



**DICTAMEN ACERCA DE LA OBLIGACIÓN DEL  
ESTADO ESPAÑOL DE APORTAR LA  
DOCUMENTACIÓN REQUERIDA FRENTE A ÉL EN  
UNA DEMANDA RECONVENCIONAL DERIVADA  
DEL HUNDIMIENTO DEL BUQUE «PRESTIGE»**

Guillermo José SCHUMANN BARRAGÁN

Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Curso: 2014/2015

Trabajo de Fin de Grado

Derecho Procesal

Tutor: Prof. Fernando Gascón Inchausti

Calificación Obtenida: 10

**RESUMEN:** El presente dictamen tiene como objeto dar respuestas y aclarar una serie de cuestiones referentes al proceso seguido por el Reino de España frente a ABS en los EE.UU. en relación con el hundimiento del buque “Prestige”, En concreto se cuestiona la posibilidad del Reino de España de alegar inmunidad de jurisdicción frente a la reconvencción formulada por ABS frente a él, su obligación de aportar una serie de documentos requeridos en fase de *discovery*, los medios de los cuales dispone el juez estadounidense para forzar la aportación de tal documentación y, en el caso de una eventual sentencia condenatoria como consecuencia de la negativa del Reino de España de aportar la documentación requerida, el posible reconocimiento y atribución de fuerza ejecutiva de la sentencia en nuestro país.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Procesal - Inmunidad de jurisdicción – Discovery - Obtención de pruebas en el extranjero - Inmunidades probatorias - Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras - Exequátur.

**KEYWORDS:** Civil Procedure - American Law - Foreign Sovereign Immunities - Discovery - Transnational Discovery – Privileges - Exequatur

## ÍNDICE

### I. Antecedentes de hecho

### II. Objeto

### III. Dictamen

#### 1. Acerca de la Inmunidad de Jurisdicción

A) Concepto, Fundamento, Evolución y Naturaleza de la inmunidad de jurisdicción

B) Regulación normativa

a) Convención de Naciones Unidas de 2004

b) *Foreign Sovereign Immunities Act* de los EE.UU

C) Competencia del *United States District Court for the Southern District of New York* para conocer del litigio

D) Ámbito de la inmunidad de jurisdicción

a) Ámbito subjetivo

b) Ámbito objetivo

- E) Renuncia a la inmunidad de jurisdicción
- F) Reconvención e inmunidad de jurisdicción

## **2. Acerca del llamado “*transnational discovery*”**

- A) Fase de *discovery*
  - a) Naturaleza, Fundamento y Finalidad del *discovery*
  - b) Alcance del *discovery* en las *FRCP*
  - c) Solicitud de aportación de documentos en fase de *discovery*
  - d) Dinámica y práctica judicial del *discovery* en los EE.UU.
  - e) *Privileges*
  - f) *Protective Orders*
  - g) *Motion to compel discovery* y sanciones
- B) Inmunidades probatorias
- C) *Transnational discovery*
  - a) Convenio de la Haya de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil
  - b) Convenio de la Haya de 1970 *versus FRCP*
  - c) *Privileges* reconocidos por un derecho extranjero

## **3. Acerca del reconocimiento y atribución de fuerza ejecutiva a una resolución dictada por un tribunal estadounidense dictada en la condiciones establecidas en la consulta**

- A) Ejecución forzosa y exequátur
- B) Delimitación de regímenes
- C) Régimen interno de exequátur
  - a) Orden Público
- D) Regla *lex fori regit processum*
- E) La regulación del *discovery*, y en concreto las sanciones contenidas en la regla 37 *FRCP*, ¿violan el orden público español en su vertiente procesal?

## **IV. Resumen ejecutivo**

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

Se presenta a continuación un relato con los antecedentes de hecho de mayor relevancia para la elaboración del presente dictamen.

1. El 19 de noviembre de 2002, el buque petrolero “Prestige” se hundió a 140 millas de las costas españolas, vertiendo millones de litros de petróleo y causando en ello una multitud de daños tanto ambientales como económicos.
2. El Reino de España interpuso una demanda ante el *United States District Court for the Southern District of New York* frente a la compañía ABS. Se solicitó en la demanda la condena al pago de daños y perjuicios compensatorios por un valor de 1 000 000 000 dólares, así como el pago de *punitive damages*. Todo ello fundamentado en la culpa de la demandada al atribuir de forma temeraria al buque “Prestige” la calificación de buque apto para el transporte de petróleo y fuel.
3. La multinacional ABS es una entidad sin ánimo de lucro cuyo objeto social principal es la elaboración de reglas y estándares de calidad para la elaboración de buques; así mismo realiza inspecciones y reconocimientos periódicos por medio de los cuales se determina, mediante la emisión del correspondiente certificado, la adecuación del buque objeto de homologación a una serie de estándares de calidad internacionales. Mantiene su sede principal en Houston, Texas, junto con una serie de oficinas ubicadas en puntos estratégicos para su actividad multinacional (Hong Kong, Dubai, Abu Dhabi, etc.). En 1976 ABS firmó un contrato con The Commonwealth of the Bahamas por medio del cual se obligaba a realizar las inspecciones periódicas preceptivas del buque “Prestige” y su adecuación a los estándares de una serie de tratados internacionales.
4. Frente a la demanda formulada por el Reino de España, ABS formuló reconvención. Se solicitó que se declarara a la actora responsable de los daños derivados del hundimiento del buque “Prestige”, así como que se le condenase a indemnizar y/o contribuir a pagar las indemnizaciones a que ABS pueda ser condenada en el futuro por estos mismos hechos. Todo ello fundamentándose en la supuesta negligencia del Reino de España al rechazar la entrada a puerto del buque “Prestige”, la orden a la tripulación del buque de arrancar los motores y alejarse de la costa española, el impedimento de forma injustificada de los intentos de salvamento, así como la omisión de solicitar el debido asesoramiento experto solicitado por el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marina Accidental (entidad dependiente de Salvamento Marítimo).

5. En la fase inicial del proceso ante el *United States District Court for the Southern District of New York*, y en concreto en el llamado “*discovery*”, ABS requirió al Reino de España la aportación de todos aquellos documentos que guardaran relación directa con el hundimiento del “Prestige”. El Reino de España, sin formular objeciones a la petición, aportó algunos documentos que ABS consideró claramente insuficientes.
  
6. ABS reiteró su solicitud de documentación limitándola a correos y archivos electrónicos de aquellos organismos públicos españoles que intervinieron en el hundimiento del buque “Prestige”.

## II. OBJETO

El Gobierno de España por medio de la Abogacía General del Estado adscrita al Ministerio de Justicia solicita la elaboración del presente dictamen jurídico, por medio del cual se pretende que se emita un informe en el que se aclaren las siguientes cuestiones referentes al proceso seguido por el Reino de España ante los EE.UU. frente a la compañía ABS, en relación con el hundimiento del buque “Prestige” ocurrido el 19 de noviembre de 2002:

1. ¿Puede alegar el Estado español inmunidad de jurisdicción frente a la reconvencción formulada por ABS?
2. ¿Está obligado el Estado español a aportar la documentación requerida?
3. En su caso, ¿cómo podría forzar el juez estadounidense su aportación?
4. En el supuesto de que una eventual negativa del Estado español a aportar la documentación requerida trajera consigo una sentencia estimatoria de la reconvencción formulada por ABS, ¿sería posible su ejecución forzosa en nuestro país?

### III. DICTAMEN

#### 1. ACERCA DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Con la primera cuestión se plantea si el Estado español podría alegar inmunidad de jurisdicción frente a la reconvencción formulada por ABS. Para poder ofrecer una respuesta a esta interrogante, antes que nada, es necesario realizar un análisis de la inmunidad de jurisdicción, examinando las características básicas de esta institución.

##### A) *Concepto, Fundamento, Evolución y Naturaleza de la inmunidad de jurisdicción*

1. La inmunidad de jurisdicción es una figura clásica del Derecho Internacional y aceptada por la mayoría de la comunidad internacional. Esta institución trae consigo la imposibilidad de que los tribunales de un Estado puedan asumir competencias y entrar a conocer de un proceso en el que sea parte un Estado extranjero.

2. Múltiples son los fundamentos que explican la razón de ser de la inmunidad de jurisdicción. Si atendemos a los ordenamientos jurídicos de la familia del *common law*, esta tiene su origen en la inmunidad personal del propio rey, expresada por medio del antiguo principio medieval “*the King can do no wrong*”. Se aceptaba la imposibilidad de cometer actos antijurídicos por parte del monarca, así como la imposibilidad de ser enjuiciado por los tribunales del propio Estado cuya legitimidad emanaba de él mismo. Esta prerrogativa de ámbito interno (a su vez fundamento de la actual inviolabilidad del Jefe del Estado) se acabó extendiendo al resto de los monarcas de los Estados aliados y posteriormente a los propios Estados extranjeros.

Podemos encontrar como fundamento de la institución en otras tradiciones jurídicas la idea de territorialidad, por medio de la cual el Estado ostenta el monopolio de la jurisdicción en su territorio, poder que se vería menospreciado o alterado si se admitiera el enjuiciamiento de este por otros Estados soberanos. Así mismo, no es infrecuente encontrar como justificación de la institución en distintos ordenamientos jurídicos la idea de respeto o cortesía (*grace and comity*) por medio de la cual se trata a los demás Estados de una forma “amable”, entendiendo que de entrar a conocer sus órganos jurisdiccionales de un determinado proceso en el cual sea parte otro Estado, esto podría afectar las relaciones bilaterales entre ambos, trayendo consigo consecuencias desfavorables para las relaciones internacionales.

En la actualidad el fundamento y la razón de ser de la Inmunidad de Jurisdicción se encuentra recogida en la máxima “*par in parem imperium non habet*”, por medio de la cual se entiende que un Estado soberano no puede ejercer su función jurisdiccional de forma indiscriminada frente a otro Estado soberano que se halla en relación de igual respecto a aquél. De esta manera se evita el problema que traería para la comunidad internacional la

atribución ilimitada de competencia por parte de los Estados para entrar a conocer de todos aquellos asuntos en los que sea parte un Estado extranjero.<sup>1</sup>

3. En los últimos años hemos vivido un proceso de globalización en el cual los Estados, sujetos con personalidad jurídica y aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones frente a terceros, han participado de manera más o menos intensa en el desarrollo de la economía mundial, interviniendo en el mercado como un operador comercial más, con interés económicos y objetivos concretos. Con esta perspectiva la inmunidad de jurisdicción podría convertirse en un obstáculo para el normal funcionamiento del mercado internacional en tanto en cuanto una empresa privada podría contratar o mantener cualquier tipo de actividad comercial con un Estado, pero en caso de incumplimiento o controversia jurídica, este no podría acudir a los tribunales de otro Estado a recabar la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. Por esta razón la institución de la inmunidad de jurisdicción ha sufrido una importante evolución. Se ha pasado de una concepción absoluta, por medio de la cual toda actividad realizada por el Estado se encontraría excluida de la jurisdicción de otro Estado, a una concepción relativa, en la cual solamente se encontrarían dentro del ámbito de protección de la inmunidad de jurisdicción aquellos actos realizados por el Estado en los que efectivamente se hiciera un ejercicio efectivo de su soberanía estatal.

Regresaremos posteriormente a este extremo con más detenimiento, si bien es una idea que es importante tener en cuenta desde el principio, ya que la gran mayoría de la regulación normativa de esta institución, con excepción de algunos países (v.g. China<sup>2</sup>), se encuentra inspirada en la idea de la teoría relativa de la inmunidad de jurisdicción.

El paso de la teoría absoluta a la teoría relativa se explica atendiendo al fundamento último de la inmunidad de jurisdicción, anteriormente expuesto. Si ésta tiene como razón de ser la soberanía de los Estados y la igualdad de éstos, tiene sentido que solo se encuentren dentro del ámbito de protección de la institución aquellos actos en los que el Estado ejerce tal soberanía, y no el resto.

4. La inmunidad de jurisdicción es una figura que proyecta sus efectos en varios sectores del ordenamiento jurídico, pudiéndose analizar desde una perspectiva de Derecho Internacional Público, de Derecho Administrativo o desde una perspectiva más política como en el ámbito de las relaciones internacionales. En el presente dictamen, atendiendo a los fines que le son propios, abordaremos el estudio de la inmunidad de jurisdicción desde la perspectiva del Derecho Procesal.

---

<sup>1</sup> Véase Gascón Inchausti, Fernando. *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Pamplona, 2008, Editorial Aranzadi, págs. 34-36.

<sup>2</sup> China es uno de los pocos países que en la actualidad aún mantienen la teoría absoluta de la inmunidad de jurisdicción, por lo cual sus órganos jurisdiccionales no entran a conocer en ningún caso de procesos en los cuales sea parte un Estado extranjero.



5. Siguiendo en este punto lo expuesto por la doctrina y en concreto por Gascón Inchausti<sup>3</sup>, la inmunidad de jurisdicción es también una cuestión de índole procesal que condiciona los supuestos en los que un tribunal puede entrar a conocer de un proceso y dictar sentencia resolviendo el fondo del asunto (= *derecho al proceso*), por lo que atendiendo a su naturaleza podemos decir que pertenece al ámbito de los presupuestos procesales que condicionan el derecho subjetivo público que tienen los sujetos de incoar un proceso ante un órgano jurisdiccional concreto.

Debemos recordar que la inmunidad de jurisdicción se definía anteriormente como: “...la imposibilidad de que los tribunales de un Estado puedan asumir competencias y entrar a conocer de un proceso en el que sea parte un Estado extranjero.” Con la anterior definición se puede apreciar la estrecha relación que la institución guarda con la determinación del tribunal competente, pudiendo concluir que nos encontramos ante un presupuesto procesal que condiciona de forma negativa la competencia judicial internacional de un Estado concreto.

6. A los Estados, en el ámbito de su soberanía, les corresponde establecer los supuestos en los cuales sus tribunales se consideraran competentes para conocer de un supuesto concreto, desarrollando de esta manera una función atributiva de competencia (a diferencia de la función distributiva de competencia que realizan algunos tratados internacionales). Según lo dicho anteriormente, la inmunidad de jurisdicción es un presupuesto procesal que funciona como límite a la función atributiva de los Estados (norma excluyente), impidiéndoles ejercer su jurisdicción de forma excesiva.

La inmunidad de jurisdicción “no es algo que afecta a la competencia internacional, sino que es algo que pertenece a la competencia internacional, en la medida en que es un factor que contribuye a definirla”<sup>4</sup>. Conclusión que no se agota únicamente en el ámbito teórico de las categorías doctrinales, sino que tiene una amplia gama de consecuencias prácticas importantes que se proyectarán de forma directa en los razonamientos expuestos en el presente dictamen, especialmente en lo referente a los supuestos de sumisión expresa y tácita atributivos de competencia internacional y la correlativa renuncia a la inmunidad de jurisdicción que se analizará más adelante.

Es importante tener claras dos ideas, que de una manera u otra, afectan a la forma de concebir y regular la institución por los instrumentos normativos que utilizaremos. En primer lugar, la inmunidad de jurisdicción se concibe como una prerrogativa, un privilegio que ostenta el Estado, siendo él el beneficiario último de esta. Lo anterior tiene como consecuencia que nos encontremos ante un proceso en el cual se parta de una desventaja procesal para una de las partes del mismo; con lo cual tenemos que atender siempre a una

---

<sup>3</sup> Gascón Inchausti, Fernando. *Op. cit.* págs. 69-89.

<sup>4</sup> *Cit. Ibidem*, pág. 75.

interpretación de la inmunidad de jurisdicción poniéndola en consonancia y ponderación con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso justo (*right to a fair trial*).

## **B) Regulación normativa**

7. La regulación normativa de la inmunidad de jurisdicción en nuestro ordenamiento jurídico interno es una consecuencia directa de lo dicho anteriormente. Encontramos la referencia a la inmunidad de jurisdicción como una norma limitativa de la competencia internacional en los artículos de la LOPJ en los cuales se indica la extensión y los límites en los que el Estado español se atribuye competencia internacional para incoar un proceso y entrar a conocer sobre el fondo del asunto. Según el artículo 22 de la LOPJ:

“1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.”

Como podemos observar, la norma remite al Derecho Internacional Público para la determinación de los casos en que existe inmunidad de jurisdicción y la amplitud o ámbito de aplicación de la misma.<sup>5</sup>

8. Atendiendo a las fuentes clásicas de Derecho Internacional Público, debemos hacer un análisis de la normativa internacional atendiendo especialmente a aquellos supuestos de inmunidad de jurisdicción contemplados expresamente en convenios multilaterales, así como a la costumbre, fuente reguladora de gran importancia en este sector del ordenamiento jurídico, que a falta de convenio o en el caso de laguna, servirá para dar respuestas jurídicamente correctas al caso concreto.<sup>6</sup>

### **a) Convención de Naciones Unidas de 2004**

9. Tras la recomendación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, un Comité especializado abordó el estudio pormenorizado y la elaboración de un convenio que regulara de forma completa las inmunidades jurisdiccionales de los Estados,

---

<sup>5</sup> De la Oliva Santos, Andrés. *et alii*, *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Madrid, 2012, Editorial Universitaria Ramón Areces, págs. 346-348.

<sup>6</sup> A fecha de elaboración del presente dictamen, se ha presentando al Consejo de Ministros un Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

presentando un texto que tras múltiples negociaciones fue adoptado por la Asamblea General el 2 de diciembre de 2004.

El objetivo principal de esta Convención es el desarrollo y codificación del Derecho Internacional consuetudinario, armonizando la práctica en un ámbito tan importante para las relaciones internacionales como las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. De esta manera se pretende contribuir a la seguridad jurídica, la preeminencia del derecho y el correcto funcionamiento de las relaciones entre éstos y los particulares con los cuales se relacionan.

10. A la fecha de emisión del presente dictamen la Convención aún no ha entrado en vigor al no haber sido ratificada por el número de Estados establecidos en el artículo 30 de la misma<sup>7</sup>. No obstante se hará un especial hincapié en esta, por su innegable valor normativo en cuanto costumbre y amplia aceptación del texto por la comunidad internacional.

**b) *Foreign Sovereign Immunities Act de los EE.UU.***

11. Aunque de forma inusual, existen Estados que, conscientes de la importancia de dar respuestas a esta cuestión, han abordado el tema legislando de forma interna sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. El congreso de los EE.UU. ha legislado aprobando una ley nacional conocida como *FSIA* (incorporada en el *US Code* en los §1602 y ss.) la cual regula esta institución, y todo ello por la necesidad de dar respuesta a problemas prácticos suscitados por la frecuencia de demandas frente a Estados extranjeros que se suscitan ante sus tribunales.

12. Los EE.UU. prácticamente desde su fundación reconocen la inmunidad de jurisdicción a los Estados extranjeros. Esta aparece expresamente recogida y aceptada por primera vez en el año 1812 por el *Chief Justice* Marshall en el caso *Shooner Exchange v. McFaddon*. Existía la idea generalizada de que al ser una cuestión que afectaba de forma directa a la diplomacia y a las relaciones internacionales que el país mantenía con sus socios extranjeros el Poder Judicial no debía inmiscuirse. Por lo que la mayoría de los casos los conflictos referentes a la inmunidad de jurisdicción eran resueltos directamente por el Departamento de Estado.<sup>8</sup>

Durante la mayor parte del siglo XIX y primera mitad del siglo XX los EE.UU. adoptaron la idea de la inmunidad absoluta de la jurisdicción. Esto cambió de forma radical en 1952, año en el cual el Departamento de Estado emitió una carta conocida como “*the Tate letter*” por medio de la cual abandonaba la teoría de la inmunidad absoluta y expresaba su

---

<sup>7</sup> España llevó a cabo la adhesión a la presente Convención el 21 de septiembre de 2011, sin haberla ratificado aún. Los EE.UU., a fecha de emisión del presente Dictamen, no son parte de la Convención.

<sup>8</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo. *La ley norteamericana de inmunidad del estado soberano de 1976*, México, 1986, Editorial Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

voluntad de adoptar a partir de ese momento la teoría relativa de la inmunidad de jurisdicción.

De todos modos, no es hasta 1976 cuando el Congreso promulga la *FSIA*, consciente de la necesidad de regular la institución de forma clara, codificando la práctica llevada a cabo por los tribunales siguiendo las indicaciones del Departamento de Estado hasta el momento.<sup>9</sup>

13. Tanto la *FSIA*, el principal instrumento normativo que se utilizará en el presente dictamen, como la Convención de NU de 2004, que será tratada de forma subsidiaria para aclarar e integrar lagunas del anterior texto, han adoptado la misma técnica legislativa, que consideramos de necesario conocimiento para la comprensión de la cuestión que se nos plantea.

En primer lugar, ambos textos proceden a realizar una delimitación objetiva, estableciendo aquellos actos incluidos dentro de la protección de la inmunidad de jurisdicción, y una delimitación subjetiva, estableciendo los Estados y entes integrantes del mismo que son titulares y beneficiarios de aquélla. Posteriormente se parte de una premisa general de inmunidad, estableciendo seguidamente una serie de excepciones que no se encontrarían dentro del ámbito de protección de la inmunidad de jurisdicción.

### ***C) Competencia del United States District Court for the Southern District of New York para conocer del litigio***

14. Como hemos mencionado anteriormente, la inmunidad de jurisdicción es parte integrante de la competencia judicial internacional, siendo un elemento que la condiciona negativamente. En el sistema estadounidense es concebida “*as a bar to the subject matter jurisdiction*”, lo cual se traduce en la obligación del juez estadounidense de resolver la cuestión antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto.

Aunque en ningún momento se pone en duda la competencia judicial internacional como cuestión a resolver en el presente dictamen, consideramos pertinente tratarla de forma breve en esta sección, al ser considerada antecedente lógico de la inmunidad de jurisdicción y atendiendo a la posible incidencia que pudiera tener para el análisis de la posible ejecución de la sentencia en nuestro país, extremo que será analizado posteriormente.

Por lo tanto, antes de entrar a estudiar a fondo sobre la existencia o no de inmunidad de jurisdicción, se analizará la competencia tanto para conocer de la demanda principal como de la eventual reconvenición que formula la compañía ABS contra el Reino de España.

---

<sup>9</sup> Berger, James E. Sun, Charlene. “Sovereign Immunity: A venerable Concept in Transition?”, *International Litigation Quarterly*, Volume 27, 2011, American Bar Association.

15. El Reglamento 1215/2012 (Bruselas I *bis*) establece como criterio para delimitar su ámbito espacial de aplicación el domicilio del demandado en un Estado miembro de la UE. En el caso que nos ocupa la compañía ABS se encuentra domiciliada en los EE.UU., por lo que no es de aplicación el Reglamento. Sin embargo, consideramos oportuno realizar un análisis basado en la bilateralización de la competencia judicial internacional para valorar si, conforme a nuestro parámetros, resulta razonable la atribución de competencia internacional al *United States District Court for the Southern District of New York*<sup>10</sup>. En primer lugar se establece en el artículo 4 del Reglamento el lugar de domicilio del demandado como foro general de atribución de competencia judicial internacional. Ademas en el artículo 7.2<sup>11</sup> encontramos un foro especial en materia extracontractual, según el cual la competencia corresponde al órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido el daño. El demandante tendrá la posibilidad de presentar la demanda, a su elección, en cualquiera de los dos foros anteriormente citados. Por último, al no encontrarnos ante ningún supuesto de competencia exclusiva contemplada por el Reglamento, concurre así mismo la posibilidad de sumisión tacita (artículo 26)<sup>12</sup>. En cuanto a la reconvencción, el propio Reglamento prevé en su artículo 8º la posibilidad de extender la competencia internacional de un tribunal a todas aquellas cuestión que sean conexas con la acción principal y sea conveniente su tramitación conjunta a efectos de evitar sentencias contradictorias.<sup>13</sup>

Al mismo resultado llegaríamos aplicando el régimen de competencia internacional interno recogido en la LOPJ en lo referente a obligaciones extracontractuales. En primer lugar encontramos la previsión al fuero general del domicilio del demandado. En su artículo 22.3<sup>14</sup> se establece la competencia de los tribunales españoles en el supuesto que el hecho dañoso haya ocurrido en España o el autor del daño o victima tenga su residencia en nuestro país, y así mismo en el artículo 22.2º<sup>15</sup> se acepta expresamente la sumisión tácita de las partes al no encontrarnos ante supuestos de competencia exclusiva.

---

<sup>10</sup> Fernández Rozas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto. *Derecho Internacional Privado*, 7º Edición, 2013, Editorial Aranzadi, págs. 55-116.

<sup>11</sup> Reglamento 1215/2012 art. 7º 2): en materia delictual o cuasi delictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

<sup>12</sup> *Ídem* art. 26: 1. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado.

<sup>13</sup> Reglamento 1215/2012 art. 8º: Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: 3) si se trata de una reconvencción derivada del contrato o hecho en que se fundamente la demanda inicial, ante el órgano jurisdiccional que esté conociendo de esta última.

<sup>14</sup> LOPJ art. 22.3: ...en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tenga su residencia habitual común en España;

<sup>15</sup> *Ídem* art. 22.2: Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

Por lo cual, bilateralizando nuestras normas relativas a la competencia judicial internacional, consideramos razonable la atribución de competencia al *United States District Court for the Southern District of New York* para conocer tanto de la demanda presentada por el Reino de España contra ABS, como de la eventual reconvencción formulada por esta última.

16. En cuanto a los EE.UU. cabe analizar en un primer momento los tribunales que ostentan la competencia objetiva y territorial *-subject-matter jurisdiction and venue-* para conocer del litigio, así como la competencia judicial internacional *-personal jurisdiction-* que nos indicará si el proceso se podrá sustanciar en los EE.UU.

En cuanto a la primera el §1330 del *U.S. Code* otorga jurisdicción para conocer de acciones en las que sea parte un Estado extranjero a los *federal district courts*<sup>16</sup>. En lo referente a la competencia internacional, en el sistema norteamericano se acepta de igual forma la sumisión tácita *-jurisdiction based on consent-* según la cual la doctrina entiende sometida tácitamente a la parte que inicia un proceso ante un tribunal concreto o aquella que se persona en el proceso sin impugnar la competencia del órgano jurisdiccional por los cauces previsto para ellos en el ordenamiento jurídico interno. Así mismo tal sumisión tácita se extenderá al resto de cuestiones esgrimidas en el proceso por las demás partes con conexión directa con la demanda principal (*“by commencing a lawsuit, a nonresident plaintiff will be deemed to have submitted to jurisdiction for purposes of any counterclaims that the defendant may want to assert”*).<sup>17</sup>

17. Dicho lo cual, y sin ánimo de entrar a prejuzgar sobre la procedencia o no de la inmunidad de jurisdicción que se analizará más adelante, al haber presentado el Reino de España la demanda ante los tribunales de los EE.UU. y por consiguiente haberse sometido tácitamente a ellos, así como al estar reconocida la competencia de las tribunales federales para conocer de los procesos en los cuales sea parte un Estado extranjero en el *U.S. Code* §1330, podemos concluir que el tribunal (*United States District Court for the Southern District of New York*) es tanto internacional como objetivamente competente para conocer sobre la reclamación de daños y perjuicios formulada frente a la compañía ABS.

Sobre la reconvencción, de igual manera podemos afirmar, que *a priori* el mismo órgano jurisdiccional sería competente para conocer de la eventual declaración de responsabilidad

---

<sup>16</sup> *U.S. Code* §1330: (a) *The district courts shall have original jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state as defined in section 1603 (a) of this title as to any claim for relief in personam with respect to which the foreign state is not entitled to immunity either under sections 1605–1607 of this title or under any applicable international agreement. (b) Personal jurisdiction over a foreign state shall exist as to every claim for relief over which the district courts have jurisdiction under subsection (a).*

<sup>17</sup> Friedenthal, Jack; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. *Civil Procedure*, 4th edition, 2005, Thomson West, págs. 100-114.

y condena solicitada por la demanda reconveniente frente a la actora reconvenida, al ser una cuestión con conexión directa con la demanda principal.

#### **D) *Ámbito de la inmunidad de jurisdicción***

##### **a) *Ámbito subjetivo***

18. De forma genérica hemos atribuido a lo largo del presente dictamen al Estado la condición de beneficiario “natural” de la inmunidad de jurisdicción. No obstante, en la actualidad el Estados se entiende como un entramado complejo de entidades territoriales, poderes emanados del mismo, organismos públicos dependientes de él o sociedades mercantiles, entre otros. Por lo cual el primer paso es delimitar *ratione personae* cuál es el ámbito de protección de la inmunidad de jurisdicción.

19. En La Convención de NU de 2004, en su artículo 2<sup>18</sup> entiende como Estado los diversos órganos de gobierno del mismo, los elementos constitutivos de un Estado federal y sus subdivisiones políticas, los organismos e instituciones en la medida que estén facultados para realizar actos en ejercicio de la autoridad soberana.

En cuanto a la regulación contenida en la FSIA, en su §1603<sup>19</sup> se entiende así mismo por Estado extranjero cualquier división política o agencia instrumental del mismo por medio de la cual se sirva el primero para llevar a cabo las funciones que le son propias.

Por tanto, podemos afirmar como titular de la inmunidad de jurisdicción tanto al Reino de España como a sus administraciones públicas de tipo institucional, como Salvamento Marítimo, en tanto en cuanto realicen actividades que impliquen un ejercicio directo de la soberanía estatal, como la vigilancia y control de sus aguas internacionales en el caso que nos ocupa.

##### **b) *Ámbito objetivo***

20. Como se ha planteado anteriormente, la figura de la inmunidad de jurisdicción ha sufrido una evolución importante en la gran mayoría de la comunidad internacional, y en

---

<sup>18</sup> Convención NU 2004: Artículo 2 “*Términos empleados* 1. Para los efectos de la presente Convención: b) se entiende por “Estado”: i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno; ii) los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter; iii) los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado.”

<sup>19</sup> U.S. Code §1603 “*For purposes of this chapter—(a) A ‘foreign state’, except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b). (b) An ‘agency or instrumentality of a foreign state’ means any entity— (1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and (2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof.*”

concreto en los EE.UU., pasando de una concepción absoluta a la llamada “teoría relativa” (*restrictive theory*). Por tanto, cabe ahora delimitar su ámbito material, es decir, los actos de los Estados incluidos dentro de la protección de la inmunidad de jurisdicción.

Uno de los criterios tradicionales que se han utilizado (y siguen utilizándose por la gran mayoría de la doctrina) para realizar tal delimitación objetiva es la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*.<sup>20</sup> En los primeros el Estado actúa en el ejercicio de su *imperium*, ejerciendo la soberanía estatal de manera directa en la actividad que realiza; mientras en los segundos el Estado realiza meros actos de administración o gestión, así como actividades comerciales, en las cuales interviene como un sujeto privado.

Teniendo en cuenta, como anteriormente se ha expuesto, que el fundamento de la inmunidad de jurisdicción es la salvaguarda de la soberanía estatal y la igualdad entre los Estados, se venía afirmando de manera tradicional que únicamente se podía esgrimir inmunidad de jurisdicción en los actos *iure imperii*, en los cuales concurría el ejercicio de la soberanía. Y por la misma lógica, al no concurrir el elemento legitimador en los actos *iure gestionis*, se excluían del ámbito de protección de aquel privilegio procesal.

Este criterio diferenciador fue operativo durante mucho tiempo. Sin embargo en un mundo globalizado como el actual, donde el Estado es partícipe de una multitud de relaciones interpuestas de diferente categoría y naturaleza, es difícil poder establecer de forma clara los límites entre ambas categorías. ¿Cuál es el criterio objetivo que debemos atender? ¿Un criterio formal o a la finalidad material que persigue el acto?

Ante los problemas que plantea un sistema como el expuesto en un mundo tan complejo y globalizado como el nuestro, se ha decidido proceder de otra manera con el objetivo de dotar al sistema de claridad y seguridad jurídica las relaciones entre los Estados y los particulares. Como sé mencionó de forma breve anteriormente, los principales instrumentos normativos con los que trabajamos parten de una presunción general de inmunidad, a partir de la cual se establecen una serie de excepciones o supuestos en los cuales, de concurrir en el supuesto concreto, se excluirá el privilegio de oponerse a que los tribunales de un Estado extranjero conozcan del proceso alegando inmunidad de jurisdicción. Por ello es el instrumento normativo el que realiza un análisis *a priori* de los supuestos en los que nos encontraríamos ante un acto *imperii*.

21. La Convención de NU de 2004 declara de forma general la inmunidad de jurisdicción en su artículo 5° A tenor del cual:

“Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención.”

---

<sup>20</sup> Véase Ortega Carcelén, Martín. *Derecho Global*, 1° Edición, Madrid, 2012, Editorial APRYO, págs. 284-288.



Seguidamente se establece en el resto de su articulado una serie de excepciones a esta premisa general, entre las que podemos encontrar transacciones mercantiles, contratos de trabajo, supuestos de participación en sociedades mercantiles, propiedad intelectual e industrial, entre otros.

Debemos recordar, como se expuso en los antecedentes de hecho, que ABS solicita que se declare al Reino de España responsable de los daños derivados del hundimiento del buque “Prestige”, al tiempo que se pretende que se le condene a indemnizar y/o contribuir a pagar las indemnizaciones a que ABS pueda ser condenada en el futuro. Por consiguiente, por su conexión y relación con el objeto del presente dictamen, procede entrar a analizar la excepción referente a lesiones a las personas y daños en los bienes, contenida en el artículo 12º:

“Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.”

Como podemos apreciar, la imposibilidad de alegar la inmunidad está condicionada a que el acto u omisión causante del hecho dañoso haya sido producido en el tercer Estado ante el que se incoa el proceso, o que el autor del mismo se encontrara en el territorio de aquel tercer Estado al momento de producirse la acción u omisión.

Al haberse producido el hecho dañoso en aguas españolas, y dado que se atribuye la acción u omisión de forma directa al Estado español, no se cumplirían los puntos de conexión adicionales que exige el artículo. Y por tanto, no sería de aplicación la excepción a la inmunidad de jurisdicción contenida en la Convención en este punto.

22. La FSIA utilizando la misma técnica normativa, declara en primer lugar como regla general la inmunidad de jurisdicción, establecida en §1604:

*“Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.”<sup>21</sup>*

A continuación se establecen las excepciones a esta regla general, entre las que podemos encontrar aquellas acciones judiciales basadas en una actividad comercial (*action based*

---

<sup>21</sup> Se reconoce el principio de la Inmunidad de los Estados extranjeros para no ser llamados a juicio ante los Tribunales de los EE.UU., salvo las excepciones previstas en las secciones 1605 a 1697 de este capítulo (la traducción es nuestra).

*upon a commercial activity*), cuando se hallen en disputa derechos de propiedad gravados o afectados violando normas de Derecho Internacional Público (artículo pensado para las expropiaciones indiscriminadas e ilícitas internacionalmente), disputa sobre derechos o propiedades adquiridos por sucesión o donación ubicados en los EE.UU. (*rights in property in the United States acquired by succession or gift*) y una excepción tradicional recogida en la mayoría de los instrumentos normativos, la cuestión referente a los buques de Estado (*suit in admiralty*).

Podemos concluir que, al no concurrir ninguna excepción o supuesto especial referente a daños (*tort*), el Estado español gozaría de inmunidad de jurisdicción frente a las pretensiones reconventionales de la compañía ABS.

### **E) Renuncia a la inmunidad de jurisdicción**

23. Se puede llegar a pensar que la inmunidad de jurisdicción solamente resulta operativa en los litigios en los cuales el Estado extranjero ostenta la posición pasiva del proceso, si bien no podemos excluir su aplicación también en los casos en los cuales este ostenta la posición activa (como en el caso que nos ocupa). En estos supuestos podemos encontrarnos con el problema de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción.

Como se ha mencionado anteriormente, la inmunidad de jurisdicción es un privilegio procesal íntimamente ligado a la figura de la competencia judicial internacional, actuando como un límite a esta última, excluyendo los casos en los cuales los órganos jurisdiccionales pueden conocer de aquellos procesos en los cuales es parte un Estado extranjero. Debemos recordar que la competencia internacional es un presupuesto procesal que admite sumisiones expresas y tácitas, así como una dinámica propia que debemos esclarecer hasta qué punto afecta a la inmunidad.<sup>22</sup>

La renuncia a la inmunidad de jurisdicción es un hecho aceptado tanto por la costumbre internacional (recogida principalmente en la Convención de NU de 2004) como por la inmensa mayoría de normas nacionales que legislan sobre la materia. La lógica seguida por estos instrumentos normativos es la siguiente: si aceptamos que la inmunidad de jurisdicción es una prerrogativa por medio de la cual un Estado extranjero tiene el privilegio de poner de manifiesto la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado para conocer de algún proceso en el cual es parte, si este mismo Estado interpone una demanda o interviene en el proceso sometándose tácita o expresamente a los tribunales de ese otro Estado afirmando su competencia, se ha renunciado a este privilegio procesal.

La renuncia a la inmunidad de jurisdicción, como la sumisión a la competencia de un tribunal, puede ser tanto expresa como tácita. Lo relevante es que sea deducible “de un acto por el que el Estado extranjero acepta la jurisdicción de un tribunal”. Siguiendo la teoría de los actos propios, la renuncia trae consigo la imposibilidad del Estado de alegar en un momento ulterior la inmunidad de jurisdicción (*non venire contra factum proprium*).

---

<sup>22</sup> Véase Gascón Inchausti, Fernando. *Op. cit.* págs. 63-64, 169-171.

El proceso lógico ha de seguir analizando cuáles son aquellos actos por los cuales se deduce que un Estado acepta la jurisdicción de un tribunal y por tanto renuncia a su inmunidad jurisdiccional. Consideramos que el hecho de interponer una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado extranjero, como en el caso objeto de dictamen, es un elemento más que considerable para darla por hecho.

24. La Convención de NU lo recoge en su artículo 8. Se establece en él que cabe deducir de manera inequívoca que un Estado que ha iniciado un proceso ante los tribunales de otro Estado, no podrá hacer valer su inmunidad de jurisdicción en ese mismo proceso, dando por entendido que ha renunciado a la misma.<sup>23</sup>

La FSIA regula la renuncia de forma más genérica, estableciendo que un Estado no será inmune ante la jurisdicción de las cortes federales o estatales norteamericanas en el supuesto de que haya renunciado a su inmunidad tanto de manera explícita como implícita.<sup>24</sup> Por tanto, aunque acepta la renuncia expresa y tácita, a diferencia de la Convención de NU, no establece un listado ejemplificativo de aquellos supuestos en los cuales entiende que esta se ha dado.

Se puede llegar a la conclusión que el Reino de España ha renunciado de forma tácita a su inmunidad de jurisdicción al interponer una demanda frente la empresa ABS ante el *United States District Court for the Southern District of New York*, aceptando su competencia internacional. A continuación cabe cuestionarse cuáles son los efectos de esta renuncia, así como el alcance que la misma tiene.

25. La principal consecuencia lógica que tiene la renuncia a la inmunidad de jurisdicción es la imposibilidad de hacer valer la inmunidad de jurisdicción frente a las excepciones materiales esgrimidas por el demandado. Como anteriormente se ha mencionado, es necesario tener siempre presente que la inmunidad de jurisdicción es un prerrogativa del Estado que, en muchos supuestos, choca de manera frontal con la tutela judicial efectiva que tienen los justiciables y el derecho a un proceso justo con todas las garantías (*right to a fair trial*), reconocido expresamente tanto por la Constitución de los EE.UU., como por la corte Inter-Americana de Derechos Humanos. Sería desproporcionado aceptar que un Estado extranjero demandase, sin la posibilidad de que el demandado se defienda con las excepciones materiales que considere oportunas. Otro de los efectos más importantes es la imposibilidad de oponerse a los efectos de cosa juzgada tanto negativos como positivos que se puedan hacer valer, en caso de una eventual sentencia desestimatoria del Estado actor.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Art. 8 Convención de NU: 1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado: a) si él mismo ha incoado ese proceso

<sup>24</sup> *U.S. Code* §1605: (a) *A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case— (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication*

<sup>25</sup> Véase Gascón Inchausti, Fernando. *Op. cit.* págs. 199-212.

Por último, para la eventual incidencia que tendrá la cuestión a lo largo del presente dictamen, es de vital importancia tener claro que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no afectará al resto de inmunidades procesales que tiene un Estado extranjero, en especial lo referente a sus inmunidades en materia probatoria y ejecutiva, cuestión que será analizada posteriormente.

#### **F) Reconvencción e inmunidad de jurisdicción**

26. Como se ha dicho anteriormente, la renuncia operada por el Reino de España al interponer la demanda frente a ABS, le impide alegar inmunidad de jurisdicción frente a las excepciones materiales que pueda interponer esta última. En el caso que nos ocupa, la empresa ABS, lejos de defenderse única y llanamente, esgrime una acción frente al Reino de España pretendiendo, como se indica en los antecedentes de hecho, que se le declare co-responsable de los daños y se le condene al pago de las eventuales indemnizaciones futuras. Cabe cuestionarse si la acción ejercitada por ABS se encuentra dentro del ámbito en el cual es operativa la renuncia, o si por el contrario, el Reino de España puede alegar inmunidad de jurisdicción excluyendo del conocimiento de la acción ejercitada contra él, vía reconvencción, por los tribunales de los EE.UU.

La inmunidad de jurisdicción, como repetidamente se ha venido recalando, es un privilegio procesal del cual se beneficia una parte de proceso, pudiendo generar ciertos desequilibrios o limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte. Por lo tanto, excluir *a priori* toda posibilidad de reconvencción generaría un claro desequilibrio procesal. El Estado se encontraría en una clara “posición privilegiada de ventaja, en virtud de la cual puede atacar pero no ser contraatacado”<sup>26</sup>.

Dicho lo cual, los instrumentos normativos de aplicación en el caso que nos ocupa, conscientes de lo anterior, aceptan la reconvencción formulada por la otra parte, aunque establecen una serie de requisitos o puntos de conexión que esta tiene que tener con la acción principal ejercitada por el Estado actor. De no ser de esta manera, se permitiría que el Estado extranjero al demandar abriera una puerta por medio de la cual se pudiera esgrimir cualquier acción contra él sin posibilidad de alegar inmunidad de jurisdicción, produciendo *de facto* un vaciamiento de la institución.

27. El Convenio de UN de 2004 es suficientemente claro estableciendo en su artículo 9 que ningún Estado podrá hacer valer su inmunidad de jurisdicción frente a una reconvencción basada en la misma relación jurídica o los mismos hechos de la demanda principal, siempre que aquel haya incoado el proceso.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Cit. *Ibidem*, pág 246

<sup>27</sup> Art. 9 Convención de UN “1. Ningún Estado que incoe un proceso ante un tribunal de otro Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en lo concerniente a una reconvencción basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal.”

Es importante poner de manifiesto que el precepto se encuentra inspirado de forma directa en el art 1.2 a) de la ECSI (*European Convention on State Immunity*)<sup>28</sup> por medio del cual se establecía que un Estado contratante que inicie o intervenga en un proceso ante los tribunales de otro Estado contratante no podrá reclamar inmunidad de jurisdicción respecto de ninguna reconvencción que se encontrara basada en la misma relación legal o hechos de la demanda principal. Esto nos sirve para poner de manifiesto que nos encontramos ante un principio aceptado por la gran mayoría de la comunidad internacional, y en concreto, por tratados internacionales en los cuales España es parte.<sup>29</sup>

28. En la FSIA norteamericana nos encontramos con una regulación muy similar en el §1607 en virtud del cual las reconvencciones (*counterclaims*) contra los Estados extranjeros se aceptarán en los supuestos que estas se basen en la misma transacción o supuesto de hecho objeto de la demanda principal.<sup>30</sup>

Encontramos así mismo una regla muy particular, no contenida en el resto de los instrumentos normativos, que es importante conocer por la posibilidad de alegación por la parte contraria. Se permite la reconvencción sin ninguna necesidad de conexión o relación con la demanda principal en los supuestos en que se reclame una cuantía inferior a la pedida por el Estado extranjero en su demanda principal. Por lo que se parte de un criterio meramente cuantitativo en el que se funda la posibilidad de aceptar la reconvencción.

29. Resulta claro pues, qué al fundamentar ABS su reconvencción en los mismos hechos de la demanda principal ocurridos el 19 de noviembre del 2002, el Reino de España no podrá alegar inmunidad de jurisdicción, extendiendo los efectos de la renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción a la acción ejercitada contra él.

### ***Conclusiones***

30. Se pueden sentar así las siguientes conclusiones, en respuesta a las cuestiones planteadas referentes a la inmunidad de jurisdicción.

- Se constata la competencia judicial internacional del *United States District Court for the Southern District of New York* para conocer de la demanda principal presentada por el Reino de España contra ABS, y de la reconvencción formulada por esta última.

---

<sup>28</sup> La *European Convention on State Immunity* es el primero de los textos normativos internacionales que regula detalladamente el régimen de las inmunidades procesales de los Estados. La Convención es fruto de la actividad normativa desarrollada en el seno del Consejo de Europa.

<sup>29</sup> O'Keefe, Roger; Tams, Christian J. *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities Of States And Their Property*, 1º Edición, 2013, Oxford University Press.

<sup>30</sup> *U.S. Code* §1607 “*In any action brought by a foreign state, or in which a foreign state intervenes, in a court of the United States or of a State, the foreign state shall not be accorded immunity with respect to any counterclaim— (b) arising out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the claim of the foreign state; or (c) to the extent that the counterclaim does not seek relief exceeding in amount or differing in kind from that sought by the foreign state*”

- Se pone de manifiesto que, pese a existir inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*, el Reino de España ha renunciado a ella de manera tácita al interponer una demanda frente a ABS en los EE.UU., sometiendo el conocimiento de la controversia al anteriormente citado tribunal.
- Se da la imposibilidad de alegar inmunidad de jurisdicción frente a la reconvencción formulada por ABS, por extenderse a ella los efectos propios de la renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción operada por el Reino de España.

## 2. ACERCA DEL LLAMADO “TRANSNATIONAL DISCOVERY”

Las dos cuestiones siguientes que se plantean vienen referidas a la obligación del Estado español de aportar la documentación requerida por ABS en fase de *discovery*; así como así como a los eventuales medios de que dispone el juez estadounidense para forzar la aportación de tales documentos.

Al situarnos ante una misma fase del proceso estadounidense, consideramos conveniente tratar ambas cuestiones planteadas de forma conjunta.

### A) Fase de *discovery*<sup>31</sup>

#### a) Naturaleza, Fundamento y Finalidad del *discovery*

31. El proceso civil estadounidense se inicia de forma general en el momento en que el actor interpone una demanda (*complaint*) ante el juez que considera competente. Se realiza la citación a la parte contraria, dándole un plazo concreto para contestar a la demanda (*answer*). La confrontación de los escritos de alegaciones de las partes conocidos como *pleadings* fija *a priori* la controversia existente entre las partes y el objeto del proceso.

Hasta este momento, como podemos apreciar, no existe ninguna diferencia sustancial con el desarrollo inicial del proceso de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Sin embargo, tras los *pleadings* de las partes nos encontramos con el *discovery*, una fase totalmente desconocida para nuestro sistema europeo continental, con unas características y peculiaridades muy concretas. Por ello, consideramos necesario antes de entrar de lleno en las cuestiones planteadas, realizar un repaso general de la figura del *discovery*, tratando de entender el papel que tiene en el proceso civil estadounidense, así como las finalidades, los principios y la dinámica que tiene en la práctica judicial de los EE.UU.

32. Con las últimas reformas operadas en las *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>32</sup> el *discovery* ha tomado una importancia indiscutible en el desarrollo del proceso, pasando de

<sup>31</sup> Friedenthal, Jack; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. *Civil Procedure*, 4º Edition, 2005, Editorial Thomson West, págs. 397-455

<sup>32</sup> Las *Federal Rules of Civil Procedure* es el cuerpo normativo que regula el proceso civil en los tribunales federales de distrito en los EE.UU. (*United States district federal courts*).

ser una fase procesal más, a “la piedra angular del sistema procesal estadounidense”. De forma general, podríamos definir el *discovery* como una fase del procedimiento estadounidense por medio de la cual una parte pretende la obtención de pruebas de la parte contraria (“descubrimiento”). Lo que hace peculiar esta fase en el sistema americano, es que esta obtención de pruebas de una parte respecto de la otra se realiza de forma general sin intervención del Tribunal. La mayoría de las veces las peticiones de *discovery* se dirigen de forma directa a la otra parte simplemente requiriéndole para que aporte la documentación que estime oportuna. Así, son los abogados de las partes los que tienen la iniciativa y el papel principal en el desarrollo del *discovery*.<sup>33</sup>

33. La fase del *discovery* tiene como finalidad la fijación de los hechos objeto de controversia entre las partes así como la posibilidad de acceder a los distintos medios de prueba que dispone la parte contraria. Como dijimos anteriormente los *pleadings* suministran únicamente “un esquema general de las cuestiones que integran el proceso”.<sup>34</sup> Es realmente en el *discovery* donde se delimitan con claridad las cuestiones objeto controversia entre las partes, ayudando así mismo a poner de relieve qué pruebas serán pertinentes y necesarias en el juicio. Otra función importante del *discovery* es la posibilidad de preservar información relevante que pudiera no estar disponible posteriormente.<sup>35</sup>

#### b) Alcance del *discovery* en las *FRCP*

34. Una de las características principales del *discovery* es el alcance extremadamente amplio que tiene bajo las normas de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Las peticiones a la otra parte pueden referirse prácticamente a cualquier materia no cubierta por un *privilege* y sobre hechos directa o indirectamente relevantes para las cuestiones definidas en los *pleadings*, a pesar de que no tengan una eficacia probatoria directa sobre el objeto del proceso.

En una reforma operada en el año 2000 en las *FRCP* se ha tratado de limitar el alcance del *discovery* a aquellas cuestiones con relevancia para las alegaciones de las partes.<sup>36</sup> No obstante, la propia jurisprudencia norteamericana ha expresado la dificultad de establecer una línea divisoria que determine *a priori* aquellos hechos con relevancia para las alegaciones de las partes, poniendo de manifiesto la necesidad de evaluar a la luz de las circunstancias de cada caso concreto la procedencia del uso del *discovery*.

35. Existen varios mecanismos mediante los cuales se puede llevar a cabo el *discovery*, destacamos entre ellos las *depositions*, mediante las cuales se interroga a un testigo bajo

---

<sup>33</sup> Geoffrey C, Hazard; Michele, Taruffo. *La justicia civil en los Estados Unidos*, Pamplona, 2006, Editorial Aranzadi, págs. 123-130. (trad. Gascón Inchausti, Fernando.)

<sup>34</sup> *Cit. Ibidem* pág. 126.

<sup>35</sup> Friedenthal, Jack; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. *Op. cit.* págs. 397-399

<sup>36</sup> *FRCP* regla 26 (b)(1): “Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense—including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter.”

juramento sobre información que tenga relación con el proceso; la solicitud de *admission*, que permite a una parte que proponga a la otra parte que reconozca o tenga como ciertos unos hechos concretos; el examen físico o mental de un sujeto y la aportación de documentos o cosas en posesión de la parte contraria. Por su relación con el objeto del presente dictamen analizaremos de forma especial esta última.

**c) Solicitud de aportación de documentos en fase de discovery**

36. El mecanismo por medio del cual se solicita la aportación de documentos a la parte contraria está regulado en la regla 34 de las *FRCP*: de forma general una parte puede solicitar a la otra que aporte cualquier documento que esté bajo su posesión para que lo analice o copie.

La parte que pretenda la aportación de documentos de la otra parte, deberá enviarle una solicitud en la cual describa de forma más o menos concreta qué categoría o tipo de documentos desea inspeccionar, estableciendo el medio, lugar y tiempo para tal inspección. Así mismo, deberá precisar la forma en la cual deberá ser reproducida toda información contenida en soportes electrónicos. La parte cuya documentación se solicita, tendrá 30 días para responder lo que estime pertinente frente a la petición de la otra parte. En la respuesta la parte deberá especificar si acepta el requerimiento o si por el contrario se niega a realizar la aportación de la documentación requerida y cuáles son los argumentos para ello.<sup>37 38</sup>

**d) Dinámica y práctica judicial del discovery en los EE.UU.**

37. Es imposible entender una institución tan compleja y ajena a nuestra cultura jurídica si no atendemos a la dinámica y a la práctica real en los EE.UU. El *discovery* no es una fase más del proceso civil estadounidense, sino que se ha convertido en una verdadera arma de estrategia procesal que puede condicionar el desarrollo del resto del proceso.

---

<sup>37</sup> *FRCP* regla 34: “(a) *In General*. A party may serve on any other party a request within the scope of Rule 26(b): (1) to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample the following items in the responding party’s possession, custody, or control: (A) any designated documents or electronically stored information—including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations—stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form; or (B) any designated tangible things; or (2) to permit entry onto designated land or other property possessed or controlled by the responding party, so that the requesting party may inspect, measure, survey, photograph, test, or sample the property or any designated object or operation on it.”

<sup>38</sup> “(b) *Procedure*. 1) *Contents of the Request*. The request: (A) must describe with reasonable particularity each item or category of items to be inspected; (B) must specify a reasonable time, place, and manner for the inspection and for performing the related acts; and (C) may specify the form or forms in which electronically stored information is to be produced. (2) *Responses and Objections*. (A) *Time to Respond*. The party to whom the request is directed must respond in writing within 30 days after being served. A shorter or longer time may be stipulated to under Rule 29 or be ordered by the court. (B) *Responding to Each Item*. For each item or category, the response must either state that inspection and related activities will be permitted as requested or state an objection to the request, including the reasons. (C) *Objections*. An objection to part of a request must specify the part and permit inspection of the rest.”



38. Las peticiones de *discovery* se realizan entre los abogados de las partes de forma privada. Debemos tener claro que en ocasiones lo que se pretende con el *discovery* es conocer las pruebas de las que dispone la parte contraria, así como solicitar de la otra elementos de prueba que favorezcan nuestras pretensiones. Por ello es usual que una parte no esté de acuerdo con las peticiones de *discovery* de la parte contraria. Generalmente estas discrepancias se resuelven por medio de negociaciones entre los abogados de las partes, mediante las cuales se suele acceder a la petición la otra parte, si esta accede a sí mismo a otra petición que le ha sido formulada. Es importante tener claro que en ocasiones la fase del *discovery* puede generar unos gastos realmente altos. Esto lleva en la práctica una dinámica de estrategia procesal totalmente ajena a nuestro ordenamiento.<sup>39</sup>

39. Como hemos mencionado repetidas veces, en la inmensa mayoría de los casos este proceso de negociación y obtención de pruebas se realiza de forma privada, entendiéndose por esto que no existe ninguna intervención de un Tribunal o cualquier poder público que vigile o dirija el desarrollo del *discovery*. Hay casos en los cuales existe una clara desigualdad entre las partes: en estas situaciones puede utilizarse el *discovery* de una forma ilegítima con la finalidad de generar retrasos y gastos innecesarios que la otra parte no puede asumir o simplemente la negativa injustificada de una parte de aportar cualquier medio de prueba, a pesar de estar obligado a ello. En estos supuestos es posible acudir al Juez para solicitar una resolución en la cual se ordene a la otra parte aportar o acceder a la petición de *discovery* que le ha sido formulada (*motion to compel discovery*), o por el contrario que se solicite del Juez una resolución por medio de la cual se declare que una parte no tiene obligación de acceder a la petición formulada por la parte contraria (*protective order*).

#### e) *Privileges*

40. Antes de entrar a analizar los mecanismos que tienen las partes para recabar el auxilio del Juez en la fase del *discovery* es necesario entender los principales motivos por los cuales una parte puede negarse a aportar un medio de prueba pedido por la otra parte. Generalmente una parte se opondrá a cualquier petición de *discovery* de la parte contraria en los casos en que la solicitud pretenda investigar o poner de relieve elementos completamente irrelevantes para el proceso o cuando la información se encuentre cubierta por un *privilege*.

41. Los *privileges*, como el propio nombre indica, son prerrogativas o “privilegios” por medio de los cuales cierta información se encuentra protegida, no estando obligada una parte a revelarla a otra que así lo requiera en fase del *discovery*. Debemos recordar que las *FRCP* establecen: (*the*) “*Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense*” Con lo cual, los *privileges* se configuran como un límite negativo al alcance general del *discovery* en el sistema procesal norteamericano. Los *privileges* se encuentran reconocidos fundamentalmente en las *Rules of Evidence*, el cuerpo normativo que regula los medios de prueba en el sistema civil y penal en los EE.UU., aunque también existen una serie de *privileges* reconocidos de forma

---

<sup>39</sup> Geoffrey C, Hazard; Michele, Taruffo. *Op. cit.* Págs. 127-130.

dispersa por el ordenamiento jurídico norteamericano.<sup>40</sup> En la práctica es usual que la parte alegue la existencia de un *privilege* siempre que le sea posible.

Entre los principales *privileges* se hallan los siguientes: el *privilege* contra la autoincriminación, se refiere a la posibilidad de negarse a dar respuestas o declaraciones que traigan consigo la autoinculpación de la otra parte<sup>41</sup>; el *privilege* referido a la comunicación entre el abogado y su cliente, que permite negarse a revelar comunicaciones privadas entre ambos; *work product immunity, privilege* que permite negarse a revelar aquellas notas o documentos de trabajo para la preparación del juicio, entre otros.<sup>42</sup>

42. Es importante mencionar, por la posible vinculación que tiene con el caso que nos ocupa, que en los EE.UU. existe un *privilege* del Estado de no revelar aquella información que considere oportuna por motivos de seguridad nacional. Así mismo, en el plano internacional, se reconocen como *privilege* las inmunidades probatorias de los Estados extranjeros, de las cuales profundizaremos más adelante.

#### f) *Protective Orders*

43. En el proceso civil estadounidense el periodo que transcurre desde la interposición de la demanda y la contestación (*pleadings*) hasta la terminación del *discovery* se conoce como fase preliminar (*pretrial phase*). En esta fase pueden surgir una serie de problemas, tanto procesales como de fondo, que se pueden poner de manifiesto ante el Tribunal a través de *motions*.

En lo referente al *discovery*, aunque el proceso de obtención de pruebas se realiza de forma privada entre las partes, estas tienen la posibilidad de acudir al Tribunal para que a través de *motions* ponga solución a alguna controversia surgida en relación con esta actividad.<sup>43</sup>

44. Como hemos mencionado anteriormente, el *discovery* es un arma procesal muy poderosa que en ocasiones se utiliza de forma ilegítima para “desgastar” a la otra parte con peticiones muy amplias o infundadas que pueden conllevar unos gastos inasumibles para la parte más débil. Por todo lo anterior existen las *protective orders*. Cuando una parte considera que la petición es demasiado gravosa, infundada, sin relación alguna con el objeto del proceso, o que la información se halla protegida por un *privilege*, ésta puede acudir al Juez para que declare, mediante resolución judicial, que no tiene la obligación de aportar la información requerida por la otra parte.

45. La regulación concreta está contenida en la regla 26 un de las *FRCP*. En general, cualquier parte que considere como abusiva, desproporcionada o protegida bajo un *privilege* una petición de *discovery* puede acudir al Tribunal que está conociendo del fondo

---

<sup>40</sup> *Rules of Evidence* §§501 y siguientes

<sup>41</sup> En el ordenamiento jurídico estadounidense el derecho a no declarar contra sí también resulta operativo y puede invocarse en la jurisdicción civil.

<sup>42</sup> Geoffrey C, Hazard; Michele, Taruffo. *Op. cit.* Pág. 128

<sup>43</sup> *Ibidem*, pág. 134

del asunto. La petición al Tribunal debe contener la declaración de que la parte actúa de buena fe y que ha tratado de llegar a un acuerdo con la otra parte mediante negociaciones que han resultado infructuosas. Según hemos expuesto más arriba, no existen criterios claros o preestablecidos para dilucidar si nos encontramos ante una petición “abusiva o desproporcionada” de *discovery*, y la jurisprudencia norteamericana ha declarado la necesidad de atender a cada caso concreto, tratando de realizar un examen de proporcionalidad (*balancing*) en el cual se pondere la importancia de la información para el desarrollo del proceso y la onerosidad para la parte frente a la cual se formula la petición de *discovery*.

El Tribunal resolverá lo que estime conveniente y, en caso de otorgar la *protective order*, podrá prohibir directamente la petición de *discovery* dirigida a la parte o limitar su alcance, reduciendo los documentos o información que la parte se encuentra obligada a aportar. En caso de que deniegue la *protective order* solicitada, declarará que la parte se encuentra obligada a aportar la información requerida mediante una resolución judicial conocida como *motion to compel discovery*.<sup>44</sup>

#### **g) Motion to compel discovery y sanciones**

46. Una de las características principales del *discovery* estadounidense es que las partes deben atender a los requerimientos de la otra parte de forma obligatoria (“*mandatory and automatic*”). No es necesario acudir al Tribunal para que determine la obligación de una parte de aportar información o documentación a la otra, esta obligación nace *ope legis*. Es importante poner esto de relieve, ya que aunque existe la posibilidad de acudir al Tribunal para que emita una resolución obligando a la otra parte a cumplir la petición de *discovery*, esto no es lo usual. Normalmente la intención de acudir al juez buscando una *motion to compel discovery* se utiliza como amenaza (pocas veces cumplida) para que la parte requerida cumpla con la petición. Dicho lo cual, es importante tener claro que, aunque existan estos mecanismos para recabar el auxilio judicial, estos son la excepción en la práctica judicial estadounidense.

47. El procedimiento y la forma de solicitar esta orden al tribunal está contenida en la regla 37 de las *FRCP*. De igual modo, el tribunal competente será aquel que conocerá sobre el fondo del asunto. La parte podrá solicitar una *motion to compel discovery* cuando tras haber solicitado en tiempo y forma el requerimiento de *discovery* a la otra parte, esta no responda o se niegue de forma injustificada. Si el Tribunal accede a la petición, emitirá una resolución judicial por medio de la cual ordenará a la parte que acceda a la petición de

---

<sup>44</sup> *FRCP* regla 26: “(c) *Protective Orders.*(1) *In General.* A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending—or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following: (A) forbidding the disclosure or discovery; (B) specifying terms, including time and place, for the disclosure or discovery; (C) prescribing a discovery method other than the one selected by the party seeking discovery; (D) forbidding inquiry into certain matters, or limiting the scope of disclosure or discovery to certain matters;”

*discovery* efectuada por la otra parte. En caso de que deniegue total o parcialmente la *motion to compel discovery* emitirá una *protective order* estableciendo lo que estime oportuno, limitando el ámbito del *discovery* o excluyéndolo directamente.<sup>45</sup>

48. Una vez emitida la *motion to compel discovery* la parte frente a quien va dirigida debe cumplir inmediatamente con la orden del Tribunal en los términos contenidos en la propia resolución judicial. Las *FRCP* contienen una serie de sanciones que el Juez puede imponer a la parte que no cumpla con el requerimiento de *discovery*. Las posibles sanciones (cuya imposición depende del arbitrio del juez) están contenidas en la *Rule 37(b)(2)* entre las que se encuentran las siguientes: la posibilidad de tener como ciertos los hechos que se pretendían probar a través del *discovery*<sup>46</sup>, prohibir a la parte utilizar ciertas defensas o alegaciones en el juicio, limitar el derecho de prueba de la parte en la fase del juicio, no atender a ningún requerimiento de la parte hasta que la orden sea cumplida, o incluso tener por desestimada en todo o en parte la pretensión de la parte que no cumple con la orden. El medio más potente con el que cuenta el Tribunal para forzar el cumplimiento de la petición de *discovery* es el conocido como *contempt of court*.<sup>47</sup> Mediante el *contempt of court* el tribunal puede imponer a la parte una sanción pecuniaria o incluso su privación de libertad. Es un medio que puede ser utilizado tanto en la jurisdicción penal como en la civil, y el objetivo último de esta es constreñir a la parte a que cumpla la orden dada por el Tribunal.<sup>48</sup>

49. Así mismo, como en el caso que nos ocupa, existen supuestos en los cuales una de las partes cumple con los requerimientos de *discovery* hechos por la otra parte, si bien esta última considera que el cumplimiento es defectuoso o incompleto. En estos casos es posible formular una solicitud de suplemento (*supplementing responses*), mediante la cual se pide a la otra parte que cumpla en la forma requerida u ordenada por el Tribunal.<sup>49</sup> De igual

---

<sup>45</sup> *FRCP* regla 37: “(a) *Motion for an order compelling discovery.* (1) *In General.* On notice to other parties and all affected persons, a party may move for an order compelling disclosure or discovery. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with the person or party failing to make disclosure or discovery in an effort to obtain it without court action. (2) *Appropriate Court.* A motion for an order to a party must be made in the court where the action is pending. A motion for an order to a nonparty must be made in the court where the discovery is or will be taken. (3) *Specific Motions.* (B) *To Compel a discovery Response.* A party seeking discovery may move for an order compelling an answer, designation, production, or inspection”

<sup>46</sup> Forzando paralelismos entre el sistema norteamericano y el nuestro, estamos ante lo que podríamos considerar como una *ficta confessio*.

<sup>47</sup> *FRCP* regla 37 “(2) *Sanctions Sought in the District Where the Action Is Pending.* (A) *For Not Obeying a discovery Order.* If a party or a party’s officer, director, or managing agent—or a witness designated under Rule 30(b)(6) or 31(a)(4)—fails to obey an order to provide or permit discovery, including an order under Rule 26(f), 35, or 37(a), the court where the action is pending may issue further just orders. They may include the following: (i) directing that the matters embraced in the order or other designated facts be taken as established for purposes of the action, as the prevailing party claims; (ii) prohibiting the disobedient party from supporting or opposing designated claims or defenses, or from introducing designated matters in evidence; (iii) striking pleadings in whole or in part; (iv) staying further proceedings until the order is obeyed; (v) dismissing the action or proceeding in whole or in part; (vi) rendering a default judgment against the disobedient party; or (vii) treating as contempt of court.”

<sup>48</sup> Geoffrey C, Hazard; Michele, Taruffo. *Op. cit.* pág. 228-229.

<sup>49</sup> *FRCP* regla 26 (e) (1).

modo, frente a este requerimiento de completar información que la otra parte considera insuficientes es posible requerir una *protective order* del Tribunal o una *motion to compel discovery supplement*, con las correspondientes sanciones anteriormente expuestas en caso de incumplimiento.<sup>50</sup>

50. Tras este análisis preliminar de la fase del *discovery* en el procedimiento civil estadounidense, podemos empezar a dar respuestas a algunas de las cuestiones planteadas. Según se desprende de los antecedentes de hecho, ABS realiza una petición de *discovery* al Reino de España requiriéndole que aporte todos aquellos documentos que guarden relación directa con el hundimiento del “Prestige”. El reino de España, sin formular ninguna objeción a esta petición, aporta algunos documentos que ABS considera claramente insuficientes. ABS reitera la solicitud por medio de una *supplementing responses*, si bien limitándola a aquellos correos y archivos electrónicos de los organismos públicos españoles que hayan intervenido en el hundimiento del “Prestige”.

Como hemos mencionado anteriormente, las *FRCP* establecen que las partes deben atender a los requerimientos de la otra parte de forma obligatoria (“*mandatory and automatic*”). El Reino de España únicamente podría eximirse de aportar la documentación requerida poniendo de relieve que ésta no guarda ninguna relación con el objeto del proceso o con las alegaciones de ABS; o probando la existencia de algún *privilege* del cual se beneficie.

En cuanto a la primera opción, se ha puesto de manifiesto que el alcance amplio del *discovery* es una de las características principales de esta institución procesal estadounidense, y en pocas ocasiones un Tribunal accede a limitar el *discovery* a no ser que se aprecie una petición totalmente desproporcionada o arbitraria. En el caso que nos ocupa, consideramos altamente improbable que el Tribunal otorgue una *protective order* limitando el alcance de la solicitud efectuada al Reino de España. Máxime porque *a priori* parece necesaria la aportación de la documentación requerida por ABS para dilucidar si las autoridades españolas han actuado de forma correcta en las tareas de salvamento marítimo del buque “Prestige”. Dicho lo cual, será necesario analizar si existe algún *privilege* o prerrogativa especial de la que se pueda beneficiar el Reino de España, para mantener que no se encuentra obligada a aportar la documentación requerida.

## **B) Inmunidades probatorias**

51. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el Estado es titular de algunos privilegios que pueden desplegar su eficacia en el desarrollo de un procedimiento judicial. Junto a la inmunidad de jurisdicción analizada en la primera de las cuestiones planteadas en este dictamen, existen también una serie de inmunidades en materia probatoria que pueden limitar el poder de los tribunales de un país frente a un Estado extranjero.

Las inmunidades probatorias, como un *privilege*, pueden limitar el alcance del *discovery* y afectar a su desarrollo de una forma u otra. Por esta razón es importante realizar un estudio

---

<sup>50</sup> *FRCP* regla 37 (c) (1).

de esta prerrogativa procesal, para poder concluir si el Reino de España podría beneficiarse de ella.

52. Es importante recordar, como expusimos en el apartado 25 del presente dictamen, que la eventual renuncia a la inmunidad de jurisdicción por parte del Reino de España no implica la renuncia del resto de inmunidades procesales que pudiera tener reconocidas, y en particular las inmunidades en materia probatoria.

53. Las inmunidades probatorias están expresamente reconocidas en el artículo 24.1 de la Convención de UN, según el cual:

“1. El hecho de que un Estado incumpla o rehúse cumplir el requerimiento de un tribunal de otro Estado por el que se le inste a realizar o abstenerse de realizar determinado acto o a presentar cualquier documento o revelar cualquier otra información a los efectos del proceso no tendrá más consecuencias que las que resulten de tal comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se condenará a ninguna multa o pena al Estado que haya incumplido o rehusado cumplir tal requerimiento.”

54. Como se desprende de la literalidad del precepto, el alcance de la inmunidad probatoria es limitado o restringido. Al Tribunal nacional no se le tiene prohibido requerir al Estado extranjero que aporte algún documento o medio de prueba, sino solamente sancionarle por no cumplir tal requerimiento. Sin embargo, es importante destacar que el artículo 24 de la propia Convención de UN establece que la falta de cumplimiento por parte del Estado extranjero del requerimiento efectuado por el Tribunal nacional “no tendrá más consecuencias que las que resulten de tal comportamiento en relación con el fondo del asunto”. Por tanto, el Tribunal podrá “construir presunciones o considerar no levantadas ciertas cargas en perjuicio” del Estado extranjero “con consecuencias que pueden repercutir de manera desfavorable sobre el contenido de la sentencia”.<sup>51</sup>

55. Llevado todo lo anterior a la fase de *discovery* podríamos concluir que el Tribunal podría emitir una *motion to compel discovery* dirigida a un Estado extranjero, estando este último obligado a cumplir la resolución judicial. En caso de no hacerlo, amparándose en la inmunidad probatoria de la cual es titular, al Tribunal nacional no le estaría permitido imponer ninguna sanción o medida coercitiva al Estado extranjero, sin perjuicio de aquellas referentes al fondo del asunto

Como hemos expuesto anteriormente, las sanciones previstas en caso de que una parte no cumpla con la *motion to compel discovery* emitida por el órgano judicial se encuentran comprendidas en la regla 37(b)(2) de las *FRCP*. De todas ellas deberíamos diferenciar aquellas sanciones que al Tribunal le estaría vedado imponer con base en la inmunidad en materia probatoria, y aquellas otras, referentes al fondo del asunto, que podría imponer ante la negativa injustificada del Estado extranjero de cumplir con el requerimiento que le sea efectuado.

---

<sup>51</sup> Véase Gascón Inchausti, Fernando. *Op. cit.* pág. 315-321

56. Atendiendo al fundamento de las inmunidades probatorias y a un correcto equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la prueba de la otra parte, podríamos concluir que al Tribunal le estaría prohibido tener el Estado extranjero bajo *contempt of court*. Sin embargo, en caso de negativa injustificada de cumplir con el requerimiento de aportar la documentación requerida, podría tener como ciertos algunos hechos referentes a la acción que se esté ejercitando, excluir la posibilidad de oponer algunas excepciones materiales o utilizar ciertas alegaciones e incluso tener por desistido al Estado extranjero en todo o en parte de su pretensión.

57. Existe una importante discusión en la jurisprudencia estadounidense acerca de si se puede considerar como renunciado tácitamente un *privilege* o inmunidad en materia probatoria cuando una parte aporta voluntariamente parte de la documentación protegida éstos. Este es un tema abierto que divide tanto a la jurisprudencia como a la doctrina norteamericana. Aunque no entremos de lleno a analizar la posible renuncia por parte del Reino de España de su inmunidad en materia probatoria al haber aportado parte de la documentación requerida por ABS sin mostrar objeción alguna, sí es importante tener presente que existen múltiples casos en los cuales, como el presente, el Tribunal considere que la parte ha renunciado a cualquier prerrogativa de la cual pudiera beneficiarse posteriormente.<sup>52</sup>

58. En definitiva, el Reino de España es titular y podría beneficiarse de la inmunidad en materia probatoria reconocida de forma expresa por la Convención de UN. Sin embargo, esto no le dispensaría de ningún modo de la obligación de cumplir con las resoluciones judiciales del Tribunal y los requerimientos de documentación que le sean efectuados en fase del *discovery* que, en caso de no ser atendidos, podría generar todas aquellas consecuencias negativas para el fondo del asunto contenidas en la *FRCP*.

### **C) *Transnational discovery***

59. Una vez que hemos concluido que el Reino de España se encuentra obligado a aportar la documentación requerida en fase de *discovery* (ya sea por ABS o por el Tribunal a través de una *motion to compel discovery*) y que al Tribunal le está vedada la imposición de cualquier sanción coercitiva al Reino de España para la obtención de la documentación requerida, cabe responder a la tercera cuestión planteada objeto de dictamen. Teniendo en cuenta que los documentos a los que nos referimos se encuentran en el extranjero, y por tanto el Tribunal estadounidense no tiene el *imperium* para ordenar a las autoridades españolas su entrega, cabría preguntarse de qué medios dispone el juez estadounidense para forzar la aportación de los documentos en caso que el Estado insista en la negativa injustificada de aportar de la documentación requerida.

---

<sup>52</sup> *Veasé PaineWebber Group, Inc v. Zinsmeyer Trusts Partnership* 187 F.3d 988 (8th Cir. 1999) y *U.S. v. Philip Morris, Inc*, 449 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2006), *aff'd in part & vacated in part*, 566 F.3d 1095 (D.C. Cir. 2009) (per curiam), *cert. denied*, 561 U.S. \_\_\_, 130 S. Ct. 3501 (2010).

60. Es posible que durante la tramitación de la fase del *discovery* se hagan peticiones a la otra parte en las que se pretenda la obtención de pruebas que se encuentran situadas en el extranjero. El *imperium* del Tribunal se circunscribe al territorio de su jurisdicción nacional, por lo que en estos casos deberá recabar la colaboración de las autoridades nacionales de otro Estado para poder forzar el cumplimiento de los requerimientos efectuados a una de las partes en fase del *discovery* (sean nacionales o extranjeros). Esta situación incorpora un elemento internacional que hace necesario articular los mecanismos necesarios para la obtención transfronteriza de pruebas.

61. La jurisprudencia y la doctrina estadounidense coinciden en entender que ningún aspecto del sistema legal estadounidense crea tanta fricción y problemas en la práctica como la petición de documentos o medios de prueba en el extranjero.<sup>53</sup> Esto solo se explica por las características propias del *discovery*. En nuestro sistema europeo continental la obtención de pruebas es dirigida por el juez que está conociendo del proceso, y la obtención “privada” de pruebas es algo que de forma general no está permitido.<sup>54</sup> Mientras en el *discovery* estadounidense las peticiones de obtención de pruebas pueden ir referidas a prácticamente cualquier hecho, relacionado directa o indirectamente con las alegaciones de las partes, en nuestro ordenamiento jurídico el deber de exhibición de documentos se circunscribe a aquellos hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. Así mismo, mientras en el sistema norteamericano los *privileges*, que eximen a una parte de aportar la documentación requerida, son la excepción y se encuentran expresamente reconocidos, en los ordenamientos jurídicos europeos se ha desarrollado una importante normativa de protección de datos (en materia de datos personales, patentes, marcas, diseños industriales, entre otros.) en la cual una parte se podría amparar para negar la exhibición de documentos o medios de prueba pedidos por la otra parte.

En la concepción norteamericana el *discovery* cumple una función importantísima para la implantación de justicia. El *discovery* permite “desnudar” a la otra parte “haciendo el proceso menos un juego de ciegos y más una contienda justa con las cuestiones básicas y hechos revelados”<sup>55</sup> Por ello, en la mayoría de los casos los tribunales estadounidenses no están dispuestos a limitar o a dispensar a una parte a cumplir con una obligación esencial en su sistema procesal.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> “No aspect of the extension of the American legal system beyond the territorial frontier of the United States has given rise to so much friction as the requests for documents in investigation and litigation in the United States.” *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, Reporter’s Note 1.*

<sup>54</sup> En nuestro sistema procesal, por ejemplo, está reconocido expresamente el deber de exhibición de documentos entre las partes en el art. 328º LEC. Sin embargo, funciona de forma totalmente ajena al *discovery*. De forma general será la parte quien solicite la aportación de documentos a la parte contraria en la audiencia previa, y será el Tribunal el que decida si es pertinente la solicitud efectuada, y en su caso, ordene a la otra parte que acceda a ella.

<sup>55</sup> “Make a trial less a game of blind man’s bluff and more a fair contest with the basic issues and facts disclosed to the fullest practicable extent.” *United States v. Proctor and Gamble Co.*, 356 U.S. 677,682-83 (1958).

<sup>56</sup> Ogden, David W; Rapawy, Sarah. *Transnational Litigation, A Practitioner’s Guide: discovery in Transnational Litigation*, Nueva York, 2008, OUP, págs, 1-12.



Nos encontramos así ante una institución totalmente desconocida y no muy bien vista por nuestro sistema europeo continental, sustentada en unos principios que chocan frontalmente con los nuestros. Es de vital importancia tener presente esta tensión a la hora de dar respuesta a las cuestiones planteadas.

62. Cabe ahora analizar cuáles son los instrumentos normativos de los que dispone el Juez estadounidense tanto para recabar la cooperación de autoridades extranjeras en la obtención transfronteriza de prueba, como para forzar, en su caso, la aportación de la documentación requerida por ABS al Reino de España.

*a) Convenio de la Haya de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil*

63. El principal tratado internacional para la obtención de pruebas en el extranjero es el Convenio de la Haya de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, el cual analizaremos por ser parte tanto el Reino de España como los EE.UU. La propia comisión encargada de elaborar el Convenio expresaba que el objetivo de este era “crear métodos que reconcilien las distintas filosofías del *Civil Law*, *Common Law* y otros sistemas jurídicos” todo ello con respeto a las “doctrinas de soberanía judicial” de los Estados parte.<sup>57</sup>

64. En cuanto al ámbito material y espacial de aplicación, la Convención es aplicada cuando ambas partes tiene su domicilio en Estados miembros y en procesos o actuaciones judiciales en materia civil o mercantil (artículo 1).

65. El Convenio ha establecido una serie de mecanismos para articular la colaboración entre autoridades nacionales para la obtención de pruebas en el extranjero, entre las que se encuentran la obtención de pruebas por funcionarios diplomáticos o consulares (Capítulo II) y las comisiones rogatorias (Capítulo I). Por ser las más usuales en la práctica judicial de ambos países, y por su importancia en el caso que nos ocupa, entraremos a analizar únicamente estas últimas.

66. El Convenio establece la obligación de cada Estado contratante de designar una autoridad central encargada de recibir y tramitar las comisiones rogatorias expedidas por la autoridad judicial de otro Estado contratante (artículo 2). En nuestro país se ha establecido como autoridad central el Ministerio de Justicia, y en concreto la Secretaria General Técnica.

La tramitación de la comisión rogatoria pretende ser un procedimiento sencillo y ágil. El órgano jurisdiccional de un Estado podrá emitir una comisión rogatoria solicitando la

---

<sup>57</sup> *The Hague Convention was intended to provide “methods to reconcile the differing legal philosophies of the Civil Law, Common Law, and other systems,” as well as “methods to satisfy doctrines of judicial sovereignty”*

colaboración a la autoridad central de otro Estado contratante.<sup>58</sup> El contenido que debe incluir la comisión rogatoria se encuentra específicamente establecido en el artículo 3 del Convenio, así como todos los requisitos formales de traducción y legalización necesarios.

La autoridad central del país requerido, remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, que procederá a la ejecución de la comisión rogatoria conforme a las leyes de su propio país. El Estado requirente podrá solicitar que se aplique algún procedimiento especial, siempre y cuando este no sea contrario al ordenamiento jurídico o práctica judicial del Estado requerido (artículo 9).

Para la ejecución de la comisión rogatoria el órgano judicial competente, podrá aplicar los medios coercitivos que considere oportunos para garantizar el cumplimiento de la comisión rogatoria en sus propios términos (artículo 10). Una vez cumplida, la autoridad requerida remitirá a la autoridad requirente los documentos solicitados en la comisión rogatoria (artículo 13).

67. Aunque el Convenio de la Haya de 1970 está pensando en cualquier fase del proceso o actuación judicial, hay una serie de Estados parte, entre ellos el nuestro, que han hecho una reserva al Convenio por medio de la cual no aceptan comisiones rogatorias derivadas de *discovery* de los países del *common law*. Esta posibilidad está reconocida en el artículo 23 del Convenio.<sup>59</sup> Lo anterior pone manifiesto, una vez más, la constante fricción y rechazo de una figura procesal tan peculiar como el *discovery*.

68. Es importante poner de manifiesto que el propio Convenio en su artículo 11 establece que la comisión rogatoria no se ejecutará cuando la persona frente a la cual se pretenda la obtención de pruebas alegue una exención o privilegio que le exima de cumplir con la solicitud. Así mismo el Convenio establece en su artículo 12 que la comisión rogatoria podrá denegarse cuando el Estado requerido estimare que el cumplimiento de esta podría causarle un perjuicio a su soberanía y seguridad nacional.

69. La aplicación de la Convención de la Haya de 1970 por los Tribunales estadounidenses es totalmente dispar. Mientras algunos, aun existiendo la reserva anteriormente mencionada, emiten las comisiones rogatorias solicitando la aportación de documentos en fase del *discovery*, otros consideran la Convención como un mecanismo de colaboración excesivamente burocrático y lento que obstaculizaría el desarrollo normal del *discovery*, por lo cual ni siquiera se plantean aplicarlo.

70. Si tenemos en cuenta que la petición de la comisión rogatoria se tramitará a través del Reino de España (parte en el procedimiento) el cual ya ha rechazado anteriormente

---

<sup>58</sup> Aunque este fue el funcionamiento diseñado por el Convenio, en la práctica el órgano jurisdiccional le remite la comisión rogatoria a la autoridad central de su propio país, y esta será la encargada de remitirla a su vez, a la autoridad central del país del cual se solicita la colaboración.

<sup>59</sup> A la fecha de elaboración del presente dictamen Argentina, Australia, Dinamarca, Alemania, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, Portugal, Sudáfrica, Suecia y nuestro país han hecho esta reserva expresamente.

la solicitud de ABS en fase de *discovery*, y así mismo consideramos la posibilidad del Reino de España de negarse a la aportación de la documentación requerida alegando perjuicio de su soberanía y seguridad como se lo permite el artículo 12 y la posibilidad de alegar una vez más las inmunidades en materia probatoria de las cuales es titular según el artículo 11, sumado al hecho que el Reino de España ha realizado la declaración del artículo 23 por medio de la cual rechaza la solicitud de medidas rogatorias derivadas del *discovery*, podemos adelantar el fracaso que tendría la petición de la documentación a través de la Convenio de la Haya de 1970, y el trámite innecesario que esto supondría para el desarrollo del procedimiento ante el *United States District Court for the Southern District of New York*.

**b) Convenio de la Haya de 1970 versus FRCP<sup>60</sup>**

71. Como hemos puesto de relieve, aunque el Convenio tratara de resolver los distintos criterios y discrepancias que han existido alrededor del *discovery*, esto no ha sido posible. Los primeros años de aplicación de la Convención por parte de los tribunales estadounidenses traía consigo un procedimiento gravoso y largo que en la mayoría de las veces concluía con una *discovery* mucho más limitada, o directamente negando la solicitud requerida las autoridades del Estado extranjero. Por ello muchos Tribunales estadounidenses, que estando plenamente vigente el Convenio y siendo parte los EE.UU., no lo aplicaban. Con lo cual algunos Tribunales consideraban de aplicación la Convención y se atenían al procedimiento contenido en ella y a las respuestas de las autoridades centrales de los demás Estados partes, y otros aplicaban de forma directa las *FRCP*. Esta discrepancia duró en la jurisprudencia norteamericana más de 15 años y no fue resuelta hasta 1987 con la sentencia *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Unites States District Court*,<sup>61, 62</sup>.

En ella el Tribunal Supremo de los EE.UU. niega que la aplicación de la Convención de la Haya sea exclusiva y obligatoria para la obtención de pruebas en fase del *discovery* en el extranjero. Así mismo determina que en ningún modo la firma de la Convención por parte de los EE.UU. modifica las normas internas sobre el *discovery*<sup>63</sup>, estableciendo de esta manera que la Convención no debía aplicarse cuando “comportara una indebida exclusión del *discovery*”. De este modo, legitimaba al Juez a no aplicar la Convención de la Haya de 1970 y aplicar las *FRCP* cuando así lo estimara oportuno.

---

<sup>60</sup> Hon. Brian. M. Cogan, Conflicts in Transnational discovery, *The ABA Section of Business Law Spring Meeting 2007*, Nueva York, 2007, págs. 1-16

<sup>61</sup> 482, U.S. 522, 546, 107 S. Ct. 2542 (1987)

<sup>62</sup> Geoffrey C, Hazard; Michele, Taruffo. *Op. cit.* Pág. 144-145

<sup>63</sup> *The Convention “does not speak in mandatory terms which would purport to describe the procedures for all permissible transnational discovery and exclude all other existing practices. The text of the Evidence Convention itself does not modify the law of any contracting state, require any contracting state to use the Convention procedures, either in requesting evidence or in responding to such requests, or compel any contracting state to change its own evidence-gathering procedures.”*

72. En la práctica judicial estadounidense, la parte que solicita la aportación de documentos que se encuentran en el extranjero intentará que se realice según las reglas de las *FRCP*, mientras que la parte a la que le es requerida la aportación de la citada documentación intentará en todo caso la aplicación por parte del Tribunal de la Convención de la Haya de 1970. Las razones son claras: el alcance del *discovery* en las *FRCP* es significativamente más amplio que aplicando la Convención (pues en la mayoría de las veces se ve limitada por la autoridad del Estado requerido); además en caso de aplicar las *FRCP* tanto la parte que requiere la documentación como aquella a la cual es requerida, podrían solicitar una *motion to compel discovery* o una *protective order*, siendo de aplicación las posibles consecuencias negativas sobre el fondo del asunto contempladas en la regla 37(b)(2).

73. Después de *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Unites States District Court* se incorporaron unas enmiendas a las *FRCP*, a través de la *Section 442 of the Restatement (Third), Foreign Relations Law of the United States*, en la cual profundizaremos más adelante, tratando de paliar este conflicto de aplicación entre ambos instrumentos normativos y homogeneizando la práctica judicial de los Tribunales estadounidenses. A partir de este momento se empieza a consolidar una *praxis* más o menos similar por parte de todos los órganos jurisdiccionales norteamericanos que trataremos de exponer a continuación.

74. A la parte requirente de documentación situada en el extranjero en fase de *discovery*, que pretenda realizar la petición a través de las *FRCP*, se le recomienda involucrar al Tribunal desde el inicio del proceso, presentando una *motion to compel discovery* lo antes posible. El Tribunal, consciente de estar emitiendo una resolución que solicita documentación ubicada en el extranjero, deberá, en la medida de lo posible, emitir una orden más limitada de la que emitiría en el caso de que los documentos se encontraran en los EE.UU.

Así mismo, la parte a la cual se le requiere la aportación de la documentación situada en el extranjero, deberá lo antes posible acudir ante el Tribunal solicitando una *protective order*, poniendo de manifiesto ante el Juez que existen razones más que suficientes para aplicar la Convención de la Haya de 1970.

75. Para decidir si efectuar el *Transnational discovery* según las *FRCP* o la Convención, el Tribunal deberá tener en consideración varios factores, entre ellos: si la petición del *discovery* por medio de las *FRCP* genera una carga excesiva o innecesaria a una de las partes, la disposición y buena fe de estas para contribuir al correcto desarrollo del *discovery*, no pretender utilizar la aplicación de la Convención como un medio de dilación indebida del procedimiento, y en especial los criterios establecidos en la *Section 442 of the Restatement (Third), Foreign Relations Law of the United States*:

“1) *Section © outlines factors for courts to consider in deciding whether to issue an order directing production or information located abroad, and in framing such an order:*

*(a) The importance to the investigation or litigation of the documents or other information requested;*

- (b) *The degree of specificity of the request;*
- (c) *Whether the information originated in the United States;*
- (d) *The availability of alternative means of securing the information; and*
- (e) *The extent to which noncompliance with the request would undermine important interests of the United States, or compliance with the request would undermine important interests of the state where the information is located.”*

El Tribunal deberá realizar una ponderación (*balancing*) teniendo consideración la importancia de la información requerida para el desarrollo del proceso, el grado de especificación de la documentación requerida, si la información requerida fue creada en los EE.UU., la disponibilidad de medios alternativos para obtener la información, y el hecho de que el incumplimiento de la solicitud pudiera menoscabar los interés de los EE.UU. o del Estado donde se halle la información.

Es importante poner de relieve este último criterio referente a los intereses soberanos del tercer Estado donde se encuentre la documentación requerida, por la relación directa que pudiera tener con el caso que nos ocupa, ya que han existido casos<sup>64</sup> en los cuales, con base en este motivo, un Tribunal de los EE.UU. ha decidido realizar la petición de *discovery* a través de la Convención, o emitiendo directamente una *protective order* por medio de la cual se le eximía a la parte de aportar la documentación requerida.

76. Existe una jurisprudencia, no muy asentada en los EE.UU., que sin embargo consideramos de vital importancia tener presente. En *Louis Vouitton Malletier v. Donney & Bourke, Inc.*<sup>65</sup> el Tribunal consideró que aquella parte que ha iniciado un procedimiento ante los Tribunales de los EE.UU. sometiéndose tácitamente a ellos, no podrá oponer ninguna excepción al *American-style discovery*.<sup>66</sup> Esto traería consigo un motivo más para entender que el Reino de España al interponer la demanda ante el *United States District Court for the Southern District of New York* se somete a su jurisdicción estando obligado a cumplir con todas las obligaciones propias de las partes en los EE.UU.<sup>67</sup>

**c) *Privileges reconocidos por un derecho extranjero***<sup>68</sup>

77. Incluso aplicando las *FRCP* hay un extremo al que hay que atender. Recordemos que las *FRCP* determinan el alcance del *discovery* a información de cualquier materia no cubierta por un *privilege* (“*Parties may obtain discovery regarding any non-privileged matter that is relevant to any party’s claim or defense*”). Si el *privilege* es reconocido por el ordenamiento norteamericano no habría ningún problema, el Tribunal emitiría una

---

<sup>64</sup> Siendo el más conocido *Motorola Credit Cop v. Uzan*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 1215 (S.D.N.Y. 2003).

<sup>65</sup> 2006 U.S. Dist. LEXIS 87096, at \*16 (S.D.N.Y. Nov. 30, 2006)

<sup>66</sup> *The documents are within the control of an entity that has chosen to litigate here and that consequently has an obligation to produce responsive documents in its custody or control irrespective of where on the globe they are located.”*

<sup>67</sup> Hon. Brian. M. Cogan, *Opus cit.*, pág. 8

<sup>68</sup> *Íbidem.*, págs. 17-18

*protective order* dispensando a la parte de aportar la documentación requerida, pero si por el contrario, la información es protegida bajo un *privilege* en el país en el que se encuentra, ¿Está obligado a reconocerlo el tribunal estadounidense?

La cuestión adquiere importancia teniendo en cuenta que la documentación solicitada por ABS al Reino de España podría estar protegida por motivos de seguridad nacional en nuestro país y cabría preguntarse si el Juez norteamericano está obligado a reconocer este extremo.

78. Si es de aplicación la Convención debemos recordar que en su artículo 11 establece que no se ejecutará en el país requerido la comisión rogatoria si se alegare una excepción o prohibición de entregar la documentación requerida en ese Estado parte.

79. Aplicando las *FRCP* las cosas no están tan claras. La *Section 442 of the Restatement (Third)* establece que una comunicación considerada bajo *privilege* en el país donde fue realizada, no será objeto de *discovery* en los EE.UU.<sup>69</sup> Así mismo, la *Section 139 of the Restatement (Second) of Conflict of Laws* declara que aunque la ley no lo establezca, deberán aplicarse los *privileges* reconocidos por el Estado con el cual guarde una relación significativa la información requerida<sup>70</sup>. Sin embargo la costumbre judicial nos pone de manifiesto que los Tribunales estadounidenses pocas veces aceptan un *privilege* reconocido por un derecho extranjero.

80. Durante el desarrollo del proceso las partes se encuentran en una relación de sujeción especial respecto al Tribunal. Este tiene “la potestad de dirigir ciertos mandatos a las partes y éstas tienen la carga o el deber de cumplirlos”<sup>71</sup> (*court’s general powers of management*). Como hemos puesto de manifiesto, el ordenamiento jurídico estadounidense otorga un amplio margen de apreciación al Juez nacional para decidir sobre la procedencia y alcance del *discovery* en procesos que ante él se tramiten. Por lo cual, el Reino de España, como parte bajo el poder de dirección del Tribunal, tiene la obligación de cumplir con cualquier decisión judicial referente al *discovery* que, en su caso, ordenará la aportación de la documentación requerida por ABS con todos los efectos y consecuencias contemplados en las *FRCP*.

### **Conclusiones**

81. Se pueden sostener así siguientes conclusiones referentes a la obligación del Reino de España de aportar la documentación requerida por ABS en fase de *discovery*.

- En fase de *discovery* las partes deben atender a los requerimientos de la otra parte de forma obligatoria. Aunque es posible recabar el auxilio judicial en caso de negativa injustificada de alguna de ellas de acceder a la petición efectuada.

---

<sup>69</sup> “communication privileged where made...is not subject to discovery in a United States court”

<sup>70</sup> *the state with the “most significant relationship” with the communications at issue should dictate the law applicable to privilege matters.*

<sup>71</sup> Gascón Inchausti, Fernando *Op. cit.* Pág. 315

- El juez del *United States District Court for the Southern District of New York* podrá ordenar, dentro de la discrecionalidad que le está atribuida, lo que estime oportuno en referencia a los requerimientos de *discovery* de pruebas situadas en el extranjero, estando las partes obligadas a cumplir con lo decidido por el Tribunal en todo momento.
- El Reino de España es titular y podría beneficiarse de la inmunidad en materia probatoria reconocida por la Convención de NU. Sin embargo, esto no le dispensaría en ningún modo de la obligación de cumplir con las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal y los requerimientos de documentación que le sean efectuados en fase del *discovery*, que en caso de no ser atendidos, podría tener todas aquellas consecuencias negativas para el fondo del asunto contenidas en la regla 37 de las *FRCP*

### **3. ACERCA DEL RECONOCIMIENTO Y ATRIBUCIÓN DE FUERZA EJECUTIVA A UNA SENTENCIA DICTADA POR UN TRIBUNAL ESTADOUNIDENSE EN LAS CONDICIONES DESCRITAS EN LA CONSULTA**

Según la conclusión a la que llegamos anteriormente, el Reino de España en el supuesto de no aportar la documentación requerida por ABS, y ordenada posteriormente por el *United States District Court for the Southern District of New York*, estaría sujeto a aquellas sanciones sobre el fondo del asunto contenidas en la regla 37 de las *FRCP*. En el caso de que estas sanciones pudieran conducir a una sentencia estimatoria de la reconvencción formulada por ABS se nos pregunta si sería después posible su ejecución forzosa en nuestro país.

#### **A) Ejecución forzosa y *exequátur***

82. Vivimos en un mundo globalizado en el que es cada vez más común el carácter transfronterizo de los procesos judiciales fruto de la internacionalización de las relaciones jurídicas. En muchas ocasiones las sentencias o resoluciones judiciales fruto de estos procesos pretenden producir efectos más allá de las fronteras del Estado donde fueron dictadas. Por lo tanto, lejos de vivir en ordenamientos jurídicos estancos y aislados, nos desenvolvemos en una sociedad cada vez mas interconectada y compleja jurídicamente en la que es necesario articular los mecanismos oportunos para permitir la continuidad de las relaciones jurídicas en el tiempo y el espacio.

83. La potestad jurisdiccional es atribuida a nuestros Juzgados y Tribunales por el artículo 117.3 de la CE, según el cual les corresponde únicamente a ellos juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La función jurisdiccional está íntimamente ligada a la soberanía del Estado, y por tanto, para que una resolución extranjera despliegue sus efectos en nuestro país será necesario el “consentimiento” de nuestro Estado u órganos jurisdiccionales. Este

“consentimiento” se da a través de tratados internacionales que el Reino de España firma con otros Estados y por medio de un procedimiento especial seguido ante nuestros órganos jurisdiccionales<sup>72</sup>.

A través de estos mecanismos se pretende hacer valer en nuestro país todos aquellos efectos que la resolución extranjera tiene en el Estado en que se dictó. Entre ellos destacan el efecto de cosa juzgada material (positiva o prejudicial y negativa o excluyente), vinculando a las autoridades y órganos jurisdiccionales de nuestro país; y el de eficacia ejecutiva.

84. La legislación y la doctrina mayoritaria distingue entre dos categorías jurídicas diferenciadas: el reconocimiento y la homologación o exequátur. La primera permite que la resolución judicial extranjera despliegue todo los efectos que le son propios, con excepción de su eficacia ejecutiva. La segunda permitiría dotar de fuerza ejecutiva a la resolución judicial extranjera, convirtiéndola en un verdadero título ejecutivo que permitiría iniciar un proceso de ejecución ante nuestros órganos jurisdiccionales.<sup>73</sup>

### **B) Delimitación de regímenes**

85. El artículo 951 de la LEC de 1981<sup>74</sup> establece en primer lugar que las sentencias firmes pronunciadas en el extranjero tendrán la fuerza que establezcan los respectivos tratados internacionales en los que España sea parte. En defecto de tratado internacional será de aplicación el régimen interno contenido en los artículos 952 y siguientes de la citada ley. Por tanto, antes de entrar a analizar la posible ejecución forzosa en nuestro país de la posible sentencia estimatoria de la reconvencción de ABS frente al Reino de España, será necesario determinar cuál es régimen aplicable y el procedimiento necesario para poder homologar una eventual sentencia condenatoria dictada por el *States District Court for the Southern District of New York*, lo que permitiría que esta despliegue su fuerza ejecutiva en nuestro país.

No existiendo tratado internacional con los EE.UU. ni norma internacional en materia de reconocimiento o ejecución que resulte aplicable, deberemos estar a lo dispuesto en el régimen interno contenido en los citados artículos 952 y siguientes de la LEC de 1881.

### **C) Régimen interno de exequátur**

---

<sup>72</sup> Gascón Inchausti, Fernando. *Tutela del crédito y procesos especiales* (Materiales docentes suministrados a través del Campus Virtual de la UCM), Madrid, 2014, págs. 138-139.

<sup>73</sup> Fernández Rozas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto. *Op. cit.* págs. 193-208.

<sup>74</sup> Nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su disposición derogatoria única en su punto tercero la derogación de la antigua LEC de 1881 con excepción de los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, que estarán en vigor hasta la existencia de una Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. Actualmente existe un proyecto de ley en tramitación en la Cortes Generales (BOCG núm. 149-1 del 30 de abril del 2015 págs. 1-35)



86. Según nuestro régimen interno el criterio básico para determinar la homologación de una sentencia extranjera en nuestro país es el criterio de la reciprocidad (artículo 953 LEC 1881) por medio del cual se reconocerán en España solamente aquellas resoluciones judiciales de Estados extranjeros que a su vez, reconozcan resoluciones judiciales españolas en su país. Este régimen trae consigo algunos problemas prácticos, en primer lugar por la imposibilidad real de probar la existencia o no de la reciprocidad, y en segundo lugar por la crítica tanto jurisprudencial como doctrinal que ha tenido el hecho de trasladar al justiciable las consecuencias positivas o negativas de las relaciones bilaterales entre España y el Estado extranjero en cuestión. Por ello, en la práctica, se pasa a analizar directamente la concurrencia de los requisitos contenidos en el artículo 954 de la LEC de 1881, que “es *de facto* el único régimen legal interno en defecto de norma supranacional”.<sup>75</sup>

87. El exequátur es el procedimiento interno de homologación de resoluciones judiciales extranjeras (artículos 954 a 958 LEC 1881). En el procedimiento el tribunal español deberá verificar concurrencia de una serie de requisitos que debe cumplir la resolución extranjera. Si atendemos al tenor literal del citado artículo 954 de la LEC de 1881, las resoluciones judiciales extranjeras podrán ser objeto de homologación en España siempre que reúnan los siguientes requisitos:

“1.<sup>a</sup> Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2.<sup>a</sup> Que no haya sido dictada en rebeldía.

3.<sup>a</sup> Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

4.<sup>a</sup> Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las Leyes españolas requieren para que haga fe en España.”

88. Como pone de manifiesto Gascón Inchausti<sup>76</sup>, a pesar de su tenor literal, los requisitos contenidos en el artículo 954 de la LEC de 1881 han sido objeto de una importante reinterpretación jurisprudencial llevada a cabo principalmente por la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo cual ha permitido adaptar el régimen de la antigua LEC de 1881 al desarrollo actual de la materia, en consonancia con el Derecho de la UE y aquellos convenios internacionales de los que España es parte. Esto ha traído consigo que, siguiendo la jurisprudencia del TS, para pronunciarse sobre el exequátur en España de una resolución extranjera al amparo del régimen legal interno el tribunal español tenga que verificar los siguientes elementos:

“1. Que la resolución sea firme.

---

<sup>75</sup> Gascón Inchausti, Fernando. “Eficacia en España de Sentencias y Transacciones Derivadas del Ejercicio de una *Class Action* en Estados Unidos”, *AFDUA*, no. 16, 2012, pág. 266

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág. 267.

2. Que el tribunal del que procede fuera competente.
3. Que la resolución se haya dictado en ejercicio de una acción personal.
4. Que la resolución no se haya dictado en rebeldía (involuntaria) del demandado.
5. Que la resolución no lesione el orden público español.
6. Que la resolución sea auténtica.
7. Que la resolución no se oponga a otra que ya fuera eficaz en España”

89. Dicho lo cual, una vez que hemos delimitado el régimen aplicable (régimen interno) y determinado el procedimiento a seguir (exequátur), deberemos analizar si una eventual sentencia estimatoria de la reconvencción formulada por ABS cumpliría los requisitos anteriormente mencionados, presupuesto condicional para que se le otorgue el exequátur por un tribunal español, y por tanto, se le dote de fuerza ejecutiva en nuestro país.

90. La cuestión que se nos plantea viene referida específicamente a la posibilidad de ejecutar en España una sentencia condenatoria dictada en los EE.UU. a consecuencia de la imposición de algunas de las sanciones contenidas en la regla 37 de las *FRCP* ante la negativa de alguna de las partes de cumplir con una *motion to compel discovery* ordenada por un tribunal estadounidense. Por esta razón en el presente dictamen nos ceñiremos a analizar únicamente aquellos requisitos que inciden directamente sobre esta cuestión y que consideramos más problemáticos a la hora de la verificación de los requisitos que el tribunal español deberá llevar a cabo para conceder el exequátur.

#### **a) Orden Público**

91. Uno de los principios básicos que rige en los procesos de reconocimiento y homologación en nuestro país es el la prohibición de revisión de fondo de las resoluciones judiciales. Como ha puesto de manifiesto varias veces la Sala Primera del Tribunal Supremo no debemos olvidar que “el procedimiento de exequátur es un procedimiento meramente homologador, cuya finalidad es la de posibilitar los efectos (constitutivos, de cosa juzgada, ejecutivos, entre otros) derivados de la sentencia o resolución extranjera”.<sup>77</sup> Así mismo nuestro máximo intérprete constitucional se ha referido a la cuestión determinando que el “juez del exequátur no opera como una instancia revisora de la decisión judicial extranjera, sino únicamente como una instancia homologadora de aquella”<sup>78</sup>. Dicho lo cual debemos delimitar de forma precisa a que se refiere nuestra ley y jurisprudencia con el concepto de orden público, de manera que se mantenga un correcto equilibrio entre este requisito fundamental y el principio de prohibición de revisión de fondo de la resolución judicial extranjera.

92. Nuestro Tribunal Constitucional tiene una importante jurisprudencia sobre este tema, fruto del desarrollo su doctrina conocida como la violación indirecta de los derechos

---

<sup>77</sup> ATS 20 de Enero del 2004, JUR 2004\54318.

<sup>78</sup> STC 132/1991 de 17 de Junio.

fundamentales. Según esta doctrina, cuando los poderes públicos españoles reconocen, homologan o dan validez a una resolución extranjera, pueden incurrir en una vulneración indirecta de los derechos fundamentales susceptibles de amparo cuando esta, así mismo, pudiera ser lesiva de un derecho fundamental. En estos casos es necesario delimitar aquel contenido vinculante del art. 24 CE que proyecta sus efectos *ad extra* para determinar si ha existido vulneración por parte del órgano jurisdiccional español al reconocer u homologar una resolución extranjera.<sup>79</sup>

93. El orden público actúa como un límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en nuestro país y tiene como finalidad la protección y salvaguarda de los valores de índole social y económica que una sociedad considera como fundamentales. Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado cambiante que, como podemos imaginar, ha experimentado una transformación importante tras la entrada en vigor de la CE de 1978. La doctrina y la jurisprudencia española han distinguido entre orden público procesal y orden público material. El primero se reconduce al respeto de los derechos y garantías propios del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo consagrados en el art. 24 CE. El segundo se refiere a que el contenido en sí de la resolución judicial no sea contrario a los derechos y principios básicos constitucionalmente consagrados.<sup>80</sup>

94. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, es necesario cuestionarse si, ante la negativa de alguna de las partes de aportar la documentación requerida por el órgano jurisdiccional, el hecho de imponer alguna de las sanciones contenidas en la regla 37 de las *FRCP* estadounidense lesiona el orden público español en su vertiente procesal.

Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, nuestro Tribunal Supremo, consciente de la necesidad de actualizar los principios y requisitos contenidos en nuestra LEC de 1881, ha hecho una labor de reinterpretar el régimen interno de exequátur en consonancia con los instrumentos comunitarios referentes en la materia y los principios emanados de la jurisprudencia del TJUE<sup>81</sup>. Por esta razón expondremos brevemente un *leading case* -

---

<sup>79</sup> Entre las resoluciones del TC que reconocen expresamente esta doctrina se encuentra la reciente STC 26/2014 de 13 febrero, conocida como el caso *Melloni*. Aunque este recurso de amparo trae causa de un proceso penal, es de interés su mención en el presente dictamen por analizar la operatividad del orden público y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>80</sup> Gascón Inchausti, Fernando. *Op. cit.* págs. 272-273.

<sup>81</sup> Las instituciones comunitarias han considerado el reconocimiento y homologación de resoluciones judiciales dentro de la UE como un pilar básico para la integración europea. Por esta razón la existencia de múltiples reglamentos e instrumentos normativos comunitarios referentes a esta materia (v.g. Reglamento (UE) No 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reglamento (CE) No 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, entre otros) han servido para que emane del TJUE una rica jurisprudencia. Aunque es importante dejar claro que en el caso que nos ocupa es de aplicación el régimen interno, y no el derecho comunitario, nuestros órganos jurisdiccionales utilizan la jurisprudencia del TJUE como un canon hermenéutico aplicable al derecho interno en materia de reconocimiento y homologación de resoluciones judiciales extranjeras.

*Gambazzi* (C-394/07)- en el cual se desarrolla de forma bastante clara la operatividad del concepto del orden público dentro de la UE. Así mismo resulta de especial interés este asunto por tratar específicamente la cuestión que nos planteamos en el presente dictamen, si la imposición de alguna sanción por la falta de aportación de documentación requerida a una de las partes por un tribunal es contraria al orden público en su vertiente procesal dentro del ámbito comunitario.

95. En el asunto *Gambazzi* (C-394/07) los hechos fueron los siguientes: se presentó una demanda de reclamación de daños y perjuicios por dos empresas canadienses frente al Sr. Gambazzi ante la *High Court of Justice* (Reino Unido). En este procedimiento el tribunal dictó una resolución que, entre otras cosas, ordenaba al demandado que presentase determinados documentos (*disclosure order*) que obraban en su poder y eran relativos al objeto del procedimiento principal. El Sr. Gambazzi no cumplió con las obligaciones impuestas por el tribunal de aportar la documentación requerida y fue apartado del procedimiento, impidiéndole que siguiera participando en éste hasta que cumpliera con las obligaciones impuestas por el tribunal en un plazo determinado (*unless order*). Al no aportar el Sr. Gambazzi la documentación en ese plazo, fue declarado en rebeldía, dictando una sentencia la *High Court of Justice* por medio de la cual se le condenó al pago de una elevada suma de dinero. A instancia de las empresas canadienses demandantes, la *Corte d'appello di Milano* reconoció e instó la ejecución de la resolución extranjera en Italia. Frente a este reconocimiento y ejecución el Sr. Gambazzi interpuso un recurso alegando que las resoluciones de la *High Court of Justice* no podían ser reconocidas en Italia por ser contrarias al orden público, en la medida en que se habían dictado vulnerando el derecho de defensa y el principio de contradicción en el proceso principal.

La *disclosure and inspection of documents* están reguladas en el capítulo 31 de las *Civil Procedure Rules* inglesas.<sup>82</sup> Si atendemos a su finalidad y dinámica podremos encontrar sus similitudes con la figura del *discovery* estadounidense. En primer lugar, las partes deberán “revelar” (*disclosure*) los documentos determinados en la regla 31.6 (referente a la *standard disclosure*). Cada una de las partes tendrá derecho a inspeccionar los documentos revelados por la otra parte [regla 31.2 (1)]. Si una de las partes considera que permitir la inspección de un documento a la otra parte es desproporcionado o impertinente respecto al objeto del proceso, se lo hará saber, expresando sus motivos, a través del *disclosure statement* [regla 31.3(2)(b)]. De forma similar a las *protective orders* en el *discovery* estadounidense, en caso de que una de las partes considere que la revelación de la documentación puede afectar a los intereses generales, podrá acudir al juez solicitando una orden que le permita a retener, o no permitir inspeccionar a la otra parte esa documentación concreta [regla 31.19(1)]. Y del mismo modo a las *motions to compel discovery*, si una de las partes considera que tiene el derecho de que se le revele o permita inspeccionar un documento de la otra parte, podrá

---

<sup>82</sup> Las *Civil Procedure Rules* son el cuerpo normativo que regula las reglas del proceso civil ante la *Court of Appeal*, la *High Court of Justice*, y las *County Courts* en Inglaterra y Gales.

obtener una orden del tribunal donde se declare que tiene derecho al conocimiento de esa documentación, y se ordene a la otra parte a acceder a la petición a ella realizada [regla 31.19(3)].

Sobre esta base, la *Corte d'apello di Milano* planteó al TJUE una cuestión prejudicial por medio de la cual se preguntaba si el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado, que fue excluido del procedimiento principal por no haber cumplido con una serie de obligaciones impuestas por el tribunal, era una violación manifiesta y desproporcionada del derecho de defensa y a ser oído del demandado, y por tanto, contraria al orden público en su vertiente procesal.

El TJUE advierte en primer lugar que no le corresponde a él definir el contenido del concepto de orden público, sino solamente controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto. El Tribunal declara que sólo cabe aplicar la cláusula de orden público en el caso de que el reconocimiento o ejecución de la resolución “choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental”, debiéndose configurar este menoscabo como “una violación manifiesta” de los derechos fundamentales y principios básicos del ordenamiento jurídico estatal.<sup>83</sup> Así mismo recuerda que no cabe concebir los derechos fundamentales (y en concreto el derecho de defensa) como prerrogativas absolutas, sino que estos pueden quedar sujetos a determinadas restricciones que, en todo caso, “deben responder efectivamente a objetivos de interés general”.<sup>84</sup>

Partiendo de estas premisas, el TJUE debe analizar si la exclusión del Sr. Gambazzi del procedimiento principal por no aportar la documentación requerida por la *High Court of Justice* es una restricción justificada al derecho de defensa o, si por el contrario, lesiona frontalmente un derecho fundamental básico para cualquier ordenamiento jurídico como el derecho a la tutela judicial efectiva. En el *iter* de la argumentación jurídica el Tribunal declara que la *disclosure order* en relación con la *unless order* tiene como objeto garantizar la equidad y la eficacia de la administración de justicia, reconociendo que en la mayoría de los Estados europeos se prevén sanciones a aquellas personas que adopten una actitud dilatoria o no cumplan con las ordenes emitidas por un tribunal nacional. Llevando a cabo un juicio de proporcionalidad (*balancing*) el TJUE declara que estas sanciones no son desproporcionadas con relación al objetivo perseguido (garantizar el desarrollo eficaz del procedimiento y la buena administración de justicia), pero que sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional del Estado en el cual se presente la ejecución de la sentencia analizar a la luz de las circunstancias concretas del caso y respecto al procedimiento considerado en

---

<sup>83</sup> TJUE Asunto C-394/07, considerando 27.

<sup>84</sup> *Ibidem* considerando 29.

su conjunto la compatibilidad con el orden público del Estado requerido. Entre los extremos que el Tribunal nacional debe tomar en consideración para realizar este análisis se encuentra la posibilidad del justiciable de ser oído y alegar todos los elementos de hecho y de Derecho que estime oportunos en una fase anterior al procedimiento, así como la necesidad de analizar los medios de impugnación de que disponía frente a la resolución del Tribunal por medio de la cual se le aparta del procedimiento. Estas verificaciones han de servir únicamente para identificar si existe un menoscabo manifiesto y desproporcionado del derecho de defensa y no pueden, en ningún caso, “implicar un control de las apreciaciones de fondo realizadas” por el tribunal del Estado de origen.

96. Por tanto podemos concluir que, según la jurisprudencia emanada del TJUE, la imposición de alguna sanción a una de las partes del proceso por no aportar la documentación requerida por el órgano jurisdiccional no es, *a priori*, una medida contraria al orden público.

#### **D) Regla *lex fori regit processum***

97. No debemos olvidar que, ante todo, la regulación del *discovery* y las sanciones que se imponen en caso de incumplimiento se conciben en los EE.UU. como parte del ordenamiento procesal federal estadounidense.<sup>85</sup> Por tanto, antes de entrar de lleno sobre la verificación de si la homologación de la posible sentencia condenatoria al Reino de España lesiona el orden público español en su vertiente procesal, es importante poner de manifiesto y exponer un principio general del Derecho que nos puede ayudar a clarificar la situación.

98. Los actos procesales, como regla general, se llevan a cabo conforme a la ley del país donde se desarrolló el proceso principal. Esto es una consecuencia directa del principio de la estricta territorialidad de las leyes procesales (*lex fori regit processum*). Este principio, reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, se “sustenta en el principio de territorialidad y en el carácter cuasi-público de las normas procesales” lo que implica que “los distintos actos procesales, y en general todo el desarrollo del proceso, queden regidos por la ley del foro”.<sup>86</sup>

99. A pesar del incremento de la litigación internacional, los jueces nacionales tradicionalmente rechazan instituciones procesales extranjeras por cometer el error de aproximarse a ellas y tratar de concebirlas desde la perspectiva de su propio derecho nacional, desvirtuando por tanto la naturaleza y la función real que cumplen es su ordenamiento jurídico “natural”. Este es un proceso psicológico inconsciente propio del ser

---

<sup>85</sup> Consecuencia directa de esta concepción es la regulación completa del *discovery* en las *Federal Rules of Civil Procedure*, un “código” de contenido eminentemente procesal.

<sup>86</sup> Fernández Rozas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto *Op. cit.* págs. 278-279.

humano conocido como “aculturación” (*acculturation*).<sup>87</sup> Podemos observar como los jueces tienen la tendencia de extrapolar sus categorías e instituciones jurídicas “nacionales” en supuestos de litigación internacional, creyendo que esa solución es la “normal” o más acertada, sin ser conscientes de que, en muchas ocasiones, ante un mismo problema los distintos ordenamientos jurídicos han adoptado soluciones distintas. Es necesario que el jurista sea consciente de esto e intente aproximarse lo más posible a la realidad de la institución que está conociendo, y no rechazarla solamente por ser ajena a su realidad y cultura jurídica.

Por tanto “no es necesario para conceder el reconocimiento verificar si los tribunales españoles habrían llegado a la misma solución que el tribunal extranjero o si esa solución les parece aceptable”<sup>88</sup>, sino ceñirse únicamente a la verificación de si existe “una violación manifiesta” de los derechos fundamentales y principios básicos que sustentan nuestro ordenamiento jurídico.

100. Con lo dicho anteriormente tenemos los elementos necesarios para poder analizar, a la luz de las circunstancias del caso, si una eventual sentencia condenatoria al Reino de España, a consecuencia de su negativa de aportar la documentación requerida por el *States District Court for the Southern District of New York*, lesionaría el orden público español y, por ello, no debería producir efectos en nuestro país.

**E) *La regulación del discovery, y en concreto las sanciones contenidas en la regla 37 FRCP, ¿violan el orden público español en su vertiente procesal?***

101. El *discovery*, como hemos mencionamos a lo largo del presente dictamen, es una institución procesal que pretende la obtención de pruebas de una parte respecto a la parte contraria, preservar información relevante que no pudiera estar disponible posteriormente para el juicio y la fijación de los hechos objeto de controversia entre las partes. Como podemos observar nos encontramos ante una institución totalmente ajena a nuestro ordenamiento jurídico, pero que cumple en su ordenamiento procesal con una serie de finalidades totalmente legítimas.

102. Uno de los mayores rechazos a la figura del *discovery* por parte de los sistemas del *civil law* es el carácter privado de la obtención de pruebas y su alcance extremadamente amplio. En cuanto al primero, como hemos puesto de manifiesto, en caso de desigualdad entre las partes o falta de colaboración por la parte contraria es posible acudir al juez y obtener una adecuada tutela jurisdiccional. En cuanto al segundo de los motivos de rechazo, el carácter amplio del *discovery* es una de las características básicas de esta institución,

---

<sup>87</sup> Strong, Si. Jurisdictional discovery in transnational litigation: extraterritorial effects of United States federal practice, *Journal of Private International Law*, volumen 7, no. 1, 2011, págs. 1-31.

<sup>88</sup> Gascón Inchausti, Fernando. *Op. cit.* pág. 272

fruto de la propia concepción que del proceso civil tiene la sociedad norteamericana; de igual manera que ocurre con el carácter privado de obtención de pruebas por las partes, el alcance amplio del *discovery* se encuentra en cierta medida “matizado” en este caso por la existencia de *privileges* que realizan *a priori* una ponderación entre los fines perseguidos con el *discovery* y la necesidad de mantener en secreto información relevante para alguna de las partes. Por ello, no podemos considerar como contrarias al orden público una serie de características propias de una institución procesal extranjera por el simple hecho de que sean totalmente desconocidas por nuestra cultura jurídica, máxime cuando *a priori* no conllevan una “violación manifiesta” del derecho a la tutela judicial efectiva, de hecho, puede decirse que el *discovery* en los EE.UU. está al servicio del derecho a un proceso justo, por considerarse la obtención de pruebas como un elemento imprescindible de este.

103. Aunque la institución del *discovery* en sí misma no puede considerarse contraria al orden público, la cuestión que sin duda más interrogantes genera es si la serie de sanciones impuestas a una de las partes en caso de no cumplir con la *motion to compel discovery* ordenada por el tribunal conllevan una “violación manifiesta” del orden público español.

Debemos recordar, como expusimos en el apartado 49 del presente dictamen, que las sanciones contenidas en la regla 37 de las *FRCP*, se imponen únicamente en caso de incumplimiento de una resolución judicial (*motion to compel discovery*), tras un incidente mediante el cual las partes pueden alegar todo aquello que estimen oportuno. Por lo cual, en el ordenamiento jurídico estadounidense las sanciones en sede de *discovery* tienen la finalidad de ser un medio más a disposición del tribunal para forzar el cumplimiento de sus resoluciones judiciales, teniendo como objetivo último constreñir a la parte a que cumpla con los requerimientos ordenados por los órganos jurisdiccionales, todo ello en aras de un correcto desarrollo del *discovery*.

Por tanto, aunque es evidente que estas sanciones son una restricción clara al derecho de defensa del justiciable, siguiendo la jurisprudencia emanada del TJUE, consideramos que estas sanciones no son desproporcionadas con relación al objetivo perseguido: garantizar el desarrollo eficaz del procedimiento y la buena administración de justicia.

### ***Conclusiones***

104. Se pueden sentar así la siguiente conclusión, en respuesta a la cuestión planteada referente a la posibilidad de ejecutar en España una eventual sentencia que condene al Reino de España.

- No lesionaría el orden público procesal español la eventual homologación en España de la sentencia dictada en los EE.UU. por el *United States District Court for the Southern District of New York* por la que se condene al Reino de España como consecuencia de la imposición de alguna de las sanciones contenidas en la regla 37



de las *FRCP* por no aportar la documentación requerida por ABS y ordenada por el tribunal.

#### IV. Resumen ejecutivo

105. El presente dictamen tiene como objeto dar respuestas y aclarar una serie de cuestiones referentes al proceso seguido por el Reino de España frente a ABS en los EE.UU. en relación con el hundimiento del buque “Prestige”, En concreto se cuestiona la posibilidad del Reino de España de alegar inmunidad de jurisdicción frente a la reconvencción formulada por ABS frente a él, su obligación de aportar una serie de documentos requeridos en fase de *discovery*, los medios de los cuales dispone el juez estadounidense para forzar la aportación de tal documentación y, en el caso de una eventual sentencia condenatoria como consecuencia de la negativa del Reino de España de aportar la documentación requerida, el posible reconocimiento y atribución de fuerza ejecutiva de la sentencia en nuestro país.

106. Acerca de la primera cuestión referente a la posibilidad del Reino de España de alegar inmunidad de jurisdicción, tras un análisis del concepto, fundamento, evolución y naturaleza de esta institución, llegamos a afirmar que la inmunidad de jurisdicción es un presupuesto que condiciona que los tribunales de un Estado conozcan de un proceso en el que sea parte un Estado extranjero y que, por tanto, debe ser estudiada desde una perspectiva procesal. Posteriormente, tras un examen de la regulación a nivel internacional y nacional, se realiza un análisis *ratione materiae* y *ratione personae* para determinar si el Reino de España es titular de esta prerrogativa procesal. Se llega a la conclusión que, pese a ser titular de la inmunidad de jurisdicción, al haber interpuesto la demanda ante el *United States District Court for the Southern District of New York*, el Reino de España renunció tácitamente a ella. En último lugar se responde a la cuestión principal: sí la acción ejercitada por ABS se encuentra dentro del ámbito en el cual es operativa la renuncia llevada a cabo por el Reino de España o, si por el contrario, éste último puede alegar inmunidad de jurisdicción. Después de una comparativa de la *FSIA* y la Convención de NU de 2004, se llega a la conclusión de que al basarse en los mismos hechos que la demanda principal, el Reino de España no podrá alegar inmunidad de jurisdicción frente a la reconvencción formulada por ABS.

107. En cuanto a la obligación del Reino de España de aportar la documentación requerida en fase de *discovery*, tras un análisis de la operatividad de los *privileges* en las *FRCP* y las inmunidades en materia probatoria de las que es titular el Reino de España, llegamos a la conclusión que estas últimas en ningún modo le dispensarían de cumplir con la obligación de aportar la documentación requerida por el órgano jurisdiccional y que, atendiendo a la naturaleza, fundamento, finalidad y dinámica del *discovery* en los EE.UU., las partes deben atender de forma obligatoria los requerimientos efectuados por la otra parte y, en su caso, por el tribunal de aportar la documentación solicitada.

Acerca de los medios de los cuales dispone el juez del *United States District Court for the Southern District of New York* para forzar la aportación de los documentos por parte del Reino de España, hemos puesto de manifiesto que, pese a ser aplicable el Convenio de la Haya de 1970, la jurisprudencia norteamericana en numerosas ocasiones ha tenido ocasión de señalar que la aplicación de la Convención no es exclusiva y obligatoria para la obtención de pruebas en fase de *discovery* en el extranjero. De esta manera, dentro de la discrecionalidad que le está permitida, el Juez podrá omitir la aplicación de la convención y acudir directamente a las *FRCP*. En la regla 37 (b)(2) de las *FRCP* encontramos el elenco de sanciones que el Juez puede imponer a la parte que no cumpla con los requerimientos efectuadas a ella en fase de *discovery*, forzando de esta manera al Reino de España a aportar la documentación requerida.

108. La última de las cuestiones que se plantean viene referida al posible reconocimiento y atribución de fuerza ejecutiva en nuestro país de una eventual sentencia que condena al Reino de España como consecuencia de la negativa injustificada de aportar la documentación requerida y la imposición por parte del Juez de algunas de las sanciones contenidas en la regla 37 (b)(2) de las *FRCP*. Después de determinar que era de aplicación el régimen interno de exequátur como el procedimiento adecuado para reconocer la eventual sentencia en nuestro país, expusimos cuales eran los requisitos legales y jurisprudenciales que en nuestro ordenamiento jurídico un tribunal español deberá verificar para atribuir de fuerza ejecutiva a la resolución judicial extranjera. Entre estos requisitos prestamos especial interés por la exigencia de no lesionar el orden público español al considerar que, entre todos los demás requisitos, este sería el que mayores dudas generaría al juez español al momento de decidir sobre el reconocimiento de la sentencia del *United States District Court for the Southern District of New York*. Tras analizar la operatividad del orden público, tanto a nivel nacional como comunitario, y la concepción que de este tienen nuestros órganos jurisdiccionales, llegamos a la conclusión que, ateniendo a la naturaleza y finalidad que tienen las sanciones contenidas en la regla 37 (b)(2) de las *FRCP*, el reconocimiento y atribución de fuerza ejecutiva de la eventual sentencia que condene al Reino de España no lesiona el orden público español.

## Bibliografía

Berger, James E. Sun, Charlene. “Sovereign Immunity: A venerable Concept in Transition?”, *International Litigation Quarterly*, Volume 27, 2011, American Bar Association.

Cruz Miramontes, Rodolfo. *La ley norteamericana de inmunidad del estado soberano de 1976*, México, 1986, Editorial Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

De la Oliva Santos, Andrés. *et alii*, *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Madrid, 2012, Editorial Universitaria Ramón Areces.

Fernández Rozas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto. *Derecho Internacional Privado*, 7º Edición, 2013, Editorial Aranzadi.

Friedenthal, Jack; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. *Civil Procedure*, 4th edition, 2005, Thomson

Gascón Inchausti, Fernando. *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Pamplona, 2008, Editorial Aranzadi.

Gascón Inchausti, Fernando. *Tutela del crédito y procesos especiales* (Materiales docentes suministrados a través del Campus Virtual de la UCM), Madrid, 2014.

Gascón Inchausti, Fernando. “Eficacia en España de Sentencias y Transacciones Derivadas del Ejercicio de una *Class Action* en Estados Unidos”, *AFDUA*, no. 16, 2012.

Hazard, Geoffrey C; Taruffo, Michele. *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. F. Gascón Inchausti) Pamplona, 2006, Editorial Aranzadi.

Hon. Brian. M. Cogan, Conflicts in Transnational discovery, *The ABA Section of Business Law Spring Meeting 2007*, Nueva York, 2007.

Ogden, David W; Rapawy, Sarah. *Transnational Litigation, A Practitioner’s Guide: discovery in Transnational Litigation*, Nueva York, 2008, OUP.

Ortega Carcelén, Martín. *Derecho Global*, 1º Edición, Madrid, 2012, Editorial APRYO.

O’Keefe, Roger; Tams, Christian J. *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities Of States And Their Property*, 1º Edición, 2013, Oxford University Press.

Strong, Si. Jurisdictional discovery in transnational litigation: extraterritorial effects of United States federal practice, *Journal of Private International Law*, volumen 7, no. 1, 2011.