

***Forum non conveniens***

**Instrumento procesal del Derecho Internacional Privado**

Ana María Pérez Calle

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2018

***Forum non conveniens***

**Instrumento procesal del Derecho Internacional Privado**

Ana María Pérez Calle

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2018



## Resumen

El *forum non conveniens* es una doctrina que tiene sus orígenes en Escocia, cerca de los 1800s, y que transmutó hasta llegar a las cortes inglesas y norteamericanas. Esta es una doctrina que faculta al juez competente en determinado caso para rechazar dicha competencia y comisionar el caso a un juez más conveniente, debido a los principios de justicia, economía procesal y conveniencia.

Hasta ahora la doctrina del *forum non conveniens* ha sido usada en diferentes países, como Escocia, Estados Unidos, Australia, Sur África, entre otros, siendo uno de los mecanismos utilizados para la resolución de casos de relevancia internacional, sin embargo, en la actualidad es muy criticada, ya que, para algunos acentúa la discriminación y no llena ningún tipo de vacío normativo dejado por el Derecho Internacional Privado.

No obstante, lo anterior y teniendo en cuenta fenómenos como la globalización y la interdependencia económica de los Estados, las normas del Derecho Internacional Privado no lograron contemplar situaciones o supuestos de hecho que existen hoy en la actualidad, y que merecen un estudio que va más allá que analizar el domicilio de las partes, el lugar de ocurrencia de los hechos o el lugar de ejecución de un contrato. Situaciones que permiten afirmar que el *Forum non conveniens* es una solución excepcional que todavía debe ser usada para conflictos de derecho internacional.

**Palabras clave:** *forum non conveniens*, derecho internacional privado, proceso, competencia judicial internacional, jurisdicción internacional.



## Introducción

Desde la época del feudalismo con el nacimiento de las ciudades-estado en Italia, se presentó para los comerciantes de la época un inconveniente: conocer con certeza cuál sería la ley aplicable a los negocios que vinculaban diferentes ciudades-estado a través del comercio. Con el paso del tiempo, se dio respuesta a ese inconveniente a través de lo que hoy se conoce como el Derecho Internacional Privado<sup>1</sup> (DIPr), sin embargo, este DIPr es un reto para los juristas y genera algunos problemas, entre los cuales está que, no obstante las leyes internas y los tratados internacionales establecen cual será el juez competente para conocer sobre conflictos de índole internacional, este juez, aunque competente, no siempre es el más conveniente para resolver el caso.

La competencia no siempre tiene una correlación directa con la conveniencia, y aunque las leyes y los tratados internacionales en gran medida buscaron generar dicha correlación, no siempre funciona, y terminan generándose situaciones particulares donde por ejemplo las partes, en razón de dichos tratados internacionales o leyes, deben trasladarse de sus domicilios, o por el contrario, las pruebas se encuentran lejos del juez competente, lo que implica la comisión de la práctica de las mismas y con ello, la generación de retrasos, gastos, y demás problemas asociados a la separación geográfica, que no existirían si se tuviera la posibilidad de contar con

---

<sup>1</sup> “El Derecho Internacional Privado es el marco jurídico formado por convenciones, protocolos, leyes modelo, guías legislativas, documentos uniformes, jurisprudencia, práctica y costumbre, así como otros documentos e instrumentos, que regula la relación entre individuos en un contexto internacional”: Organización de Estados Americanos [OEA] (2018). Secretaría de Asuntos Jurídicos [SAJ]. Washington, Estados Unidos. Definición tomada de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho\\_internacional\\_privado.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado.asp)

jueces más apropiados para el caso en cuestión, que es precisamente lo que se plantea a través de la doctrina del *forum non conveniens* (FNC).

Sin embargo, aunque aparece como una doctrina que soluciona un problema procesal, y resulta considerablemente más favorable para las partes, los testigos o la práctica de pruebas, es una doctrina fuertemente criticada<sup>2</sup> en la actualidad, bajo argumentos como que él DIPr cuenta con los elementos suficientes para solucionar los problemas planteados<sup>3</sup> y que además es una doctrina que legaliza la discriminación a través del beneficio otorgado a quienes son considerados como “no extranjeros”<sup>4</sup>.

Este artículo busca analizar la viabilidad de la doctrina del FNC en la actualidad, teniendo en cuenta tanto fenómenos como la interdependencia económica de los Estados y la globalización, siendo un fenómeno humano que ha tenido un alcance más general que cualquier otro y que ha cambiado y seguirá cambiando las tendencias y conceptos, generando una mutación jurídica profunda<sup>5</sup>, esto, a través del análisis objetivo de las críticas y beneficios planteados de la doctrina, para llegar a la conclusión, de que es una figura, que aunque muchos quieren que entre en desuso, sigue siendo necesaria, sobre todo como solución excepcional a los conflictos internacionales.

---

<sup>2</sup> Críticos entre los cuales se puede destacar a: Karayanni, M. *Forum non conveniens in the Modern age* (2004). Clermont, K. *The story of Piper: The Forum Matters in Civil Procedures Stories* (2008). Grossi S. *Forum non conveniens as a jurisdictional Doctrine* (2013). Gardner, M *Retiring Forum non conveniens* (2017).

<sup>3</sup> Gardner, M *Retiring Forum non conveniens* (2017). The University of Melbourne Library. Australia.

<sup>4</sup> Pérez Vargas, V. *Los inconvenientes del “Forum Non Conveniens”*. Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

<sup>5</sup> Londoño, N. R. (2016) Tesis Doctoral: El derecho transnacional y la solución de controversias mercantiles internacionales. Universidad de Zaragoza-España.

## Origen del Forum non conveniens

Durante el siglo XIX y XX las diferentes revoluciones que se dieron en el mundo, entre ellas las revoluciones del transporte y el intercambio internacional junto con el comercio, las exportaciones y las importaciones, significaron un cambio profundo en las relaciones internacionales, tanto privadas como públicas, que no se habían contemplado previamente en la historia<sup>6</sup>. Esto junto a las teorías cada vez más aceptadas y validadas sobre la expansión de la jurisdicción más allá del territorio de una nación<sup>7</sup>, llevaron a los jueces a considerar la posibilidad de rechazar casos para los que, no obstante ser competentes, no resulta conveniente debatirlos en su jurisdicción. Dicho rechazo se sustenta en la salvaguardia de los principios de justicia y economía procesal, entre otros.

Los primeros en hablar sobre el FNC fueron las cortes escocesas, estas “*desarrollaron una práctica en la década de los 1800s de la jurisdicción decreciente contra los acusados extranjeros cuando su ejercicio sería injusto*”<sup>8</sup>. Para estos jueces debía establecerse que una corte diferente poseía jurisdicción sobre el demandado extranjero, y si se juzgaba en dicha corte sería más adecuado para todas las partes y los propios fines de la justicia<sup>9</sup>.

La doctrina del FNC es reconocida como el aporte más importante hecho al DIPr por parte del sistema jurídico escoses, debido a que consiguió dar forma a los principios básicos respecto del FNC que se conocen hoy en todo el *Common Law*. Sin embargo, el rastreo específico

---

<sup>6</sup> Gardner, M *Retiring Forum non conveniens* (2017). The University of Melbourne Library. Australia

<sup>7</sup> Raustiala, K. *Does the constitution follow the flag? The evolution of Territoriality in American Law*. (2009)

<sup>8</sup> Traducción propia del autor. Gardner, M *Retiring forum non conveniens* (2017). Pag. 402. The University of Melbourne Library. Australia.

<sup>9</sup> Spiro, E. *Forum non conveniens*. Pag. 334. (1980)



de este origen no se ha logrado hallar con certeza, e incluso existen autores que afirman que esta doctrina no se encuentra tan arraigada en el derecho escocés como se creería, y que el primer caso donde claramente fue reconocida fue en 1845 con *M' Morin Vs Cowie*<sup>10</sup> y que antes lo que se aplicaba en Escocia era el *forum non competes*<sup>11</sup>, “En otras palabras, de acuerdo con el entendimiento ortodoxo de la doctrina histórica, el FNC es una doctrina que descende del concepto previo del *Forum non competes*”<sup>12</sup>.

*M' Morin Vs Cowie* es el primer caso reportado en el cual los jueces y el abogado del demandante reconocieron que el demandado estaba en lo cierto al invitar a la corte escocesa a renunciar a su jurisdicción legalmente establecida con el fin de encontrar un foro más apropiado, de hecho, es reconocido como el primer caso donde las cortes escocesas utilizan el término «foro más conveniente» respecto al ejercicio de la jurisdicción.

El caso trataba de un testamento que se había ejecutado en la India, pero el testador había dejado una gran porción de sus bienes en Escocia. Todo el patrimonio se dejó en manos de un albacea. Los herederos iniciaron el proceso en Escocia y trataron de recuperar la suma que, según ellos, les había sido otorgada en el testamento. El defensor argumentó que el caso en cuestión hablaba de un patrimonio en el extranjero y que por ende el tribunal escocés, aunque por su ley procesal era competente, no era la jurisdicción más conveniente para resolver la controversia<sup>13</sup>.

Posterior a los avances que trajo Escocia respecto del FNC, el Reino Unido, como miembro de la Unión Europea, firmó con reserva el Convenio de Bruselas de 1982, manifestando:

---

<sup>10</sup> Arzabdeh, A. *The Origins of the Scottish Forum Non Conveniens doctrine*. (2017)

<sup>11</sup> McLachlan, C. *Lis Pendens in International Litigation* (2009)

<sup>12</sup> Traducción del autor. Arzabdeh, A. *Op. Cit.* Pag 4.

<sup>13</sup> *Ibid.* Pag 23.

*Nada en esta ley impedirá que cualquier tribunal en el Reino Unido se detenga, ayude a tachar o desestimar cualquier procedimiento ante él por motivo del forum non conveniens o de otro modo, donde hacerlo no es compatible con el convenio de Bruselas<sup>14</sup>.*

Lo anterior generando como consecuencia ante el alto número de casos que se dieron sobre el FNC, que la Casa de los Lores estableciera como requisitos obligatorios iniciales para la aplicación del FNC los siguientes:

*En orden de justificar la aplicación del FNC, deben darse dos condiciones, una positiva, y otra negativa:*

- (a) El defendido debe satisfacer a la corte, explicando que existe otro foro competente, cuya jurisdicción es sustancialmente menos inconveniente para las partes, y;*
- (b) La suspensión o cambio del foro no debe privar al demandante de una legítima ventaja personal o judicial que pueda estar disponible para él en el caso de que haya invocado la jurisdicción de la corte inglesa<sup>15</sup>.*

Por su parte, en Estados Unidos, la Corte Suprema al aplicar el *Second Restatement of the conflict of laws* estableció que un Estado no ejercerá jurisdicción si es un foro evidentemente inconveniente para adelantar el juicio, a condición de que exista un foro más apropiado disponible para el demandante<sup>16</sup>.

### **Concepto actual y requisitos para su aplicación**

---

<sup>14</sup> Erwin Spiro, *Forum non conveniens*. (1980) Pag 337.

<sup>15</sup> Ibid. Pag 337.

<sup>16</sup> Ibid. Pag 335.

El FNC es una doctrina utilizada en su mayoría por la familia del derecho anglosajón, como lo son los sistemas de Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá o Australia, entre otras, que busca sentar precedente para sentencias más justas y menos costosas para las partes y el sistema mismo, a través de mayor favorabilidad de la ley aplicable o de la cercanía en relación con temas probatorios.

Este es un principio del Common Law<sup>17</sup> que le otorga al juez la facultad discrecional de declinar el ejercicio de su jurisdicción sobre determinados casos, donde los principios de justicia y conveniencia son favorecidos a través de ello<sup>18</sup>, lo anterior significa que el FNC es ese principio que le otorga la facultad a un juez, un tribunal o corte la posibilidad de rechazar una demanda puesta en su jurisdicción o foro, no por falta de competencia, sino por falta de conveniencia.

Así, dicho juez, tribunal o corte es legalmente competente para juzgar lo sucedido, pero por razones fácticas, probatorias, económicas y sobre todo de justicia, su jurisdicción o foro no es el más conveniente para las partes y la resolución del proceso mismo, generando así, o el rechazo de la demanda y la recomendación de acudir a un foro existente competente considerado más conveniente, cuando el juez lo reconoce de oficio, o la aceptación de aquel foro sugerido por la defensa del demandando, cuando es a petición de parte.

De acuerdo con un artículo publicado por la Universidad de Cornell llamado “*Forum non conveniens*”<sup>19</sup> cuando un demandado presenta la petición o moción para una transferencia por

---

<sup>17</sup> El Common Law es el derecho común o Derecho consuetudinario vigente para la mayoría de los países de tradición anglosajona. En sentido estricto se puede decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066), Se llamo Common porque pasó a ser el derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio se habla de Common law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho civil.

<sup>18</sup> Loy, L.A.L, Forum Non Conveniens. (2004) The University of Melbourne Library. Pag. 1643

<sup>19</sup> Legal Information Institute. (s.f.). Cornell Law School. Obtenido de Legal Information Institute: [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_non\\_conveniens](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens)

FNC, el tribunal, que actualmente es el tribunal competente, deberá analizar el caso detenidamente y sopesar dos situaciones:

1) Realizar la prueba del equilibrio: En esta prueba debe buscar equilibrar los factores privados y públicos de aceptar o no la moción del FNC, verificando:

a. Factores privados:

- Facilidad de acceso a la evidencia.
- Interés de las dos partes en sus conexiones con los respectivos foros competentes.
- Si el tribunal elegido por el demandante sería más gravoso para el demandado: Si un tribunal determina como verdadero este factor, a menudo es suficiente para desestimar el caso y aceptar la moción del FNC.
- Facilidad de obtención de testigos.
- Exigibilidad del juicio.

b. Factores públicos:

- Si el juicio involucra múltiples conjuntos de leyes, por lo tanto, podría confundir a un jurado (que no es experto en ley).
- Jurados que puedan tener relación con el caso.
- Tener el juicio en un lugar donde rigen las leyes estatales.

2) Prueba de consulta alternativa adecuada:

- a. El demandante debe ofrecer un tribunal alternativo que pueda escuchar el caso.
- b. El tribunal alternativo debe tener la capacidad de proporcionar una demanda adecuada al demandante.

Adicionalmente, el juez, tribunal o corte solo podrá invocar como favorable el FNC, si previamente al análisis expresado anteriormente se encontró que:

- 1) La corte que actualmente lleva el proceso es seriamente inconveniente para la solución del caso
- 2) Existe un tribunal sustancialmente más apropiado o conveniente, que está disponible para la reclamación del demandante, y que este no perderá derechos en ese nuevo foro.

### Casos relevantes

Uno de los casos más reconocidos del FNC es *Piper Aircraft Co. V. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), en el cual, el sobreviviente a un accidente aéreo en Escocia demanda a las compañías productoras del avión en la Corte Suprema de California, Estados Unidos; los demandados solicitan que se rechace la demanda y se mueva el foro para la Corte Suprema de Pensilvania, ya que este es su foro de residencia. La Corte Suprema de apelación utiliza este caso para establecer de manera clara los requisitos de aplicación de FNC, indicando que se debe tener en consideración la localización de los posibles testigos y la evidencia relevante, la existencia de otro foro competente, la favorabilidad de la ley aplicable en el nuevo foro en comparación con el foro no conveniente y las situaciones de políticas públicas.

Otro de los casos más sonados del FNC es *Sinochm International Co. LTD Vs Malaysia International Corp Envio (2007)*<sup>20</sup> en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de America, sostuvo que un tribunal federal puede escuchar y aprobar una sentencia sobre un reclamo de FNC, incluso si ese tribunal no necesariamente tiene jurisdicción sobre el tema. Aquí el tribunal competente sostuvo que, si bien los tribunales generalmente deben considerar la jurisdicción personal y la jurisdicción de materia antes de conocer un caso de fondo, este procedimiento no se aplica necesariamente cuando se consideran cuestiones no limitadas a la ley, y se debe, por la gravedad del caso, tener en cuenta elementos facticos y probatorios diferenciadores.

---

<sup>20</sup> *Sinochm International Co. LTD Vs Malaysia International Corp Envio (2007) Corte Suprema de los Estados Unidos de America.*

Adicionalmente, en el caso *Atlantic Maine Construction CO VS United States District Court for the Western District of Texas*<sup>21</sup>. (2013), la Corte Suprema de Estados Unidos de América aclaró que al otorgar un reclamo de FNC, el tribunal debe tener en cuenta que:

*Para la conveniencia de las partes y los testigos, en interés de la justicia, un tribunal de distrito puede transferir cualquier acción civil a cualquier otro distrito o división donde podría haber sido llevado o a cualquier distrito o división a la que las partes han dado su consentimiento.*

Finalmente, unos ejemplos del cumplimiento de los requisitos previamente mencionados, y destacados en las cortes inglesas se presentaron en dos casos, primero en *St Pieere´s case*, donde el demandado en el proceso inglés, era el demandante en otro proceso en Chile por iguales circunstancias, es decir, el mismo caso, con los mismos hechos, y las mismas partes, estaba siendo llevado en dos lugares del mundo, teniendo estos hechos una mayor cercanía probatoria con Chile, ya que este fue el lugar de ejecución del contrato, por lo que quedarse en la corte inglesa no era procedente; segundo en el caso de *Atlantic Start*, donde el demandado lo era tanto en la corte inglesa como en la corte belga, esto es, el demandante tomo la decisión de presentar demanda tanto en la corte inglesa como en la belga, basado en el hecho de que este demandado era inglés, por lo que consideraba pertinente demandarlo en su domicilio principal, conforme a varios de los principios de DIPr, no obstante, el lugar principal del suceso de los hechos, era Bélgica por lo que la corte inglesa, tomo la decisión de delegar su competencia a una corte Belga<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> *Atlantic Marine Construction CO INC VS United States District Court for the Western District of Texas*, 2013.

<sup>22</sup> *Ibid.* Pag 337.

## Beneficios de la aplicación del *Forum non conveniens*

Existen entonces, diferentes beneficios ante la aplicación de la doctrina del FNC, los cuales permiten afirmar que esta es una doctrina que todavía debe ser usada, al menos de modo excepcional ante los problemas jurisdiccionales que plantea el DIPr. Algunos de estos son:

- I. Economía: Para el caso del FNC es posible establecer que esta es una doctrina que genera varios tipos de mejora en la economía, esta puede ser:
  - A. Economía procesal: La intención del FNC es encontrar un foro más conveniente para la solución del caso, ya que existe un vínculo más estrecho con el suceso factico. Esto genera protección del principio de economía procesal, ya que evita la comisión de la práctica de pruebas, aplazamientos de audiencias basados en difícil acceso a los materiales probatorios, o por el traslado que deben hacer algunas de las partes.
  - B. Economía para las partes: Implica que, al tener un vínculo más estrecho con el suceso, las partes gasten menos recursos en el traslado de pruebas, testigos, peritajes, entre otros, incluso por el simple hecho de contar con más cercanía territorial.
2. Genera un ámbito de protección judicial frente a la aplicación del *forum shopping*<sup>23</sup>: Este, es un fenómeno que consiste en que, aprovechando la presencia internacional de diferentes personas, organismos, corporaciones o multinacionales, presentan una demanda para un caso en concreto en distintos lugares del mundo, dependiendo del caso, donde encuentren una jurisdicción o legislación más favorable a ellos, es decir, eligen el

---

<sup>23</sup> Es un término establecido en el Common Law, que busca definir cuando un demandante debido a sus diferentes ubicaciones territoriales puede escoger entre diferentes jueces, tribunales o cortes, todas competentes para la presentación de una demanda.



foro del caso dependiendo de la conveniencia que encuentren en la legislación de los diferentes países en los que tienen presencia.

Daniel Dorwad en su artículo "*The forum non conveniens doctrine and the judicial protection of multinational corporations from forum shopping plaintiffs*" afirma:

*La doctrina del FNC ha evolucionado para resolver el problema particular generado por el forum shopping, sobre todo en países como Estados Unidos, donde las cortes americanas deberían seguir aplicado dicho FNC con la intención de proteger el sistema judicial de demandas que realmente son del exterior*<sup>24</sup>.

Lo anterior significa entonces que, el FNC es una doctrina que permite a sistemas como el americano, inglés o canadiense protegerse a sí mismos de la congestión judicial, que se da algunas veces a causa de que se presenten demandas en dichos países solo por la velocidad del sistema y la conveniencia legislativa para el demandante, y no porque el caso tenga una verdadera conexión con dicho país.

3. Podría llegarse a decir que se tendrán sentencias más justas, ya que existen varias condiciones, como la inmediación con la que cuenta el juez, tribunal o corte que permiten acceder a las pruebas con mayor facilidad para determinar más allá de toda duda su decisión final.

---

<sup>24</sup> D. Dorwad, *The forum non conveniens doctrine and the judicial protection of multinational corporations from forum shopping plaintiffs*. Pag. 142.

## Críticas al Forum non conveniens

Maggie Gardner en su artículo “*Retiring Forum non conveniens*” aclara cuales son las críticas más fuertes que tiene la aplicación de la figura, y argumenta, que esta debe entrar en un desuso por parte de los jueces, tribunales y cortes en los diferentes países, ya que afirma:

**Perjudica el acceso a la justicia:** quien presenta una demanda, lo hace pensando en elementos que van más allá del simple suceso factico, debido a que, durante la configuración misma de una demanda, se tienen en cuenta elementos como legislación, costumbres, precedente judicial, entre otros, que hacen, que una vez sea modificado el foro seleccionado inicialmente por el demandante. Las “ventajas” si es posible llamarlas así, se conviertan en una desventaja, puesto que el demandante se ve obligado a encajar sus argumentos jurídicos en una legislación para la cual no preparó una demanda, es decir, al momento de tomarse la decisión de presentar una demanda, quien la desarrolla, tiene en cuenta elementos legislativos, facticos, de costumbre o de precedente judicial que usará como argumentos para la defensa de su acción, así las cosas, el demandante se prepara para determinadas condiciones procesales y materiales, que, cuando el foro es cambiado, por uno más conveniente, se convierte en una desventaja para ese demandante, ya que le cambian el contexto con el cual concibió la demanda inicial, lo cual termina perjudicando un acceso transparente a la justicia para ese demandando.

No obstante lo anterior, es posible afirmar que esta es una crítica fácil de superar, si se tiene en cuenta que la modificación del foro se solicita durante la contestación de la demanda, lo que implica, que ese demandando, una vez se dé la aprobación del cambio de foro, está en su derecho de modificar la demanda, y analizar, cuales argumentos son pertinentes agregar o quitar.

Adicionalmente todo caso internacional lleva consigo una mayor carga de trabajo, pues se trata de situaciones que al estar en contacto legislaciones foráneas que le son potencialmente aplicables, el demandante tiene que contar con la asesoría en esas normas, no puede presumirse que siempre la ley aplicable será la del domicilio del demandado por cuanto el DIPr puede establecer otra cosa. De igual forma, una de las condiciones para que se de ese cambio de foro, es el no desfavorecimiento del demandante, es decir, que el demandante no entre en una situación de desventaja en ese nuevo y más conveniente foro, por lo que esta crítica pierde su relevancia.

**No cuenta con elementos universales de aplicación:** es una doctrina que por tratarse de aplicación global debería contar con requisitos establecidos de manera internacional, sin embargo, cada Estado puede aplicarla a su criterio, lo que genera que no exista seguridad jurídica al momento de solicitar su aplicación, ya que no es predecible para las partes, por cuanto no existe un criterio unificado. Realmente, es una doctrina discrecional, lo que genera vacíos en temas de transparencia principalmente para las partes.

El DIPr solo en casos excepcionales como el Tratado de Montevideo de 1889, el Código Bustamante o los Reglamentos de la Unión Europea como Roma I o Bruselas Bis, han sido construcciones convenidas internacionalmente, de hecho ha sido todo lo contrario, la regla general es que las soluciones a los problemas privados internacionales se hayan gestado como consecuencia de desarrollos de derecho interno, especialmente en el ámbito de las cuestiones procesales, como está, dónde la territorialidad absoluta de las normas procesales impide la creación de formulaciones convencionales o transnacionales que transformen una prerrogativa judicial. Pretender una revisión global de la figura no es más que un rezago de las fallidas tesis universalistas que actualmente es imposible predicar.

**Genera conflictos de interés para el juez que debe decidir si aplica o no el FNC:**

Esta es una doctrina, que consideran algunos no cuenta con unos criterios claros de aplicación, ya que en su mayoría dependen de la ponderación subjetiva del juez, lo que genera, para esos críticos al FNC, que se radique en cabeza del juez la posibilidad de generar un desbalance, al encontrarse parcializado por una de las partes, y decidir declararse no competente favoreciendo los intereses del demandado.

No obstante, la aplicación del FNC debe ser perfectamente motivada por el juez, lo que trae por consecuencia que, si este juez se encuentra parcializado, sea lo suficientemente evidente para las partes, y pueda ser apelada, y en consecuencia desvirtuada la decisión a favor del FNC. Adicionalmente, el juez siempre tendrá que ponderar la toma decisiones mientras cumple su función, ya que no existe una tarifa legal o criterios objetivos exactos que lo lleven a decidir sobre determinados casos, es decir, se parte de la base que el juez cuenta con los criterios suficientes para ponderar situaciones y con base a dichas situaciones tomar decisiones, y desvirtuar esta capacidad de toma de decisiones, sería como eliminar la capacidad del juez mismo de cumplir su función de juez, y decir, que este no es más que un simple operador de la ley.

### **Aplicación excepcional del *forum non conveniens***

Como se ha dicho anteriormente, la doctrina del FNC, es un principio que le permite al juez inicialmente competente, declararse como no competente, debido a la existencia de un juez o foro más conveniente. No obstante, esta no es una doctrina que se aplica de manera general, ya que tiene por finalidad, no solo el buscar un foro más conveniente en pro de la justicia y la economía, sino, además, que busca llenar vacíos que el DIPr dejó, en el momento en que fue concebido, lo que lleva a afirmar, que este es una doctrina que es viable como solución, pero a través de una aplicación excepcional.

Es por ello, que se vuelve pertinente explicar ¿qué significa una aplicación excepcional? Esta implica que, cuando el DIPr tenga problemas, que permiten fenómenos como *el forum shopping* o el abuso de una de las partes de su posición dominante en determinado territorio, el FNC deberá ser aplicado, es decir, deberá ser aplicado, no solo cuando se dé el cumplimiento de los requisitos expresados anteriormente, determinados por cada Estado, sino además, cuando la situación privada internacional, así lo amerite, cuando no sea posible un mecanismo diferente a la justicia ordinaria para la solución del conflicto, como lo es el arbitraje internacional, la mediación o incluso la negociación directa.

Lo anterior significa que, por regla general se plantean Mecanismos Alternativos a la Solución de Conflictos (MASC), cuando se está en presencia de un contrato internacional o de una situación privada internacional arbitrable, que son concebidos por la partes desde el inicio de la relación misma, con la finalidad de solucionar cualquier controversia originada en el contrato o en la situación misma, no obstante, existe la posibilidad de que dichos MASC no sean concebidos dentro de la relación internacional, o que estos no sean permitidos por la ley por no

ser arbitrable la cuestión, lo que lleva a las partes, a buscar la justicia ordinaria, en la cual, es posible, una vez se dé el cumplimiento de los requisitos de aplicación del FNC que se aplique la figura, para ese caso en específico.

## Conclusión

Las críticas a la doctrina del FNC pueden ser descartadas a través de los beneficios que plantea la aplicación de la misma doctrina y los problemas del DIPr. No es posible desconocer que la globalización ha generado cambios que el DIPr desde su concepción no pudo prever, y que, en consecuencia, generó problemas procesales, que pueden ser solucionados con la aplicación excepcional del FNC.

Vale la pena destacar de todos ellos, la solución que brinda el FNC al *forum shopping*, y aunque este no es una solución definitiva a dicha circunstancia, ya que siempre existirá la posibilidad, en algunos procesos internacionales, en su mayoría de alta relevancia, que una de las partes, en este caso, el demandante, tenga la posibilidad de seleccionar un foro más conveniente a su posición, debido a la presencia multinacional con que cuenta, o a los hechos mismos del caso, el FNC permite a la contraparte presentar al juez un foro más conveniente, dando prevalencia los principios de justicia y economía, que lleven a equilibrar el proceso, que es una de las finalidades mismas del derecho.

Por otro lado, es innegable que el FNC es una doctrina que requiere de unos requisitos mínimos, para sanear esos defectos de seguridad jurídica planteados por los críticos, requisitos, que ya se encuentran plasmados en las diferentes legislaciones donde se acepta la aplicación del FNC, y que a través de los diferentes mecanismos multilaterales existentes en el mundo en este momento, solo se requiere de una unificación en la materia, y posiblemente, llegar como solución a algunos de los problemas que se presentan en países de tradición romano-germánica. Esto es, a pesar de ser una doctrina existente y probada en varios casos en el Common Law, es una

doctrina poco usada en países de derecho continental, que podría servir como una clara solución a muchos inconvenientes prácticos que surgen en el desarrollo de casos, los cuales son generados por la localización distante de las evidencias del foro competente o por la necesidad que surge para alguna de las partes o ambas partes, de trasladarse a una larga distancia para llegar al foro competente o incluso, para evitar el *forum shopping* en tales países.

Se puede apreciar, a través del FNC la libertad que se concede a los jueces con la finalidad de permitirles llegar a un resultado equitativo, pues no se espera que la aplicación del derecho sea necesariamente una operación de estricta lógica. La obvia desventaja es que se sacrifica la seguridad jurídica a costa de la equidad, pero que, como se dijo anteriormente, es una seguridad jurídica que puede ser mejorada a través de la identificación clara de los requisitos de aplicación.

En conclusión, es una doctrina que se presenta como solución excepcional y que, aunque, puede requerir de una reforma, ya que la buena disposición de cooperar requiere de ajustes legales que respondan a los requerimientos de la época actual, el FNC es una figura que deberá seguir siendo aplicada, ya que además de los argumentos expresados anteriormente, esta busca satisfacer el principio de justicia, el cual es el fin último del derecho.

“Se considera aceptable cierto nivel de incertidumbre con tal de lograr un resultado que el juez considere equitativo”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> González, Rivas. E “La Doctrina del Forum Non Conveniens” (2005) Pag.7



## Bibliografía

- Arzandeh, A. (2017). The origins of the Scottish Forum non Conveniens doctrine. Journal of the Private International Law- University of Bristol.
- Atlantic Marine Construction CO INC VS United States District Court for the Western District of Texas, 12-929 (Supreme Court of United States 9 de octubre de 2013).
- Dorward, D. J. (1998). The Forum non Conveniens doctrine and the judicial protection of multinational corporations from the Forum Shopping Plaintiffs. Pennsylvania: University of Pennsylvania Law School.
- Gardner, M. (2017). Retiring Forum Non Conveniens. University of Melbourne.
- González, Rivas. E “La Doctrina del Forum Non Conveniens” (2005).
- Legal Information Institute. (s.f.). Cornell Law School. Obtenido de Legal Information Institute: [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_non\\_conveniens](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens)
- Londoño, N. R. (noviembre de 2016). El derecho transnacional y la solución de controversias mercantiles internacionales. Tesis doctoral para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad de Zaragoza, España.
- McLachlan., C. (2009). Lis Pendens in International Litigation. Boston: Martinus Nihhoff Publishers.
- Organización de Estados Americanos, Secretaria de Asuntos Jurídicos. (2018). [www.oas.org](http://www.oas.org). Obtenido de Secretaria de Asuntos jurídicos: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho\\_internacional\\_privado.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado.asp)
- Raustiala, K. (2009). Does the Constitution follow the flag? The evolution of territoriality in American Law.

Sinochem International CO LTD VS Malaysia International Shipping CORP, 06-12 (Supreme Court of the United States 5 de marzo de 2007).

Spiro, E. (1980). Forum non conveniens. University of Melbourne.

Vargas, V. P. (2017). Los inconvenientes del Forum Non Conveniens. Costa Rica.