

XV. EL FORUM SHOPPING

Venimos hablando en anteriores líneas de esta figura de manera muy somera, es hora de abordarla y darle un tratamiento específico tomando una postura sobre su regulación en el ordenamiento jurídico mexicano.

Cuando se habla del *forum shopping* nos estamos refiriendo simple y llanamente al lugar o foro más conveniente para la presentación de la demanda por el actor. Conveniencia que puede venir motivada por factores bien de fondo o bien procesales.

El origen de esta figura se ubica en la mezcla de tres factores típicos del DIPr, a saber: *a*) la característica de la relatividad de soluciones³⁵⁷ que se predica del DIPr; *b*) la discontinuidad que existe en los supuestos característicos de esta rama; *c*) la falta de comunicación entre los sistemas nacionales en orden a su diseño y configuración.³⁵⁸ En este sentido, afirmamos que el hecho de que la normativa que da respuesta al DIPr en cada Estado sea diferente, conduce a que los resultados que se puedan obtener de la puesta en marcha (presentación de la demanda) y aplicación de unos y otros sea también distinta.³⁵⁹ Así, el hecho de que una situación de tráfico externo pueda conducir a resultados distintos en los Estados implicados, en función de la presentación de la demanda y de la aplicación de una determinada normativa material (*lex fori* o de un tercer Estado), hace que la parte demandante se plantee elegir presentar la

³⁵⁷ Respecto a esta característica, se ha llegado a afirmar que “la “exclusividad” y la “relatividad” del Derecho Internacional Privado produce resultados adversos: 1) crisis de la seguridad jurídica en Derecho Internacional Privado; 2) decisiones claudicantes; y 3) falta de una “continuidad espacial” de las situaciones jurídicas. Como remedios proponen: *a*) Unificación de las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados mediante instrumentos legales internacionales, y *b*) Formulación de criterios generosos de “validez extraterritorial de decisiones”. *Cfr.* Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, nota 6, pp. 7 y 8, y Checa Martínez, M., *op. cit.*, nota 163, pp. 521 y 522.

³⁵⁸ Véase Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 39.

³⁵⁹ *Cfr.* Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, nota 6, p. 6.

demanda en el Estado cuyo resultado final presumiblemente más le convenga. En este sentido, se trata de que el actor esté “a la caza del foro más benéfico” en orden a obtener la aplicación de una normativa material y/o procesal que le sea más favorable a sus intereses.³⁶⁰

Así, el *forum shopping* es un medio para alcanzar un fin, a saber, la aplicación de una norma material y/o procesal que más convenga al actor. De esta forma, queda en manos del demandante la realización de varias y simples operaciones que materialicen una buena estrategia de cara a la obtención de un resultado final: la aplicación de una normativa material y/o procesal más generosa para el actor. Es lo que la doctrina ha denominado como *the most favorable judgement or veredict*.³⁶¹

Obviamente, para que se produzca la posibilidad de realización de dicha elección, es necesaria la acumulación de dos factores: *a*) que todos los tribunales implicados sean igualmente competentes (lo cual se potencia por la contemplación en la normativa material de puntos de conexión de carácter alternativo), y *b*) que los derechos materiales y/o procesales aplicables en los diversos tribunales sean diferentes, abriendo la posibilidad de alcanzar resultados completa o relativamente dispares. De esta forma, y coincidiendo con Weinberg de Roca, “cuando las partes eluden el tribunal competente y eligen otro que aplica el mismo derecho que aquél, nos encontramos con un supuesto de fraude a la ley frustrado, pero no con un supuesto de *forum shopping*”.³⁶²

Por tanto, y al hilo de las afirmaciones anteriores, tres características debemos ofrecer de esta figura: *a*) que la elección del foro recaiga únicamente en el actor; *b*) que se produzca una elección de foro de entre varios competentes, y *c*) que se motiven las anteriores características por la diferencia existente en los ordenamientos jurídicos (norma material y procesal principalmente) de los tribunales implicados. Todo lo anterior conlleva a que el actor alcance una serie de ventajas, bien de naturaleza sustancial (la aplicación de una normativa material que implique una pensión de alimentos más elevada, una mayor indemnización, etcétera) o bien, de naturaleza procesal (celeridad en el procedimiento por la exis-

³⁶⁰ Cfr. Nafziger, J., “Algunas consideraciones acerca de la selección de la Ley, según los Tribunales y Juristas Norteamericanos”, *Jurídica*, vol. II, núm. 13, 1981, p. 1025, y Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, nota 89, p. 4.

³⁶¹ Cfr. Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. 117.

³⁶² Cfr. Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, nota 89, p. 72.

tencia de menores trámites, calidad de los jueces, celeridad en la realización de pruebas y/o medidas cautelares, y, finalmente obtención de un reconocimiento y ejecución extraterritorial de la sentencia a través de un régimen más favorable).³⁶³

Esta selección del foro por el actor ha llevado a que esta figura suscite polémica en cuanto a su aceptación y/o justificación.

Entendemos que las críticas surgen por la posible desprotección, desventaja o falta de consideración en la elección del foro por el demandado. Lo anterior puede llevar a que el demandado se presente ante un foro elegido por el actor que le resulte ciertamente gravoso, sorpresivo, arbitrario o poco vinculado con el supuesto de hecho; en definitiva, que no tenga en cuenta la protección del demandado. Hay quien lo ha calificado como de “írrita especulación”.³⁶⁴ En este tenor, se ha caracterizado como la realización de una serie de operaciones que conllevan la selección de una competencia por conveniencia.³⁶⁵

Por otro lado encontramos a sus defensores o, por decirlo de otro modo, quienes justifican su existencia y utilización. En este sentido encontramos a Checa Martínez quien afirma:

...la búsqueda por el demandante de la competencia judicial internacional de aquellos tribunales que apliquen un mejor derecho para sus pretensiones (*forum shopping*) es un fenómeno suficientemente extendido como opción de estrategia procesal. Si no existe uniformidad en las soluciones de derecho aplicable entre los distintos sistemas de DIPr (armonía de decisiones), el recurso al *forum shopping* debería ser aceptado como una consecuencia natural y no censurable. No ha sido así... Esta conducta es, en principio, tan sólo una optimización de las posibilidades procesales que el demandante tiene a su disposición como consecuencia de la existencia de foros concurrentes y, por tanto, es lícita.³⁶⁶

³⁶³ En parecidos términos se expresa el profesor Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. 117 y Checa Martínez, M., *loc. cit.*, nota 163, pp. 521 y 522.

³⁶⁴ *Cfr.* Boggiano, A., *op. cit.*, nota 52, p. 150. Este autor señala que “el *forum shopping* consiste en la elección unilateral del tribunal que más favorezca la pretensión sustancial del actor. El acuerdo de *prorrogatio fori* suprime radicalmente tan írrita especulación”.

³⁶⁵ Véase Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, pp. 118 y 119.

³⁶⁶ Véase Checa Martínez, M., *loc. cit.*, nota 163, pp. 521 y 522.

De parecidas afirmaciones encontramos a Weinberg de Roca quien señala que “el *forum shopping* es legal y legítimo”.³⁶⁷ Igualmente encontramos a Staelens Guillot quien señala que “el *forum shopping* es una práctica legal, y se diferencia del fraude a la ley ya que en él, el demandante no cambia ningún punto de vinculación para evadir la ley aplicable”.³⁶⁸ Por último, el profesor Fernández Arroyo señala que “la elección del lugar donde se presenta la demanda en función del derecho que se aplicará al fondo de la cuestión es una actitud perfectamente legítima del actor”.³⁶⁹

Nuestra postura respecto a esta figura es sostener que no es buena ni mala de manera general y *apriorística*; por el contrario, se debe observar en cada caso. De esta forma entendemos que el punto de partida para entender esta figura es el denominado “principio de justicia procesal”.³⁷⁰

Varias matizaciones debemos hacer: A) cuando la elección por el actor es hacia un foro poco vinculado y de proximidad poco razonable con el objetivo de obtener para sí ventajas sustantivas y/o procesales, debe actuar un correctivo sobre dicha figura; B) cuando la elección de un foro implique graves desigualdades procesales entre las partes, sin protección ni garantías procesales para el demandado, debe considerarse la alegación de un correctivo para dicha figura. En este sentido se ha pronunciado un autor chileno al sostener:

...si el *forum shopping* sólo busca una optimización de las posibilidades a disposición de las partes por existir varios foros concurrentes, nadie cuestiona su licitud, como una manifestación de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, si la selección de un foro de conveniencia vulnera la justicia procesal y crea una situación de desigualdad entre las partes, su licitud resulta cuestionable.³⁷¹

C) Si la elección de foro representa un perjuicio para el demandado, por tratarse de un foro que le sorprende, que le toma desprevenido, sin

³⁶⁷ Cfr. Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, nota 89, p. 72.

³⁶⁸ Cfr. Staelens Guillot, P., *loc. cit.*, nota 346, p. 174.

³⁶⁹ Fernández Arroyo, D. P. (coord.), *op. cit.*, nota 34, pp. 160 y 161, quien afirma, parafraseando al profesor Friedrich K. Juenger que “el abogado de un caso de DIPr que no opere de esta manera sería pasible de un juicio por *mala praxis*”.

³⁷⁰ Véase Checa Martínez, M., *loc. cit.*, nota 163, pp. 521 y 522.

³⁷¹ Véase Romero Seguel, A., *op. cit.*, nota 28, p. 187.

previsión alguna y le impone condiciones a las partes en claro desequilibrio procesal, debe impedirse la materialización de esta figura.

Ahora bien, si el *forum shopping* que se realiza por el actor, se hace concurriendo en éste la calidad de parte débil de la relación jurídica, estamos hablando de una estrategia procesal perfectamente válida e incluso legal, ya que el desequilibrio procesal de elección de foro está plenamente justificado. Ejemplo de lo anterior es el artículo 8o. de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias o el artículo 6o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. En el primer caso, el acreedor de los alimentos (menor, cónyuge, excónyuge, pariente colateral cuarto grado menor o incapaz, concubino y adoptante con adoptado) es la parte débil de la relación jurídica ya que es el necesitado de los alimentos. La posibilidad de que el actor escoja foro para el conocimiento de la prestación de alimentos se traduce en el reestablecimiento de un desequilibrio procesal que pudiera existir entre el acreedor y el deudor, asegurando al acreedor los alimentos necesarios. En el segundo caso, en la restitución internacional de un menor, el hecho de que el actor pueda escoger entre la residencia habitual del menor, o, en casos de urgencia, entre el *forum loci delicti comissi* o el lugar donde se presume que se encuentra el menor a efectos de localizar y restituir de manera expedita al menor, redundan en la materialización del principio del “interés superior del menor”. El *forum shopping* que se produce en estas varias ofertas no es más que una estrategia procesal en orden a proteger al menor o al acreedor de alimentos.

Para finalizar, nos inclinamos a pensar que cuando son varios los foros puestos a disposición del actor y no hay claros contrastes jurídico-procesales entre las partes, estamos ante una estrategia procesal válida, siempre y cuando no merme los derechos y garantías procesales del demandado. Así, la figura del *forum shopping* representa una estrategia procesal *apriorísticamente* aceptable y legal siendo casuísticamente donde se derroten estos y otros adjetivos.