano. Hay que señalar que estas decisiones han sido criticadas por académicos estadounidenses²⁵. El negarles esta facultad a los tribunales arbitrales muestra falta de conocimiento de la naturaleza y el desarrollo del arbitraje internacional.

Primero, el arbitraje internacional es una institución legal que no nace exclusivamente de acuerdos contractuales. En muchas instancias la jurisdicción arbitral se deriva, no de un acuerdo privado sino de un convenio o tratado internacional, como es el caso de los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), existiendo más de 2000 tratados bilaterales de inversiones en el mundo. También el Congreso, al promulgar la Ley Federal de Arbitraje (“*Federal Arbitration Act*”) ha reconocido el interés público y la política estatal en reducir el número de causas judiciales que los tribunales hoy día tramitan y que se encuentran abrumados por el exceso de causas y la falta de recursos. Del mismo modo el Congreso deseaba ofrecer a los empresarios una metodología eficiente y económica a los fines de poder ventilar sus controversias²⁶.

Segundo, el deseo de promover el arbitraje como un método que sirva de alternativa en aras de armonizar la resolución de controversias internacionales ha sido reconocido ampliamente por la adaptación masiva de la Convención de Nueva York. La popularidad internacional de la Convención de Nueva York ha convertido al arbitraje internacional en el recurso más relevante para resolver disputas comerciales internacionales.

²⁴ *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Inter.*, 168 F.3d 889, 883 (5th Cir. 1999); *National Broadcasting Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184, 191 (2d Cir. 1999).

²⁵ Hans Smit, *American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals*; Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited, 25 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 1, 5-8 (1998); Jonathan Clark Green, *Are International Institutions Doing Their Job?* 90 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 62, 70-71 (1996); Walter B. Stahr, *Discovery Under 28 U.S.C. §1782 for Foreign and International Proceedings*, 30 *Va. J. Int'l L.* 597, 619-20 (1990).

²⁶ La Corte Suprema ha dictado que la rama legislativa, al sancionar el *Federal Arbitration Act*, reconoció la conveniencia que presta el arbitraje como alternativa viable a las complejidades del litigio civil. Ver *Wilko v. Swan*, 246 U.S. 427, 431 (1953). En *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 631 (1985), por ejemplo, la Corte Suprema ratificó y enfatizó el interés público tanto como la voluntad política de Estados Unidos en favorecer cláusulas arbitrales y también recalcó que la participación de Estados Unidos en la Convención de Nueva York de hecho reafirma este interés en cuanto su aplicabilidad al comercio internacional.

Tercero, un simple repaso de la legislación comparativa en el campo de arbitraje -como el estudio de las normas adoptadas por las instituciones arbitrales internacionales de mayor importancia- muestra que de hecho los árbitros en muchos sentidos significativos desempeñan un papel muy parecido al de un juez²⁷.

B. Un nuevo desarrollo jurisprudencial: In Re: Aplicación of Roz Trading Ltd.

El arbitraje internacional se encuentra en el umbral de una formación y transformación procesal sin precedente en tema de revelación. Este desarrollo ha sido relativamente repentino y desde ya son *pocos* los que se han percatado de sus consecuencias inmediatas y futuras. A pesar de la cautela por parte de las instituciones arbitrales que gozan de mayor popularidad (por ejemplo la CCI, ICDR, y LCIA) tanto como el esfuerzo del IBA en la rama de la “toma de pruebas” en arbitrajes internacionales, el uso transnacional de las normas federales procesales en temas de revelación se ha convertido en una realidad inalterable y que exige la capacitación inmediata de abogados entrenados en el sistema continental o civil.

Las especulaciones que acompañaron el dictamen de la Corte Suprema en el caso *Intel* han dejado de manifestarse como tal y hoy constituyen pautas determinantes en cuanto la revelación de documentos e información en Estados Unidos respecto al uso de estos materiales y datos en un arbitraje internacional con sede en el extranjero. Esta posibilidad se ha convertido en norma al dictarse el 20 de enero de 2007 el dictamen por el Tribunal Federal del Distrito Norte del Estado de Georgia en el caso *In Re: Application of Roz Trading Ltd.*, 2007 WL 120844. Este dictamen está exquisitamente redactado y emitido por un distrito federal altamente respetado. Tendremos que someterlo a un análisis detenido.

Los hechos son sencillos y, por esta razón, contundentes. El demandante sometió una petición a los fines de obligar a la compañía Coca-Cola (el demandado) a divulgar documentos para ser utilizados en un arbitraje internacional con sede en Viena ante un panel arbitral designado por el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica de la Federación de Austria (en adelante, “el Centro”), ante el cual aparece The Coca-Cola Export Company (“CCEC”), subsidiaria del demandado, junta con otras partes.²⁸

²⁷ Por ejemplo, el Artículo 35 del la ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL mantiene que un laudo arbitral tiene que ser reconocido como el único recurso disponible a los fines de anular un laudo conforme con el Capítulo VII de la Ley Modelo. También, el Artículo 28 de las Normas de Arbitraje de la CCI sostiene que las partes, al someter una contención a un arbitraje, han renunciado a cualquier recurso susceptible a ser rechazado por las normas de jurisdicción a las cuales las partes se han sometido. Finalmente, el Artículo 27 de las Normas de Arbitraje de la ICDR impera que un laudo arbitral es final y vinculante entres las partes.

²⁸ *In Re Roz Trading, Ltd.*, 469 F.Supp. 2d 1221 (N.D. Ga. 2006).

El arbitraje se basaba en reclamaciones por incumplimiento de contrato alegadas por el demandante contra CCEC. Este contrato había sido firmado con el objetivo de crear un *joint venture* entre el demandante, CCEC, y el gobierno de Uzbekistan. El demandante asevera que el gobierno de Uzbekistan unilateralmente y con violencia tomó posesión de los intereses del demandante en el *joint venture*.²⁹ Como parte de los alegatos, el demandante también esgrimió que sus empleados fueron incapaces de llevarse consigo documentos corporativos y hasta la fecha no había sido posible retirar estos materiales de Uzbekistan. El demandante del mismo modo alegó que la CCEC y el demandado asistieron al gobierno Uzbek a excluir al demandante del *joint venture*³⁰.

De acuerdo con la cláusula arbitral en el contrato principal en vigor y firmado por las partes, el demandante interpuso una reclamación ante un panel arbitral del Centro. Simultáneamente, el demandante solicitó asistencia al Tribunal del Distrito Norte del Estado de Georgia conforme con 28 U.S.C. §1782(a) solicitando una orden exigiendo al demandado que revelara documentos para que pudieran ser utilizados en el arbitraje pendiente en Vienna³¹. El tema principal ante el tribunal fue la medida en la cual los factores delimitados en el tema *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*,³² favorecen una orden concediendo la petición.

Después de analizar cuidadosamente el precedente de la Corte Suprema en *Intel*, el tribunal decidió que el Centro es un “tribunal” conforme con la §1782(a) y consistente con el razonamiento en *Intel*.³³ Aquí, el tribunal de primera instancia observó que “[m]ientras *Intel* explícitamente no llegó a dictar que un foro arbitral constituye un ‘tribunal’ a los fines de §1782, la Corte Suprema, no obstante, citó a un autoridad proponiendo que un “tribunal arbitral” es un tribunal a los fines de la §1782(a).”³⁴ Paralelo con esta premisa, la Corte Suprema también dictaminó que el foro administrativo “Competencia-DG constituye un ‘tribunal’ una vez que éste actuó como foro de primera instancia en la adjudicación que forma parte de un proceso que conduce a una adjudicación dispositiva, es decir, una acción administrativa de carácter final que responde a la demanda interpuesta y es, en torno, susceptible de apelación”³⁵

El tribunal de primera instancia encontró apoyo analítico en las pautas asentadas por la Corte Suprema en *Intel* y, sobre todo, en la doctrina defendida por la que un tribunal está dentro del ámbito de la sección 1782 siempre y cuando éste

²⁹ El demandante alegó que esta toma de propiedad ajena en parte fue motivada por el divorcio del presidente de la empresa demandante de la hija del presidente de Uzbekistán. *Id.* at 1223, f.n.2.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² 542 U.S. 2004.

³³ *Id.* at 2479.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

desempeñe el papel de un foro de primera instancia cuya responsabilidad estriba en adjudicar un asunto debatido y traído por una parte en su demanda. Este axioma, desconcertantemente sencillo, sirvió en gran medida como piedra analítica angular en el razonamiento del Tribunal Federal del Distrito Norte de Georgia. “Cuando el Centro fue examinado a través de los mismos lentes pragmáticos con los cuales la Corte Suprema en *Intel* examinó el foro de Competencia-DJ, claramente hay que concluir de modo necesario que éste es un ‘tribunal’ conforme con la §1782(a)”³⁶.

Aparte de haber iniciado un análisis exhaustivo de carácter lingüístico en cuanto a los términos utilizados en la §1782(a)³⁷ y el Informe del Congreso que muestra la intención de emitir esta legislación (28 U.S.C. §1782),³⁸ el tribunal despejó los argumentos del demandado que se apoyaban en las decisiones *Nat’l Broad Co., Inc.*, y *Republic of Kazakhstan*³⁹. Apoyándose en el nuevo análisis de la Corte Suprema en *Intel*, el tribunal destacó seis premisas fundamentales sobre las cuales apoyó su dictamen en el que concluyó que un tribunal arbitral constituye un “tribunal” conforme con el mandato de la §1782(a).

Primero, el tribunal destacó que tanto el Segundo como el Quinto Circuitos habían emitido sus sentencias no menos de cinco años *antes* del análisis de la Corte Suprema en *Intel* y, por tanto, ambos se habían privado del beneficio de dicho razonamiento de la Corte al estudiar precisamente el tema que se les había presentado a ellos.⁴⁰ De modo que el Segundo y Quinto Circuito habían elaborado análisis estructurales y analíticamente defectuosos en sus interpretaciones de la §1782(a).

Segundo, el tribunal destacó que el Segundo y Quinto Circuitos habían apoyado sus análisis bajo la premisa endeble de que la definición del término “tribunal” es ambigua. De hecho el Segundo Circuito, por ejemplo, llegó a esta conclusión a pesar de admitir que el uso de la palabra “tribunal” es aceptado como que comprende foros privados y estatales⁴¹.

Tercero, a pesar de las inconsistencias respecto a la palabra “tribunal” y la definición de ésta en contextos privados y gubernamentales, el Segundo Circuito cometió un error en concluir que la historia legislativa de §1782 generaba dudas sobre el significado de la palabra “tribunal” De manera que el tribunal subrayó que “[l]a decisión del Tribunal Supremo en *Intel* desvirtúa el razonamiento utilizado en *Nat’l Broad. Co.* En *Intel* la Corte repasó las coyunturas históricas de la legislación de §1782 y encontró que la intención de esta legislación era ampliar los parámetros del

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.* at 2478.

³⁸ *Id.* at f.n. 10.

³⁹ *Nat’l Broad Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999), *Republic of Kazakhstan v. Beidermann*, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999).

⁴⁰ *Id.* at 1227.

⁴¹ *Id.*

significado de la palabra 'tribunal'. La Corte específicamente observó que '[l]a historia de la legislación de las enmiendas de 1964 muestran que el congreso reconoció que esta asistencia judicial también estuviese disponible independientemente de que el proceso extranjero o internacional sea una investigación de carácter penal, civil, administrativa, *o de otra naturaleza*"⁴² (cursiva en el original).

Claramente, de acuerdo con el análisis del tribunal, la interpretación y aplicación del historial legislativo de la §1782(a) por parte de la Corte Suprema contradice a las claras las interpretaciones del Segundo y el Quinto Circuitos que de forma incorrecta concluyeron que el Congreso intentaba limitar el acceso a la asistencia judicial conforme a la §1782 a gobiernos en temas penales, civiles, o administrativos exclusivamente.⁴³

Cuarta, queda claro que la Corte Suprema confirmó que bajo §1782(a) aquello que define un "tribunal" no tiene que ver con la naturaleza de éste en cuanto su carácter "privado" o "gubernamental". En cambio, un tribunal se define por la medida en que este foro actúa como un foro de primera instancia con la responsabilidad de adjudicar pretensiones expresadas en una demanda. Es precisamente la función de adjudicar la que perfila su calidad como "tribunal" de acuerdo con la §1782(a).

Quinta, el tribunal concluyó que la Corte Suprema utilizó una metodología analítica que desvirtúa totalmente las premisas sobre las cuales se apoyaron el Segundo y Quinto Circuitos. De hecho el tribunal observó que la sentencia emitida por el Quinto Circuito en "*Republic of Kazakhstan v. Beidermann* expresamente seguía el mandato en la sentencia del Segundo Circuito en *Nat'l Broad. Co.*. Del mismo modo que *Nat'l Broad Co.*, *Beidermann* comienza su análisis con la premisa que el termino 'tribunal' es ambiguo [citando 168 F.3d, paginas 880-81] *Beidermann* también descansa sobre una exégesis que comprende el análisis de la historia legislativa tanto como la política subyacente a los fines de interpretar el andamiaje legislativo en su totalidad. Por lo tanto, *Beidermann* se suscribe al mismo razonamiento defectuoso que encontramos en *Nat'l Broad Co.*, y también fue decidido sin el beneficio del análisis de la Corte Suprema en *Intel*. Por estas mismas razones que este tribunal declina seguir a *Nat'l Broad Co.* o *Beidermann*."⁴⁴

El precepto novedoso que encontramos en *In Re: Roz Trading* no se puede y no se debe entender como una mera "aberración" ya que (i) el razonamiento de la sentencia es verdaderamente extraordinario y (ii) éste se compagina con el precedente sentado por la Corte Suprema en *Intel*. Ambas decisiones muestran una clara tendencia hacia la interpretación liberal y amplia de la § 1782(a). En el

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.* at 1228.

pronunciamiento más reciente a la fecha sobre los parámetros de la § 1782(a) por parte de un tribunal federal de segunda instancia, precisamente se recalca esta tendencia hacia la “globalización procesal” de la § 1782(a).

C. In Re: Patricio Clerici; creando nuevas pautas

El 21 de marzo del 2007 el Tribunal Federal del Decimoprimer Circuito ejerció jurisdicción sobre una apelación que pretendía revocar una orden emitida por un tribunal federal de primera instancia que concedió una petición conforme con 28 U.S.C. § 1782 a los fines de solicitar revelación de documentos en un caso en el cual el tribunal extranjero supuestamente había dictado sentencia sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento⁴⁵.

El desarrollo procesal de este caso invita al análisis. Curiosamente, el demandante había interpuesto una demanda civil en los tribunales de Panamá alegando daños y perjuicios supuestamente creados por una demanda civil que se había interpuesto contra éstos en el mismo tribunal. A pesar de numerosas irregularidades procesales que, entre otros temas, cuenta con la falta de notificación de juicio al demandado (quién no participó en el juicio de este tema ya que carecía de notificación) el tribunal de primer instancia del Circuito de Colón de la República de Panamá pronunció una sentencia que condenó al demandado al pago de \$1,996,598.00 en concepto de daños y perjuicios más \$294,589.70 por costas⁴⁶.

No fue un hecho debatido que esta sentencia dictada en Panamá nunca fuera reconocida y ejecutada en el Estado de la Florida⁴⁷.

El Decimoprimer Circuito esgrimió dos premisas básicas sobre las cuales rechazó los argumentos del demandado, quien aseveró que el término “procedimiento” dentro del contexto de la § 1782 se refiere a un proceso de adjudicación y no a un procedimiento de ejecución de sentencia.

Primero, al rechazar esta premisa el Decimoprimer Circuito observó que “la §1782 únicamente establece que la prueba tienen que ser ‘para uso en un procedimiento,’ y no hay nada en el lenguaje de la §1782 que exija que el proceso sea adjudicativo en su naturaleza [cita omitida]. De modo que la ley específicamente mantiene que pruebas obtenidas a través de la §1782 pueden ser utilizadas en ‘investigaciones penales mantenidas *antes* de la propia existencia de una acusación formal,’ aunque dichas investigaciones no representan procesos adjudicativos”⁴⁸.

Segundo, el Decimoprimer Circuito se encontró en la obligación conceptual de enfatizar que la Corte Suprema “había reconocido los ‘parámetros amplios de

⁴⁵ *In Re: Clerici* 2007 WL 840327 (11th Cir. 2007)

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at f.n. 2.

⁴⁸ *Id.* at 5.

“revelación” autorizados por la §1782 y había decretado que la §1782 no se limitaba a ser aplicada a procedimientos pendientes o de coyuntura procesal inminente [Cita omitida]”⁴⁹.

También, la Corte rechazó la proposición esgrimida por el demandado de que la §1782 no contempla su aplicación una vez que se haya agotado toda labor judicial, ya que el proceso de ejecución sobre una sentencia como máximo se limita a exigir exclusivamente un papel ministerial por parte del tribunal⁵⁰.

La trilogía de *Intel*, *In Re: Roz Trading, Ltd*, y *In Re: Patricio Clerici* conforman una jurisprudencia contundente sobre la aplicabilidad de la §1782 a procesos arbitrales internacionales y en cuanto a la ejecución de sentencias judiciales y, por tanto, también de carácter arbitral. Las consecuencias jurídicas son innegables. Las normas federales en Estados Unidos en materia de revelación son aplicables a arbitrajes internacionales y, a la luz de la sentencia del Vigésimo Circuito en *In Re: Patricio Clerici* es concebible que la parte prevaleciente en un arbitraje internacional que busque el reconocimiento y la ejecución de un laudo conforme con la Convención de Nueva York también explore la medida en que pudiese avanzar sus intereses amparándose en la §1782.⁵¹

Los abogados y árbitros de formación continental no tienen más remedio que enfrentar esta nueva realidad que se impone cada vez que se encuentran en un arbitraje internacional en el cual existan posibles pruebas y testimonios en Estados Unidos⁵².

6. LA FRAGMENTACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL, COMO ESTRUCTURA Y OBJETO DE CONVERGENCIA CULTURAL JURÍDICA

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* at 6.

⁵¹ Estos desarrollos en la jurisprudencia de la ley 28 U.S.C. §1782 reafirman que el arbitraje internacional jamás podrá existir independientemente del apoyo judicial que brinda el tribunal de la sede del arbitraje. Este apoyo siempre debe de ser de carácter colateral en cuanto que se tiene que subordinar a la política que rige la resolución de una disputa entre privados de acuerdo con un proceso cuya jurisdicción radica en un contrato privado, en vigor, que contenga fundamento para la celebración de un arbitraje. Esta función es muy diferente a aquella que comprende la administración equitativa de la justicia por un tribunal que forma parte de un Estado soberano y que, por tanto, está bajo obligación de implementar la política del Estado en la aplicación de normas legales a hechos particulares. Esta actividad es diferente, y en algunos casos diametralmente opuesta, a la meta sencilla de buscarle una solución a un problema conforme con las meras expectativas de dos personas privadas. La diferencia es significativa.

⁵² Únicamente acordando en la cláusula arbitral que la §1782 no será aplicada al proceso y rechazada *a priori* por las partes es que las partes voluntariamente pudiesen por virtud de estipulación rechazar la imposición y consecuencias de esta nueva jurisprudencia.

De acuerdo con la Norma 3 del Código Federal de Procedimiento Civil estadounidense “[u]n procedimiento civil comienza con la interposición de una demanda.”

Pero el comienzo del *caso* no es el comienzo de un *juicio*. También, las normas procesales son muy estrictas y rigurosas en trazar distinciones materiales entre “*a pleading*” (aquellos papeles que son acto de constitución del proceso que enmarcan la pretensión o “demanda” tanto como la “contestación a la demanda”) y “*papers*” (documentos o peticiones interpuestos incidentalmente en los actos de constitución, o en los actos relativos al desarrollo del proceso). Esta distinción queda sentada en la Norma 7 Sección (a)⁵³.

Habiendo dibujado la estructura fundamental de los actos de constitución cabe dedicarle unas palabras a la notificación de comparecencia al proceso judicial, lo que las normas procesales llaman “*Service of Process*”.

7. NOTIFICACIÓN DE COMPARECENCIA AL PROCESO JUDICIAL

La Norma Federal 4 Sección C (1) señala:

“Una notificación de comparecencia será entregada junto con una copia de la demanda [copia porque la original se somete al tribunal]. El demandante es responsable por la entrega de la notificación de comparecencia y de la demanda dentro del plazo prescrito en la subdivisión (m) de esta norma (dentro de un plazo de 120 días a partir de haber sometido la demanda al tribunal) y se le proporcionará a la persona realizando la notificación de comparecencia con las copias necesarias de la notificación y de la demanda”.

Es importante hacer referencia a esta metodología porque constituye una parte crítica de los elementos constitucionales que tienen que ser observados a los fines de establecer competencia o jurisdicción vinculante sobre la persona, como veremos a continuación. La falta de notificación a un posible demandado de acuerdo con la norma 4 puede causar el rechazo de la demanda al principio del proceso y también crear obstáculos insuperables al final del proceso una vez que el demandante intente

⁵³ Fed.R.Civ.P. 7. Pleadings Allowed; Form of Motions.

(a) Pleadings. There shall be a complaint, and an answer; a reply to a counterclaim denominated as such; an answer to a cross-claim, if the answer contains a cross-claim; a third-party complaint, if a person who was not an original party is summoned under the provisions of Rule 14; and a third-party answer, if a third-party complaint is served. No other pleading shall be allowed, except that the court may order a reply to an answer or a third-party answer.

ejecutar la sentencia en un foro extranjero y aún en un foro doméstico. De hecho la sección F de la Norma 4 destaca minuciosamente los pasos a seguir respecto a la notificación de comparecencia a un individuo en un país extranjero, es decir, que no esté domiciliado en Estados Unidos.

A. Jurisdicción sobre la persona y jurisdicción sobre la materia

En claro contraste con el sistema civil o continental, el sistema *common law* no se suscribe a una rúbrica como la que perfila las Convenciones de Bruselas o Lugano. Todo lo contrario, mientras que éstas comprometen doctrinalmente los preceptos de flexibilidad y autonomía judicial en favor de la certidumbre y la uniformidad, el sistema *common law* enfatiza la flexibilidad doctrinal dentro de una rúbrica enmarcada por la autonomía judicial o la discreción por parte del juez. Consecuentemente, las pautas aplicables a todo tema de jurisdicción han dejado de reposar sobre doctrinas de *residencia, domicilio, nacionalidad, o territorialidad*, como sucedió al comienzo del desarrollo de la rama de la jurisdicción dentro de este sistema.

La Jurisdicción sobre la persona en el contexto federal está basada en un análisis que comprende dos componentes analíticos:

(i) cumplimiento con la ley estatal sobre jurisdicción relativa a la persona en casos en los cuales la jurisdicción del tribunal federal respecto a la materia descansa sobre diferencias en la residencias o nacionalidades de las partes y

(ii) armonía entre la aplicación de la ley estatal confiriendo jurisdicción sobre la persona y las normas y preceptos constitucionales de la enmienda decimocuarta de la Constitución.

El primer elemento se logra, o es capaz de ser logrado, de acuerdo con distintas condiciones o premisas en materia de incumplimientos contractuales y/o la madurez de reclamaciones fundamentadas en responsabilidad extracontractual. La política subyacente de dicho sistema federal es -en medida razonable y sin violar preceptos fundamentales de la discreción jurídica otorgada a tribunales federales- ejercer jurisdicción sobre entidades extranjeras dentro de la subdivisión geopolítica (estado) en cuestión. Por este motivo consideramos que es prácticamente imposible que no se cumpla esta directiva en la mayoría de los casos. El reto a la jurisdicción sobre la persona en realidad lo enfrentamos en cuanto la constitucionalidad de la aplicación de esta ley al demandado o, para decirlo en otras palabras, en la medida en que el ejercicio de jurisdicción sobre la persona extranjera es consistente con la enmienda decimocuarta de la Constitución de Estados Unidos.

Aquí entra a relucir la flexibilidad jurídica que caracteriza la materia procesal *common law* y tanto la distingue de su pariente distante, el sistema civil o continental.

La pauta constitucional se observa cuando existe *jurisdicción general* o *jurisdicción específica* sobre el demandado.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido que la pauta constitucional se cumple en casos en que los contactos entre el demandado y el foro son cuantitativamente tan numerosos que se comprende que el demandado entendía, o debía de haber entendido, que por virtud de los numerosos encuentros que éste ha disfrutado a lo largo del tiempo con el foro él podría encontrarse en el foro en la situación de ser demandado judicialmente. Aquí es cuando desempeña un gran protagonismo el concepto de *jurisdicción general* por primera vez articulado por la Corte Suprema en el caso cumbre de *Helicópteros Nacionales de Colombia v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984), y pocos años después en *Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987). Es decir, cuando un demandado ha tenido tantos contactos con el foro, físicos (preferiblemente con una presencia directa o menos directa a través de un agente o representante) o en materia de actividades comerciales (un tráfico continuo y sistemático, por ejemplo), es probable, casi con contundencia, que el tribunal puede ejercer jurisdicción sobre la persona *sin la obligación jurídica de indagar respecto a la naturaleza y carácter de los cargos en cuestión*.

La premisa fundamental que define al ejercicio constitucional de la *jurisdicción general* estriba en que se pueda interponer una demanda en la jurisdicción territorial contra el demandado sin afectar a preceptos tradicionales de justicia. El aviso que cumple con los requerimientos constitucionales nace de la frecuencia y cantidad de los contactos entre el demandado y el foro y no toma en consideración la calidad de estos encuentros o sus relaciones a la demanda interpuesta.

La *jurisdicción específica* encuentra fundamento en la calidad y carácter de los contactos entre el demandado y el foro junto con la relación entre estos contactos y los alegatos que enmarcan la demanda. En contraste con la *jurisdicción general*, la *jurisdicción específica* con frecuencia es susceptible de ser ejercida hasta en ocasiones en las cuales el demandado tiene una trayectoria de sólo haber tenido *un* encuentro con el foro pero de tal naturaleza que implica directa y explícitamente a los cargos interpuestos.

Unas palabras en cuanto el tema de *jurisdicción sobre la materia*. Existen dos metodologías posibles para poder alegar que un tribunal de primera instancia en el sistema federal pueda ejercer jurisdicción sobre la materia, y no la persona, en un tema interpuesto ante dicho tribunal.

Primero, de acuerdo con la legislación 28 USC §1332 un tribunal federal está autorizado a ejercer jurisdicción sobre un tema o caso civil en donde la cantidad en disputa o controvertida exceda los US\$75,000, sin incluir intereses y costas, siempre y cuando se trate de un asunto que cumpla con cualquiera de las siguientes cuatro pautas: la *primera*, el tribunal federal podrá ejercer jurisdicción sobre la materia cuando se trate de ciudadanos de distintos Estados; la *segunda*; en casos que traten de

una disputa entre ciudadanos de un Estado y ciudadanos de un Estado extranjero; la *tercera*; también se puede ejercer jurisdicción sobre la materia en casos en los cuales haya ciudadanos de distintos Estados y ciudadanos o residentes de un Estado extranjero, y la *cuarta*; el tribunal federal podrá ejercer jurisdicción sobre la materia en casos que comprendan un Estado extranjero tal como éste se define en la Sección 1603(a) como demandante y ciudadanos de un Estado o de diferentes Estados.

Este esquema presenta posibilidades estratégicas muy variadas y curiosas en aras de retar la jurisdicción sobre la materia enraizada en las partes de distintos Estados sencillamente con nombrar, en base de fundamentos que no sean infundados, un demandante del mismo Estado que un demandado como parte indispensable, o viceversa. En casos de jurisdicción basados en diversidad de partes y un monto que supere US\$75,000, el tribunal federal se encuentra obligado a aplicar la ley sustantiva del foro en el cual se encuentra, lo que se denomina la doctrina *Erie*.⁵⁴

La *segunda* metodología permite a un tribunal federal ejercer jurisdicción sobre la materia que se encuentra en la ley 28 U.S.C. §1331. Esta legislación sencillamente establece en una sola frase que los tribunales federales de primera instancia podrán ejercer jurisdicción sobre la materia en todo caso civil fundada en la Constitución, leyes, o tratados de los Estados Unidos.

En casos en los cuales la jurisdicción sobre la materia nace de un tema basado en ley federal, el tribunal no está obligado a aplicar la ley sustantiva del foro en el cual se encuentra. Este precepto también afecta al análisis de la jurisdicción sobre la persona cuando ésta está fundamentada en la ley estatal de alcance extendido, o lo que se denomina como un *State Long-Arm Statute*. Estos estatutos tienden a que se pueda ejercer jurisdicción sobre un demandado residiendo fuera del Estado, siempre y cuando la aplicación del estatuto cumpla con las protecciones constitucionales de la quinta o la decimocuarta enmiendas a la Constitución. Es decir, casos en los cuales la jurisdicción sobre la materia está basada en la ley federal, el análisis respecto a la legislación de jurisdicción sobre la persona del alcance extendido será medido en el contexto de la quinta enmienda a la constitución. Con respecto a los esquemas de jurisdicción sobre la materia que reposan sobre la diversidad de partes, las protecciones y amparo de la enmienda décimocuarta de la Constitución se utilizará a los fines de determinar si el ejercicio de jurisdicción sobre un extranjero del Estado en cuestión cumple con las pautas fundamentales de carácter constitucional.

8. OBSERVACIONES SOBRE LA NORMA FEDERAL DÉCIMOSEGUNDA Y LA FRAGMENTACIÓN PROCESAL

Continuando con el contraste entre culturas jurídicas cabe destacar algunas de las peculiaridades de la Norma 12 del sistema federal. La propia estructura de la

⁵⁴ *Erie R. Co. v. Thomkins*, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817 (1938).

Norma 12 crea y profundiza el contraste procesal entre el sistema civil y la tradición *common law*. Dos ejemplos significativos ponen de manifiesto esta distinción.

Primero, en la sección (b) (6) de la Norma 12 encontramos fundamento para retar las alegaciones de una demanda *antes* que se haya interpuesto una respuesta a la misma (cabe notar que bajo penalidad de incumplimiento, una respuesta tiene que ser interpuesta a los veinte días de recibida la notificación de comparecencia), y, por ende, muy al principio del proceso la suficiencia legal de los alegatos es capaz no sólo de ser retada, sino también de rechazar todas o algunas de las reclamaciones. De modo que este mismo principio procesal crea causa para una o hasta múltiples audiencias que permitan discutir la propia viabilidad de la demanda civil.

Aquí hay que recalcar que una petición fundamentada en la Norma 12(b) (6) *no examina* los méritos de fondo de la pretensión. Al contrario, para poder lograr el reto sin tener que celebrarse un juicio sobre los hechos materiales de los alegatos, la ley construye la ficción que le otorga al demandante una presunción de veracidad respecto a los hechos de fondo. Es en el contexto de este “beneficio de toda duda a favor del demandante” que le reposa la carga de la prueba al demandado para demostrar, simplemente desde un punto de vista legal, que aunque a los fines de la petición de dimitir (“*motion to dismiss*”) fundamentada en la Norma 12(b)(6) se considere que todos los alegatos de hechos tienen fundamento legal y real, los cargos siguen siendo insostenibles y defectuosos en su constitución jurídica de manera que los daños y perjuicios reclamados no pueden ser concedidos.

La *segunda* peculiaridad de la Norma Décimosegunda la encontramos en la sección (h) (1) que, detalla que:

(1) una defensa de falta de jurisdicción sobre la persona, foro inadecuado, insuficiencia de notificación de comparecencia, o insuficiencia de proceso de notificación de comparecencia será concedida o renunciada si es omitida de cualquier petición fundamentada en la Norma 12 o si no es incluida en la réplica inicial o en una enmienda a ésta.

La jurisprudencia que interpreta esta sección de la Norma 12 es aún más oscura y peligrosa. Si las defensas de falta de jurisdicción sobre la persona, foro inadecuado, suficiencia de notificación de comparecencia, o insuficiencia de proceso de notificación de comparecencia, no son esgrimidas en el primer acto de constitución (réplica, petición o contestación), un acto colateral a un acto de constitución, o hasta en la primera comunicación por escrito de una parte a la otra, por mandato legal será considerada como una defensa renunciada y, por tanto, inaplicable como tal al proceso con respecto al demandado en cuestión. A través del prisma de la práctica habitual y cotidiana, no queda más remedio que esgrimir las cuatro defensas en la

primera comunicación escrita al tribunal a una parte bajo pena de ser considerada la defensa como renunciada.

A. La doctrina de *Forum Non Conveniens*: Un perfil escueto

A pesar de las repetidas referencias de la Corte Suprema a la antigua y majestuosa historia de la doctrina de la defensa del *forum non conveniens*, por ejemplo, en el caso *Piper Aircraft Co. v. Reyno*,⁵⁵ los orígenes de esta defensa son prácticamente desconocidos y no quedan nada claros. De hecho, la defensa, a pesar de su nombre en latín, no muestra ningún vínculo histórico al Derecho romano o a la práctica continental. Todo lo contrario, la doctrina solamente se remonta a algunas decisiones escocesas que datan a fines del siglo XVIII. La frase “*forum non conveniens*” se utiliza aparentemente como una traducción neo-latina de la frase inglesa “*inconvenient forum*.” Esta frase se utilizó con motivo de distinguir demandas rechazadas basadas en el ejercicio de discreción de un tribunal por razón de inconveniencia logística o reciprocidad judicial en contraste con aquellas destituidas por falta de jurisdicción judicial. Estas últimas recibieron el nombre “*forum non competens*”.

Tanto en el campo del litigio internacional como en el arbitraje internacional, la doctrina de *forum non conveniens* (foro no conveniente) presenta un reto doctrinal y conceptual prácticamente insuperable respecto a la labor de convergencia de culturas legales. Esta doctrina se convierte en jurisprudencia vinculante en Estados Unidos cuando se introduce al *corpus* jurídico del país por primera vez en el caso lapidario de *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*⁵⁶.

Esbozada solamente respecto a sus elementos más fundamentales, la doctrina está constituida por cuatro preceptos. Cumplidos estos, un juez tendrá discreción para rechazar o dimitir un caso en favor de un foro extranjero o a favor de la competencia de los tribunales estadounidenses. La decisión de un tribunal que resuelve un tema en base de *forum non conveniens* es revocable en segunda instancia únicamente bajo un pronunciamiento por el tribunal de apelación de que el órgano de primera instancia abusó de su discreción para dictar la sentencia que ha sido recurrida. Hay que enfatizar que el demandante goza de una ventaja procesal significativa sobre el demandado, ya que a aquél se le otorga el derecho de apelación interlocutoria mientras que éste tiene que esperar hasta el final del juicio de primera instancia antes de poder apelar la denegación de una petición enraizada en la doctrina de *forum non conveniens*.

Sometamos a algún análisis los cuatro elementos fundamentales de la doctrina.

⁵⁵ *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 248 N. 13 (1981).

⁵⁶ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S., 501 (1947).

B. Factores de Interés Privado

El segundo de los tres elementos necesario a los fines de poder rechazar una demanda sin perjuicio de que ésta sea interpuesta en un foro alternativo es el tema de los factores de interés privado. Aquí el demandado tiene que mostrar que los siguientes intereses privados, sin limitación, gravitan a favor del rechazo de la demanda:

- (i) la jurisdicción en donde se encuentra la mayoría de los testigos,
- (ii) la jurisdicción en donde radican la mayor parte de los documentos que pudiesen servir de pruebas relevantes al caso,
- (iii) el sitio en donde estén localizadas las posibles pruebas relevantes al caso aparte de testigos y documentos,
- (iv) la jurisdicción representada por el idioma que hablan la mayoría de los testigos y en la cual están redactados la mayoría de los documentos,
- (v) la jurisdicción de la ley aplicable,
- (vi) la dificultad o facilidad relacionada con la compulsión de testigos, y
- (vii) la medida en que celebrar el juicio en el foro propuesto como alternativa maximiza acceso a las pruebas y minimiza los costes del litigio.

Los factores a ser considerados por el tribunal son muchos y variados en cuanto a un análisis comprensivo de los intereses privados. Aunque hemos hecho algún esfuerzo en destacar los principales, las singularidades de cada caso en particular sin duda alguna pudiesen sugerir muchos otros a ser evaluados y presentados por un demandado.

C. Factores de Interés Público

El tercer elemento fundamental a un análisis de *forum non conveniens* consiste en un estudio a fondo de los posibles factores de interés público. Aquí se somete a consideración el interés que pueda tener el Estado en donde se ha interpuesto la demanda en cuestión tanto como el foro propuesto como alternativa en adjudicar sobre la reclamación. Por ejemplo, en la medida en que el foro en el cual se ha interpuesto la demanda ha regulado una industria o establecido una política específica sobre el tema del litigio, entonces el demandante encontraría apoyo analítico para esgrimir que la petición debe de ser negada. La pauta a seguir en este análisis no es compleja. Un litigio que concierne temas como regulación de banca, derecho de la competencia, regulación de seguros, temas inmigratorios, y otras materias de orden público claramente militan en favor de mantener el caso en el foro

original en los casos en el cual éste, de hecho, ha mostrado una inquietud pública y palpable en cuanto a estas materias.

D. El foro propuesto como alternativa tiene que ser adecuado

Queda clarísimo que en términos federales un Estado designado como “terrorista” en términos generales no cumple con la pauta de un foro alternativo. El demandante típicamente puede retar el alegato que el foro propuesto como alternativa es adecuado, o hasta superior, alegando que en tal foro, por las particularidades del caso, sería imposible que el demandante pudiese disfrutar de una administración equitativa de la justicia así sea por razones de persecución política u otras idiosincrasias que objetivamente pudiesen sugerir una imposibilidad de que prospere una demanda por daños y perjuicios al amparo de la ley.

Cuatro observaciones finales antes de abandonar el tema de *forum non conveniens*:

Primero, de acuerdo con la norma décimosegunda, la defensa de *forum non conveniens* debe ser esgrimida en la primera comunicación escrita por parte del demandado.

Segundo, mientras que a un demandante *estadounidense* se le otorga deferencia respecto al foro elegido, esa deferencia no se le extiende a un demandante *extranjero*.

Tercero, la defensa de *forum non conveniens* se ha utilizado exitosamente como defensa al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral bajo el artículo quinto de la Convención de Nueva York.

Cuarto, no podemos ignorar que de acuerdo con el Reglamento (CE) 44/2001 se puede plantear qué efecto tendrá este Reglamento respecto del Reino Unido y la compatibilidad entre éste y la aplicación del *forum non conveniens* en el sistema de *commom law* inglés. Ésta cuestión parece haber sido resuelta por el Tribunal Europeo de Justicia.

9. CONCLUSIÓN

Reconozco la terrible redundancia en decir que nos encontramos en un momento histórico único y quizás como ningún otro en los últimos 200 años de desarrollo jurídico. Los mismos personajes que encontramos en Homero, Esquilo, Sófocles, y Eurípides también esgrimían esta proposición. Si es verdad, no obstante, que jamás ha prevalecido un clima de globalización económica acompañada por la ausencia total de tribunales transnacionales con jurisdicción y competencia con propósito de presidir sobre contenciones comerciales de carácter internacional. Si esta caracterización sencilla de nuestros tiempos tiene *alguna* validez, entonces estamos ante una crisis jurídica sin precedente. La pregunta es tan parca como

penetrante. ¿Qué amparo judicial acompaña a esta globalización? ¿Cómo es que los inversores transnacionales pueden perseguir justicia ante el inevitable hecho ilícito que se produce motivo de la negligencia, la avaricia, o la ineptitud? Hay respuestas. Pero éstas no se enmarcan bajo el auspicio de un sistema institucional.

El desarrollo de un recurso judicial de carácter transnacional requiere normas universales que sean producto de la convergencia de múltiples sistemas jurídicos y que a la vez pueda cumplir con la administración equitativa de la justicia y colmar las expectativas de las partes. La integración de alguna versión del proceso de revelación al arbitraje internacional representa un desarrollo significativo y trascendental en esta búsqueda hacia la universalidad procesal en el campo del arbitraje internacional. Capacitar a los juristas como abogados, y empresarios de los sistemas *common law* y *civil* representa un paso firme que requiere superar viejos prejuicios y abrazar nuevos preceptos de universalidad sobre los cuales reposarán la vitalidad del flujo económico mundial. Visto a través de este prisma, ¿no vale la pena el esfuerzo?