

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

ESTADOS UNIDOS, *IN RE DEL VALLE* : REFLEJOS DE *LEADING CASES* DE DD.HH. SOBRE LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EX 28 U.S.C. 1782

Francisco Javier Zamora Cabot

Catedrático de Dº internacional privado, UJI de Castellón

Palabras clave: Estados Unidos; Caso *In Re Del Valle*; Casos *Kiobel* y *Daimler*; Asistencia Judicial Internacional ; 28 U.S.C. 1782.

Key Words: United States; *In Re Del Valle Case*; *Kiobel* and *Daimler Cases*; International Judicial Assistance; 28 U.S.C. 1782.

Número: 19 Año: 2020

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**ESTADOS UNIDOS, *IN RE DEL VALLE* : REFLEJOS DE *LEADING CASES*
DE DD.HH. SOBRE LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EX 28
U.S.C. 1782**

Francisco Javier Zamora Cabot
Catedrático de Dº internacional privado, UJI de Castellón

RESUMEN

Este trabajo comenta el caso recogido en su título, uno de los que ha atraído mayor interés y está llamado a influir más intensamente en el sector de asistencia judicial internacional correspondiente al sistema de los Estados Unidos. Tras un Apartado introductorio, se lleva a cabo en el siguiente una presentación minuciosa de la Ponencia del Juez Hall, en la que concurren los otros dos miembros de su prestigiosa sede judicial. Luego, en el Apartado tercero se analizan las dos aportaciones principales de la correspondiente Decisión, centradas en la competencia jurisdiccional personal y la llamada *extraterritorial discovery*, respectivamente. El estudio concluye en el Apartado cuarto con un triple plano de reflexiones, que comprenden desde el influjo en el caso de célebres precedentes en materia de derechos humanos hasta el impacto que está teniendo en los medios profesionales y lo necesario de que, desde una perspectiva española, se haga un seguimiento estrecho de éstos y similares desarrollos del sistema citado.

ABSTRACT

This paper discusses the case named in its title, one of which has attracted the most interest and is called to influence more intensely the sector of international legal assistance of the United States system. Following an introductory section, a detailed presentation of Judge Hall's exposition is carried out in the next one, with which the other two members of this prestigious judicial body concur. Then, in the third section, the two main contributions of this decision are analyzed, which focus on personal jurisdictional competence and the so-called extraterritorial discovery, respectively. The study concludes in the fourth section with a threefold level of reflections, ranging from the influence on the case of well-known human rights precedents to the impact it is having on professional circles and how necessary it is, from a Spanish viewpoint, to closely monitor these and similar developments of the aforementioned system.

SUMARIO: I.-Introducción. II.- Decisión *In Re del Valle*. 1.- Antecedentes. 2.- Ponencia del Juez Hall. III.-Evaluación. IV.- Reflexiones Conclusivas.

I.- Introducción

"*En tiempos de tribulación, no hacer mudanza*", así previene la prudente máxima ignaciana y ahora, a finales de Marzo/principios de Abril de 2020, cuando ésto, confinado en mi hogar escribo, vivimos tales tiempos. Mudanzas habrá que hacer, y de fuste, pero mientras actualmente afrontamos una terrible prueba conviene, pues así lo aconsejan los expertos, que perseveremos en nuestros hábitos. Como el de la investigación, que vengo ejercitando desde tiempos remotos, 1976, cuando inicié mi andadura en la Universidad Complutense como Ayudante de mi Maestro, Don Mariano Aguilar Navarro, de venerada memoria. Estoy seguro de que en un trance como el presente él haría lo mismo, *seguir trabajando*, en suma, y siendo partícipe del gran esfuerzo que los medios académicos, en España y en el mundo, llevan a cabo para aportar normalidad y esperanza al resto de la sociedad civil y, especialmente, a quienes constituyen la última razón de ser de nuestros empeños, los alumnos que tenemos encomendados.

Propongo en estas páginas unas breves aportaciones sobre un tema de cierta complejidad técnica, pero que ilustra sobre las interacciones entre el ámbito de los derechos humanos y, aquí, el del Dº procesal internacional, en clave de la asistencia judicial en él comprendida. Veremos cómo sendas decisiones de gran relieve del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Kiobel*¹ y *Daimler*², influyen en la que he escogido aquí, la recogida en el intitulado y correspondiente al Tribunal de Apelación del prestigioso Segundo Circuito Federal del país transatlántico³. El caso es de interés, porque la sede de Apelación clarifica como veremos, en especial, dos importantes extremos que atañen a la citada asistencia judicial, en la práctica que genera lo preceptuado en 28 U.S.C. 1782. Un texto y una práctica que merecen estudio y seguimiento, con crecientes repercusiones internacionales, y que vendrían a ser la contrapartida, bajo la óptica de la cooperación, de aspectos más conocidos y harto más conflictivos del sistema estadounidense, los que atienen a la proyección exterior de su contundente y muy poderoso sistema de obtención de pruebas, en apoyo de procedimientos previstos o pendientes ante los foros *proprios* y no, como sucede con la norma citada, *en beneficio de los extranjeros*. En un plano general, por otra parte, no cabe duda de lo crucial de esa obtención respecto al fomento del acceso a la justicia y del imperio de la ley como, por ejemplo, se ha hecho patente en muchas ocasiones respecto de los litigios en materia de derechos humanos cuando, siendo las partes muy desiguales, como suele suceder, el acceso a la pruebas se revela como decisivo tanto para la mera posibilidad de iniciar procedimientos como para que éstos puedan alcanzar un resultado materialmente justo. *In Re Del Valle* no trata de los derechos humanos, sin

¹ 169 U.S. 108 (2013).

² 134 S. Ct. 746 (2014).

³ Fechada el 7 de Octubre de 2019, Docket Nos. 18-3226 (I). 18-3474 (Con). 18-3629 (XAP). En adelante, cit. *Del Valle*.

embargo, pero su interés se realza también desde una óptica española, pues incide sobre un supuesto generado en nuestro país, con proyección ante diversas instancias judiciales y de otra índole, nacionales y foráneas.

Concluyo esta Apartado con algunos apuntes sobre esa Sección 1782 del Volumen 28 del Código Federal de los Estados Unidos, la que sustenta lo que en los medios profesionales del país se conoce como "*action 1782*". Conforme a ella, un Juzgado Federal de Distrito puede acceder a la solicitud de un peticionario para que emita mandamientos con base en la Regla 45 de las llamadas Reglas Federales de Procedimiento Civil - *Federal Rules of Civil Procedure* - para obtener documentos o testimonios que se puedan aportar en procedimientos extranjeros. Se precisa superar tres requisitos: primero, el solicitante debe ser "una persona interesada" en tales procedimientos⁴; luego, que el procedimiento extranjero debe sustanciarse ante un "tribunal"⁵, aunque el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha precisado que el litigio no precisa encontrarse pendiente, sino que puede hallarse "en contemplación razonable" de verse iniciado⁶ y, en tercer lugar, que se cumplan los requisitos jurisdiccionales ante el correspondiente Juzgado Federal de Distrito respecto de quien - persona física o jurídica- se solicite la aportación de prueba. Si todo ello se resuelve positivamente, la sede judicial ostenta discreción para acceder o no a lo pretendido, ayudándose de algunos factores avanzados por el Alto Tribunal en el caso *Intel*⁷.

II.- Decisión en el caso *In Re Del Valle*

1.- Antecedentes

Desarrollados *in extenso* en la Ponencia recogida en el siguiente epígrafe⁸, valga ahora aquí su presentación en los términos resumidos que ofrece Lewis S.Wiener, junto a otros autores:

⁴Entendido ello en términos amplios; tal persona debe simplemente tener un interés razonable y no se precisa que sea parte en el proceso. Vid., v.gr., Odell, Andrew A., "US discovery available to litigants in brazilian legal Proceedings", *Lexology*, 24-IX-2019 y Pretus, Daniela y Virzi, Fabio, "Mecanismos para la obtención de pruebas en EE.UU. y en España para su uso en procedimientos judiciales civiles que se tramitan en el extranjero", *Diario La Ley*, N° 9553, Sección Tribuna, 15-I-2020.

⁵Estatual o internacional, pero existen opiniones divergentes entre los distintos Circuitos Federales sobre si el término cubre también a las sedes arbitrales lo que, personalmente y ante ciertas interpretaciones de la jurisprudencia del TS -que no ha resuelto expresamente el asunto- y el propósito de la norma, consideraría lógico. Sobre el particular, vid., v.gr., Marinelli, Marisa, *et al.*, "Discovery in international arbitration: The ever-expanding scope", *Lexology*, 31-X-2019; Coren, Jeffrey, D., y Borbor-Sawyer, Samuel, "U.S. Court of Appeals decisions expand the ability to obtain documents and testimony for use in international arbitrations", *ibidem*, 25-XI-2019 y Samberg, Gilbert A., "Another federal court (in the Ninth Circuit) holds that 28 U.S.C. Sect. 1782 applies with respect to foreign private arbitrations", *ibidem*, 9-III-2020. Asimismo, vid., v.gr., Folkman, Ted, "Case of the day: *Abdul Latif Jameel Transportation v. Fedex*", *Letters Blogatory*, 24-IX-2019.

⁶Vid., Odell, Andrew L., *op. cit.*, p.1.

⁷542 U.S. 241 (2004). Giran en torno a diversas circunstancias respecto del solicitante, del tribunal extranjero ante el que se va a aportar la prueba y la carga que se hace recaer sobre el destinatario de la solicitud. Entiendo que los referidos factores son razonables y dignos de compartirse, dentro de un ánimo de respeto hacia las partes y los dictados de la cortesía internacional. Se recogen, v.gr., en Odell, Andrew, *ibidem*.

⁸Vid., *Del Valle*, pp. 3-9.

"Section 1782 provides that "[t]he district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal." The term "resides" has been interpreted to refer to general jurisdiction, but district courts within the Second Circuit have been divided over the breadth of the term "found."

In 2017, Banco Santander (Santander) purchased Banco Popular Español, S.A. (BPE) for a token €1 in a government-ordered sale, which resulted in investor losses. On June 6, 2017, the European Central Bank found that BPE was "failing or likely to fail" due to ongoing liquidity issues. That same day, Spain's national banking supervisory authority invited several banks, including Santander, to submit bids to purchase BPE by midnight. Santander was the only bank that submitted a bid because, according to Santander's CEO, it had previously done due diligence on BPE in relation to a potential private sale.

Two US-based investment and asset management firms and a group of 55 investors filed a Section 1782 application in the Southern District of New York (SDNY) seeking discovery from Santander and its New York-based affiliate for use in European litigation and arbitration. The Second Circuit reviewed whether Santander, a Spanish banking company with its principal place of business in Spain, "resides or is found" within the SDNY for the purpose of Section 1782 and whether the parties could seek discovery of documents located outside of the United States under Section 1782"⁹.

El Juzgado de Distrito Federal del Distrito Sur de Nueva York había desestimado la petición respecto del Banco de Santander, en aplicación del precedente *Daimler*¹⁰ - la competencia (personal general) sobre empresas extranjeras atiende a los foros de sus países de origen, donde se encuentran, "*essentially at home*"¹¹-, pero la había concedido en relación con su filial neoyorquina Santander Investment Securities Inc, ("SIS") e, igualmente, había accedido a la petición de aportación de pruebas respecto de documentos localizados en el extranjero y bajo posesión, custodia o control de esta última, lo que se conoce como "*extraterritorial discovery*"¹².

2.- Ponencia del Juez Hall

Se desarrolla en los términos precisos y elaborados habituales en la jurisprudencia anglosajona y, con mayor fundamento, cuando se trata de una sede judicial, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal de los Estados Unidos, muy prestigioso como ya he dicho, y que ha albergado a muchos de los mejores magistrados de la historia de ese país. Pues bien, trataré de presentarla en la forma resumida que conviene en estas páginas, poniendo énfasis en los puntos de mayor relieve

El Ponente, con quien coinciden los otros miembros del Tribunal, destaca al iniciar su razonamiento que los recursos plantean lo que denomina "*several issues of first impression*"¹³, fundamentalmente referidas a la correcta interpretación de 28 USC 1782

⁹Vid. "Second Circuit broadens litigant's ability to seek discovery for foreign legal proceedings", *Lexology*, 10-X-2019.

¹⁰342 F. Supp. 3d.at 453-457, 459.

¹¹Vid. mi "Decision of the Supreme Court of the United States in the *Daimler Ag. v. Bauman et al Case: Closing the Golden Door*", *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2014, (2).

¹² La decisión de instancia fue dictada por el Juez Edgardo Ramos, y su referencia es : Nos.-18-mc-85, 18-mc-127, Southern District of New York, comentada, v.gr., por Folkman, Ted, "Case of the Day-In re Application of Ruiz", *Letters Blogatory*, 26-X-2018.

¹³Vid., *Del Valle*, p. 9.

. En primer término, la del requisito de que el demandado "resida o se encuentre" - *resides or is found*- en el Distrito que corresponda a la sede judicial actuante. Destaca aquí que los peticionarios consideran que "se encuentra" - *is found*- ostenta los mismos límites que la jurisdicción personal consistente con el llamado "proceso debido" -*due process*-¹⁴, mientras que el demandado, el Banco de Santander, (que no reside, obviamente, en ese Distrito), arguye que la expresión "se encuentra" debe restringirse a la llamada jurisdicción personal general basada en la notificación individual al demandado, persona física, coloquialmente conocida por "*tag jurisdiction*"¹⁵. El Banco sostiene, también, recuerda el Juez Hall, que la norma citada no cubre las evidencias que se hallan en el extranjero, y que el Juzgado de Distrito abusó de su discreción al permitir su obtención respecto de su filial, SIS. Hay, pues, discrepancias sobre esos dos puntos principales, y a resolverlas va a dirigirse la sede de Apelación, en el orden descrito. Cuenta con su potestad para resolver esas cuestiones *ex novo* y, es del mayor interés, para construir su respuesta bajo la luz más favorable hacia la parte solicitante y resolviendo las dudas en el mismo sentido, en definitiva, una presunción en favor de la jurisdicción, aunque ello no implique, por supuesto, aceptar *necesariamente* las tesis de esa parte¹⁶.

Respecto del primer punto, y tras recordar lo decidido en instancia sobre que, incluso si la competencia personal sobre el Banco de Santander se extiende, como pretenden los peticionarios, hasta los límites de la jurisdicción personal consistentes con el proceso debido, es decir, *incluyendo, junto a la general, la llamada competencia personal específica*- la que surge de *la(s) conducta(s) del demandado* en el territorio del foro¹⁷, no existiría competencia en el caso sobre ese Banco, el Juez Hall indica que ésa va a ser la primera cuestión a tratar¹⁸.

Comienza saliendo al paso de la tesis del Banco de Santander según la cual la jurisdicción personal en estos supuestos de aplicación de 28 USC 1782 se debe restringir a la citada *tag jurisdiction*, apoyada en lo fundamental en un precedente bien conocido del propio Segundo Circuito, *In re Edelman*¹⁹. Valga decir que, tras un cuidado razonamiento, el Ponente lo distingue de la situación en *Del Valle*, pues aquel precedente se centra en las personas físicas, y debe aplicarse una interpretación flexible de la frase "reside o se encuentra" como han hecho diversos tribunales interpretando otras normas²⁰. Ello, indica, sería acorde con los dos objetivos del citado precepto: "*proveer un acceso equitativo y eficaz* a los procedimientos de obtención de pruebas en los tribunales de los Estados Unidos en beneficio de los tribunales y litigantes involucrados en litigios con aspectos internacionales (...) *y animar a los países extranjeros* para proveer medios similares de asistencia a nuestros tribunales (lo que ha

¹⁴Incluso sostienen que los demandados que no son partes en el proceso extranjero -*non-parties*- , como el Santander, merecen *menos* proceso debido; *ibidem*, p.10.

¹⁵Toma el nombre del juego infantil en el que un niño persigue a otro y, si lo alcanza, le pone una etiqueta "tag"- "*te pillé!*"-*tagged*; lo que en los inicios de nuestra televisión se traducía en las series americanas como "el citatorio", dando origen en esas series y en múltiples películas, a una variedad de situaciones divertidas en las que un personaje huía de quien quería entregarle el documento -"*writ of summons*"- que le obligaría a comparecer ante la justicia. Vid., v.gr., Wiener, Lewis S. *et al.*, op. cit.

¹⁶Vid., *Del Valle*, p. 10.

¹⁷Vid., v.gr., apuntes sobre los dos tipos de competencia personal recogidos en <https://uslawessentials.com/general-specific-personal-jurisdiction/> .

¹⁸Vid., *Del Valle*, p.10.

¹⁹295 F.3d 171 (2d. Cir. 2002).

²⁰Vid., *Del Valle*, p. 14.

llevado a que) a 28 USC 1872, pasados los años, se le haya dado una amplia y creciente aplicabilidad"²¹. Por consiguiente, prevalece aquí lo propugnado por los peticionarios y el Tribunal de Apelación deja sentado que la jurisdicción sobre el demandado basada en "reside o se encuentra" debe extenderse hasta los límites del proceso debido y, entonces, a los marcados por la citada jurisdicción *específica*. Cabe, pues, y es un punto crucial a dilucidar, la comprobación de si, *en el caso*, se puede someter a esa jurisdicción al Banco de Santander. En ello, en términos muy precisos, se centra en este punto el Juez Hall, en lo que se puede considerar la parte más novedosa y compleja técnicamente de su discurso, que sigo tratando de presentar también de forma resumida pero respetando su esencia, seguidamente.

Comienza apoyándose en algunos bien conocidos precedentes, señalando cómo la competencia personal específica sobre un demandado no-residente, ejercida por el Estado del foro, se debe basar en la relación entre aquél, el tribunal y el litigio, siendo el criterio de "*mínimo de contactos*" el determinante para superar los dictados del proceso debido, de forma que el mantenimiento de tal competencia no ofenda las nociones tradicionales de juego limpio y justicia sustancial²². Del mismo modo, indica, citando jurisprudencia del propio Segundo Circuito, *Gucci*²³, que: " (la jurisdicción específica)... permite asumir la competencia sobre cuestiones que surgen o se vinculan con los contactos de la entidad (entiéndase el demandado) con el foro"²⁴. Tales contactos, ya lo dije, deben considerarse bajo la forma de conductas o actividades desarrolladas en el citado Estado del foro²⁵.

Luego, tras evaluar algunos aspectos de interés, interpretando el precedente *Gucci* y otros, pero de los que haré gracia aquí, el Juez Hall deduce un nuevo criterio para vincular esos contactos del demandado no-residente con el foro, para que pueda autorizarse el que se le someta a aportación de pruebas: " será suficiente a los fines del proceso debido que (tales contactos) se dirijan hacia la misma obtención de pruebas-*actual discovery*- que se pretende, en vez de al título para accionar -*cause of action*- (en el que se basa la demanda que origina el procedimiento)"²⁶. El punto es de interés porque entiendo que *otorga un carácter autónomo* a la obtención de pruebas pudiendo entonces, por ejemplo, proyectar aquí sobre ella, el Ponente así lo hace, otros criterios que se han elaborado para calibrar la competencia personal específica en supuestos de *atribución de responsabilidad - liability context*- en tanto que, tratándose, como vengo indicando, de una parte como sería en el caso el Banco de Santander, no-residente y ajena al proceso extranjero, su estatus *no es* el de un demandado sujeto a tal responsabilidad. Incorporando, entonces, uno de esos criterios, el de la "actividad que dió origen al episodio judicial en pendencia" -*activity that gave rise to the episode-in-suit*-²⁷ el Juez Hall afirma que: " (...) cuando el material de prueba que se pretende *resultó en forma próxima -proximately resulted-* de los contactos del demandado con el foro, ello sería suficiente para establecer la competencia específica y ordenar la aportación de pruebas. O sea, el que demandado se haya provisto intencionadamente del foro (al llevar a cabo conductas en él) debe ser la razón primaria o próxima- *primary or*

²¹*Ibidem*, p. 14 y s. Cursiva propia,

²²*Ibidem*, p.15.

²³768 F.3d at 134 (2014).

²⁴Vid. *Del Valle*, p.16.

²⁵O un evento que ha acontecido en él; *ibidem*. Ulterior precisión será la de que esos eventos o actividades deben concretarse en el *Distrito* correspondiente al Juzgado Federal de que se trate.

²⁶Vid. *Del Valle*, p. 18.

²⁷Criterio avanzado en *Waldman*, 835.F3d. 317, 331 (2d Cir. 2016).

proximate reason- de que la evidencia que se pretende pueda ser realmente accesible - *that the evidence sought is available at all*"²⁸.

Deducido ya el criterio que debe utilizarse para someter en el caso al Banco de Santander a la aportación de prueba solicitada, indica el Ponente que es preciso optar por la negativa, ya que la única actividad de ese Banco en el foro que pudiera constituir una razón primaria o próxima, citada, - el encargo que hizo a varias entidades para que llevaran a cabo un estudio de diligencia debida (entiéndase solvencia) respecto del Banco Popular Español, con vistas a su adquisición a título privado -, no tenía suficiente relieve a los indicados efectos. Cabe recordar que las actuaciones judiciales iniciadas en el extranjero por los solicitantes *no se referían a esa adquisición* a título privado, nunca realizada, ni a sus prolegómenos, sino a la que se llevó a cabo después por imperativo de las correspondientes autoridades de supervisión, de la UE y españolas²⁹. El citado Banco queda, pues, exento de la pretendida aportación, aunque no así su filial neoyorquina - nadie objetó la competencia sobre ella-, debiéndose resolver como indiqué si la aportación de pruebas se podía extender de forma extraterritorial, esto es, en el caso a documentos localizados en el extranjero.

Aquí el razonamiento del Juez Hall es muy nítido. Así, en primer lugar, rechaza la *aplicación automática* a este sector de la obtención de pruebas en el extranjero según 28 USC 1782, como pretendía la demandada, de la presunción general contra la extraterritorialidad de las leyes, que se ha ido formando a lo largo del tiempo y según conocidos precedentes, entre ellos algunos del propio Segundo Circuito y, en especial, del Tribunal Supremo³⁰. Como *Kiobel*, en el que, así lo recuerda el Juez, se afirma que la presunción citada es " aplicada típicamente para discernir si un Acta del Congreso que regula conductas se aplica en el extranjero"³¹. Y también, que ya se había afirmado en *Edelman*, cit., que: " 28 USC 1782 es sencillamente un mecanismo de obtención de pruebas y no somete a una persona a responsabilidad"³². Asimismo, el Ponente recoge el punto central en *Kiobel*, según el cual, la aplicación de la presunción, como sí sucedía en ese caso respecto de una norma *jurisdiccional*, el célebre *Alien Tort Statute*, 28 USC 1350, se debía a que " permitía a los tribunales federales reconocer ciertas causas de acción *-causes of action-*" sometiendo, entonces, a esa norma a los mismos "principios que subyacen en el canon de interpretación (contrario a la extraterritorialidad de las leyes)"³³. No es el caso de la norma de obtención de pruebas, por lo que indica el Juez Hall, su Tribunal no va a ir más lejos que el Supremo, que "nunca ha aplicado la presunción citada a un precepto *estrictamente jurisdiccional*" como, aquí, 28 USC 1782³⁴.

Ésto sentado, el Juez Hall se embarca en el siguiente paso de un progreso lógico: descartada la presunción en contra, ¿qué título hay para poder proyectar extraterritorialmente la norma de obtención de pruebas a la que me vengo refiriendo? Tras recordar que hay discrepancia sobre ello entre los Juzgados de Distrito

²⁸*Vid. Del Valle*, p.19.

²⁹*Ibidem*, p. 20 y s.

³⁰*Ibidem*, p. 22.

³¹*Ibidem*.

³²*Ibidem*.

³³*Ibidem*, p. 23.

³⁴*Ibidem*. Alude también al *Restatement (Fourth) of the Law, The Foreign Relations Law of the US*, Sect. 404, Commt. a & n. 3 (2018).

correspondientes a su Circuito Federal, el Segundo³⁵, el Ponente va a asumir como suyo el razonamiento llevado a cabo por el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito en *Sergeeva*³⁶, la primera sede de Apelación que afronta *directamente* el problema. Para ella, 28 USC 1782 autoriza la obtención de pruebas *a través de* las Reglas Federales de Procedimiento Civil -*Federal Rules of Civil Procedure*- y, en la medida en que éstas son utilizadas extraterritorialmente siempre que la parte sometida a mandamiento ostente la posesión, custodia o control de las evidencias, lo propio se va a permitir respecto de aquel texto³⁷. Únicamente, como elemento a tomar en consideración de cosecha propia, y respecto de esta posibilidad abierta a las sedes federales de instancia *en ejercicio de su discreción*, el Segundo Circuito indica aquí, en *Del Valle*, que la ubicación física -*location*- de documentos y otras evidencias debiera ser un elemento a tener en cuenta también a la hora de conceder la aportación extraterritorial de pruebas solicitada. Y el Juez Hall conecta ésto con lo indicado por su Segundo Circuito en *Mees*:" Hemos instruido (a los Juzgados de Distrito) sobre que es mucho mejor reconciliar cualquier reticencia que puedan tener sobre el impacto de su participación en un proceso extranjero a través de un mandamiento refinado técnicamente, que simplemente denegando el remedio (la obtención de pruebas) solicitada"³⁸.

Queda al Ponente un último punto a resolver y es si, como arguye el Banco de Santander, el Juzgado de instancia había abusado de su discreción al otorgar la *extraterritorial discovery* respecto de su filial. Aquí, los términos de referencia vienen dados por la aplicación analógica, sobre 28 USC 1782, de los llamados *Intel factors*, que toman nombre de los criterios avanzados en relación con la proyección exterior de las citadas *Federal Rules* en un famoso precedente establecido por el Tribunal Supremo³⁹. Tales factores, con carácter no exhaustivo y donde se manejan fundamentos surgidos del proceso debido y la cortesía internacional, se consideran por el Juez Hall bien resueltos en el caso por el Juzgado Federal del Distrito Sur de Nueva York, el citado de instancia, por lo que desatiende lo mantenido por el Banco y confirma en todos sus extremos, entonces, la decisión emitida por ese Juzgado, dando término a su Ponencia⁴⁰.

III.-Evaluación

La desarrollaré ahora dentro de los términos concisos seguidos en estas páginas, poniendo antes de relieve que quisiera destacar de manera especial aunque no única esos *reflejos* sobre la interpretación judicial de 28 USC 1782, de dos célebres precedentes en materia de litigios internacionales relativos a los derechos humanos, los citados *Daimler* y *Kiobel*, que atienen respectivamente a los dos puntos destacados de la decisión *Del Valle*, esto es, la competencia jurisdiccional personal sobre el Banco de Santander y el mantenimiento de la aportación de pruebas localizadas en el extranjero sobre su filial, SIS. Y, lógicamente, a las posiciones de principio en las que tal decisión

³⁵ Vid. *Del Valle*, p.24.

³⁶834 F.3d 1194 (11th Cir. 2016).

³⁷Vid., *Del Valle*, p. 25.

³⁸*Ibidem*. Recuérdense que existen muchos precedentes de aportación de pruebas en apoyo de procesos extranjeros cuando la evidencia se localiza *en los Estados Unidos*.

³⁹Vid. *Del Valle*, p. 26. Se trata de supuestos donde la aportación de prueba en el extranjero se verifica *en apoyo de procedimientos* a dilucidar en los Estados Unidos.

⁴⁰*Ibidem*, pp. 26-28.

se sustenta.

Así, respecto del primer punto y el juego aquí del precedente *Daimler*, ya advertí cuando en 2014 tuve la oportunidad de llevar a cabo su estudio, que la solución de alcance constitucional que se daba al caso podía implicar profundas consecuencias, tanto hacia el acervo jurídico *interno* como tratándose del sistema estadounidense de Dº internacional privado y, entre otros extremos, hacía mención expresa del previsible impacto sobre la obtención de pruebas⁴¹. Al respecto y sin tener en mi opinión realmente necesidad de ello, pues la solución de un supuesto de los llamados *foreign-cubed*, es decir, con nullos o apenas contactos con los Estados Unidos podía haberse alcanzado de otra manera, el Tribunal Supremo prefirió dar un vuelco total a la extensísima práctica y aquilatadas soluciones existentes respecto de la citada competencia jurisdiccional personal, en su variante general.

En *Del Valle*, y en aplicación del criterio establecido en *Daimler*, es el Juzgado de Distrito quien, proyectándolo aquí, en materia de obtención de pruebas, inicialmente dictamina que el citado Banco no está sometido a esa competencia, pues como indiqué en su momento al ser extranjero se trataba de una entidad que en los Estados Unidos no se encontraba, como exige el Tribunal Supremo, "en casa" - *essentially at home*. Por lo que, en definitiva, y luego ya en sede de Apelación, es el correspondiente Tribunal quien, al no aceptar las tesis previas del Banco, debe evaluar dentro del proceso debido la competencia personal *específica*.

Pero, llegado este punto, un conocido autor, Ted Folkman, miembro del prestigioso *American Law Institute* y con vasta experiencia en estas cuestiones se preguntaba, incluso antes de la decisión del Segundo Circuito, "si es preciso que un típico análisis jurisdiccional (que lleve a la competencia específica) sea la manera adecuada de enfocar mandamientos judiciales sobre partes ajenas al proceso, bien en ayuda de procedimientos extranjeros o incluso domésticos. (...) Después de todo, no se está imponiendo responsabilidad sobre el destinatario del mandamiento, y así quizás quepa decir que (con la orden de aportación de pruebas) no se le priva realmente de vida, libertad o propiedad en el sentido constitucional (en la base del proceso debido)"⁴². Confieso albergar las mismas dudas pues existe, asimismo, una nutrida jurisprudencia de Juzgados de Distrito que no coincide con lo determinado por el Segundo Circuito en *Del Valle* sobre este particular⁴³ y, además, visto el alcance dado por el Juez Hall a la noción de *mínimo de contactos* en su traducción en 28 USC 1782 y la competencia específica, las dudas se acrecientan.

Así, se ha podido sostener, por ejemplo, desde el aventajado observatorio que da una práctica dilatada que: " el test adoptado por el Segundo Circuito es, en su extremo, susceptible de ser calificado como turbio, difícil de aplicar y no equitativo"⁴⁴. Este

⁴¹Vid. mi "Decision of the Supreme Court...", cit., p. 15.

⁴²Vid., su "Case of the day: *In re Application of Ruiz*", *Letters Blogatory*, 26-X-2018.

⁴³Atribuyendo, por ejemplo, competencia personal general *en esta materia de obtención de pruebas* de modo más liberal, por ejemplo, por la existencia en el Distrito de una simple oficina del demandado. En realidad, el propio Segundo Circuito apunta la posibilidad de *una competencia personal general sobre el Banco de Santander para fines de discovery*, en su decisión: vid. *Del Valle*, p. 15 y , allí, nota (9). Pero el Tribunal recuerda que no se ha suscitado el tema por los peticionarios en la Apelación y, por ello, no ha entrado a resolver el punto.

⁴⁴Vid., Samberg, Gilbert, "United States: Second Circuit affirms the extraterritorial reach of 28 USC 1782", *Lexology*, 14-XI-2019. Este autor desarrolla con un máximo de interés su pensamiento al respecto

juicio, harto riguroso desde luego, puede tener visos de razón si pensamos en que, como avancé y quedó fijado por la sede de Apelación, " el que demandado se haya provisto intencionadamente del foro debe ser la razón primaria o próxima- *primary or proximate reason*- de que la evidencia que se pretende pueda ser realmente accesible -*that the evidence sought is available at all*"⁴⁵. Como indica Ted Folkman al comentar el punto en el que el Tribunal considera que las actividades de diligencia debida llevadas a cabo en Nueva York por el Banco de Santander, aunque a la postre le sirvieran para poder concurrir a la oferta *pública* de adquisición, no constituían a los efectos de contacto con el foro una *causa próxima*, aún siendo una *causa legal - but-for cause*⁴⁶, "(...)Tengo que decir que este razonamiento me parece problemático y corre el riesgo de generar un gran número de litigación secundaria sobre cómo puede ser que la parte demandada haya llegado a poseer información susceptible de ser aportada como prueba. Se trata de una batalla que el solicitante deberá luchar con una mano en la espalda. ¿Podría estar legitimado para exigir aportación de prueba sobre el tema de la causa próxima? El tiempo lo dirá" ⁴⁷. El propio Segundo Circuito es consciente, en definitiva, de los problemas de transponer, como hace, al *ámbito jurisdiccional* conceptos que pertenecen al *sector de ilícitos civiles*, como los anteriormente recogidos aquí⁴⁸. Que, como avanza Ted Folkman, solo el tiempo pueda poner las cosas en su sitio, parece un horizonte lógico respecto de la cuestión planteada. Mientras tanto, los previsibles efectos prácticos de la doctrina sentada por la sede de Apelación se apuntan ya por los medios especializados; a ellos me remito ahora⁴⁹.

Queda, para completar este Apartado, valorar la respuesta del Segundo Circuito a la *extraterritorial discovery* en el marco de 28 USC 1782. Aquí mi impresión y, la que he podido contrastar en los citados medios es, de forma mayoritaria, positiva⁵⁰. Incluso ese mismo Circuito ha ratificado ya al poco tiempo de emitir su resolución en *Del Valle*, lo que atañe en ésta a la obtención de pruebas en el extranjero⁵¹. Todo ello me parece coherente con el propósito básico y ya apuntado de abrir a la cooperación internacional el poderoso sistema de obtención de pruebas de los Estados Unidos, junto al ánimo de inspirar a hacer lo propio a los sistemas extranjeros en su convivencia con el del país transatlántico. Y con asumir, por ejemplo, una realidad en la que la utilización de evidencias recogidas en soportes electrónicos es del todo cotidiana, con todo lo que conlleva. Destaco, también, como muy relevante, el que la solución alcanzada se administre *como parte de la discreción* de las sedes de instancia, cuyo ejercicio, y así lo puse de manifiesto, debía modularse a través de los criterios de equidad y cortesía

en "Federal Courts should rethink the personal jurisdiction requirement of 28 USC 1782", *ibidem*, 12-XI-2019.

⁴⁵Vid. nota (28), *supra*.

⁴⁶Definida, v. gr., en <https://www.merriam-webster.com/legal/but-for> .

⁴⁷Vid. su "Case of the day: Application of Del Valle Ruiz", *Lexology*, 10-X-2019.

⁴⁸Vid., *Del Valle*, p. 20 y, allí, nota (12).

⁴⁹Vid., v. gr., Lawrence, J. Alexander, "Second Circuit resolves important questions regarding discovery in aid of foreign litigation under 28 USC 1782", *Lexology*, 21-X-2019 y McGuire, Brendan R., *et al.*, "United States: Second Circuit confirms extraterritorial reach of Section 1782 and clarifies jurisdictional requirements", *ibidem*, 28-X-2019.

⁵⁰Vid., v. gr., Folkman, Ted, op. cit. en nota (47), *supra* y Ross, Michael W., *et al.*, "Section 1782: Second Circuit allows foreign litigants to obtain documents located outside the U.S.", *Lexology*, 30-X-2019.

⁵¹Vid., v. gr., Salcedo, Eddy y Wolfe, Owen, "United States: Second Circuit weighs in on the extraterritorial application of 28 U.S.C. 1782", *Lexology*, 14-II-2020.

internacional establecidos por el Tribunal Supremo en el citado caso *Intel*⁵². Y respecto de *Kiobel*, y su nítido reflejo en este caso, confieso albergar una cierta melancolía, pues ha servido aquí para impulsar lo que cabe ver como un avance en una materia tan vinculada con el imperio de la ley y el acceso a la justicia, como es la asistencia judicial entre los diversos países, cuando originalmente fue un retroceso manifiesto respecto de ambos y, en general, de la protección internacional de los derechos humanos. *Kiobel* fue para muchos otros y para mí algo así como el Puente de Arnhem -*el puente demasiado lejano*-, para los Aliados en la Segunda Guerra Mundial. Tuve la oportunidad de estudiarlo a fondo, desde sus inicios. Dejo aquí constancia en cita de un ejemplo de ello⁵³. Y también, y con esto doy término al presente Apartado, de la puesta de relieve, como sucedía con el punto anterior, de las posibles consecuencias prácticas de *Del Valle*, tal como avanzan los medios profesionales de los Estados Unidos⁵⁴.

IV.- Reflexiones Conclusivas

Muy brevemente, las sitúo en tres planos. En primer lugar, quedan patentes para mí esos *reflejos* de célebres casos de derechos humanos sobre sectores destacados del sistema de tráfico jurídico externo de los Estados Unidos, en la especie *Kiobel* y *Daimler*, orientando en la interpretación de aspectos muy técnicos pero con gran repercusión práctica de ese sistema. Ambos precedentes, por así decirlo e independientemente de lo que en su momento significaron y el trasfondo sobre el que hay que entenderlos -una tendencia a retraer a las sedes de ese país respecto del acceso a la justicia en el citado ámbito, los derechos humanos- han alcanzado vida propia, y están llamados desde luego a mantener una significativa presencia en los razonamientos judiciales y en la estrategia de los consultores jurídicos.

Después, he podido constatar también una vez más cómo el referido sistema se halla en constante evolución, y el muy alto nivel de los medios profesionales, que siguen estrechamente los nuevos desarrollos y ofrecen aportaciones del mayor interés para su comprensión y mejora. *Del Valle* sería, así, un ejemplo muy claro de ello, uno de los que he podido constatar a lo largo de mi ya extenso desempeño investigador sobre el acervo jurídico de los Estados Unidos - iniciado desde el primer momento, el de elaboración de mi Tesis Doctoral- , que ha tenido mayor repercusión en tales medios.

Y, sería mi postrer plano de reflexión, creo que *Del Valle* ilustra y confirma una vez más lo interesante de seguir manteniendo también un alto grado de atención sobre los desarrollos en el país transatlántico, *desde una perspectiva española*. El caso está

⁵²Comentando algunas decisiones en aplicación de esos criterios, vid., v.gr., Leonard, Tomás, *et al.*, "Federal Court denies request of foreign companies to conduct discovery in the U.S. in aid of a foreign-seated arbitration", *Lexology*, 12-II-2020 y Lawrence, J. Alexander y Choe, Geary, "United States: Foreign companies can use 28 U.S.C. 1782 to unmask anonymous internet posters", *ibidem*, 12-XII-2019.

⁵³En mi trabajo, en coautoría con Chiara Marullo, bajo el título "Transnational human rights litigation: *Kiobel's* 'Touch and Concern': A test under construction", *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2016, (1). Estudiando una contrapartida de *Kiobel* ante las sedes holandesas, con interés sobre la obtención de pruebas, vid., asimismo, el interesante trabajo de esta autora bajo el título " Recientes desarrollos de los litigios internacionales de derechos humanos: El caso *Kiobel III*", en prensa.

⁵⁴Vid., v.gr., Cymrot, Mark A., *et al.*, " United States: Second Circuit confirms the extraterritorial reach of 28 U.S.C: 1782", *Lexology*, 27-XII-2019 y O'Donnell, John, *et al.*, "2nd Circuit allows extraterritorial discovery for foreign and international disputes", 18-X-2019.

enraizado en un supuesto de gran envergadura que ciertamente ha dejado y continuará dejando amplia huella en nuestro país y en el ámbito europeo al involucrar, por ejemplo, a significadas instancias decisorias en ambos órdenes. Ese grado de atención, por ejemplo, ha sido puesto de manifiesto recientemente por mi admirado amigo el Profesor Iriarte Ángel, en su espléndido trabajo sobre otro aspecto del mayor interés para España, correspondiente a la bien conocida -y temida- Ley Helms-Burton⁵⁵. Ésta, en fin, pertenece a la parte dura, agresiva, del sistema de los Estados Unidos pero, como he querido mostrar, también existe otra sintonizada con empeños de mayores vuelos, los cifrados en la cooperación jurídica internacional en la que, con sus propios matices, el caso aquí comentado ocupa ya un lugar de relieve.

.....

Dedico estas páginas a quienes están haciendo posible combatir el enorme reto al que nos estamos enfrentando y, en especial, a los que en primera línea arriesgan - y pierden incluso la vida- en defensa de nuestro género. La deuda de la Humanidad con ellos es inmensa, como también lo es, y luminoso, imperecedero, su ejemplo.

⁵⁵Vid., de ese autor, "La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea", *Millennium Dipr*, 25-II-2020.