

ILÍCITOS FINANCIEROS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Pedro Julio Martínez-Fraga*

“Cuando aprendemos, en la historia de las religiones, sobre los sacrificios humanos ofrecidos por pueblos primitivos a sus dioses; cuando los Incas, estos indios civilizados, sacrificaban hasta sus propios hijos al altar de sus ídolos del modo más cruel, permitiendo a sus sacerdotes que les cortaran los senos a las víctimas y sacarles sus corazones mientras todavía palpitaban; cuando intentamos en vano entender cómo padres de modo voluntario pueden aceptar tal miseria, nosotros sentimos alivio en la conciencia cómoda de estar viviendo en una época iluminada bajo la bendición de una religión más elevada que nos imprime la obligación suprema de preservar la vida de los seres humanos.

¿Tenemos nosotros, personas de una civilización cristiana, el derecho a reposar moralmente? ¿De verdad podemos considerarnos haber avanzado tanto más que los aborígenes del Perú? ¿No ha proveído nuestro siglo veinte a la humanidad con los logros más prodigiosos de tecnología, dos guerras mundiales que condujeron a sacrificios humanos que ampliamente sobrepasan el asesinato infantil de los Incas paganos? ¿Podemos negarnos a comprender a estas madres y padres mientras que nosotros mismos estamos tan orgullosos de verter la flor y nata de nuestros jóvenes en los altares que se distinguen de aquellos de los Incas, sólo en que ninguna

* PEDRO JULIO MARTÍNEZ-FRAGA BA (St. John's College), J.D. (Columbia University), Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, Profesor Conferencista de la Universidad de Navarra, en la disciplina de litigios y arbitrajes internacionales, y Director del Departamento de Litigios y Arbitrajes Internacionales del Estudio Jurídico Greenberg Traurig, P.A.

religión justifica derramar sangre preciosa como consecuencia de poco más que frivolidades nacionalistas?

El que no es un estadista activo, sino un simple escritor, tratando de cumplir con su obligación en la lucha por la paz global, no es menos responsable que aquel primero. Él debe, para no comprometer el gran ideal, acomodar sus postulados a aquellos que sean políticamente posibles; es decir, no a lo que fue posible ayer y, por lo tanto, a aquello que es una realidad hoy. Este esquema tampoco debe apuntar hacia una meta que, en lo posible, pueda ser realizada únicamente en un futuro distante; esto es irreal y, por ende, políticamente insignificante. Un escritor consciente tiene que dirigir sus sugerencias a aquello que, después de un examen detenido sobre la realidad política, pueda ser considerado como una posibilidad para mañana aunque no aparente serlo posible hoy. De lo contrario, no existiría la esperanza de algún progreso. Su esquema no debe involucrar revolución de relaciones internacionales, sino reforma de su orden por virtud del mejoramiento de la técnica social que prevalece en este campo.

La técnica específica del orden que regula las relaciones entre Estados es la Ley de Naciones. Quien desee acercarse a la meta de paz global de modo realista tiene que tomar a la Ley de Naciones con seriedad, como algo que comprende un desarrollo lento pero constante hacia la perfección del orden legal internacional” (*Paz a Través de la Ley*, Hans Kelsen).

I. ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: 28 U.S.C. §1782

Posiblemente el aporte estadounidense más novedoso al derecho internacional privado se encuentre en la legislación 28 U.S.C. §1782. Este estatuto autoriza el uso de las normas procesales federales de divulgación de información y documentos¹ para facilitarle asistencia a tribunales extranjeros respecto a entidades ubicadas en los Estados Unidos².

¹ Las siguientes normas son las principales utilizadas en este contexto: Fed.R.Civ.P. 26 (provisiones generales gobernando el proceso de divulgación), Fed.R.Civ.P. 30 (declaraciones juradas orales), Fed.R.Civ.P. 33 (interrogatorios por escrito), Fed.R.Civ.P. 34 (divulgación de documentos y cosas, tanto como entrada a propiedades a los fines de inspección y otros propósitos) y Fed.R.Civ.P. 36 (requerimientos de admisiones).

² Bajo el sistema establecido en el Convenio de La Haya relativo a la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil, la autoridad judicial de un Estado parte puede solicitar a la autoridad competente de otro Estado parte, a través de una comisión rogatoria, la obtención de pruebas. Ver Art. 1. Este sistema, aunque es un gran avance en materia de asistencia judicial internacional, no es completamente satisfactorio en cuanto a su efectividad y los plazos en

A. La sección 1782 y sus elementos

Los elementos esenciales de la sección 1782 se pueden resumir con relativa facilidad citando a secciones selectas del estatuto:

La Corte del distrito [federal] en el cual una persona radica o se encuentra está capacitada para emitir una orden contra dicha persona a los fines de ser sometida a declaración jurada o en aras de divulgar documentos u otras cosas para el uso en un procedimiento extranjero o ante un tribunal internacional. La orden puede ser emitida como consecuencia de una petición interpuesta por cualquiera persona interesada y dicha orden podrá ordenar que se tome la declaración jurada o la declaración por escrito, o que sean producidos documentos u otras cosas ante una persona designada por la Corte³.

El análisis de las sentencias emitidas por los tribunales federales muestra contundentemente que hablan con una sola voz al recalcar que la sección 1782 tiene dos metas “gemelas”: (i) proveer un medio eficiente de asistencia a *personas interesadas* inmiscuidas en litigios internacionales para poder tener acceso a dictámenes de tribunales federales; y (ii) alentar a tribunales extranjeros a proveer medios de asistencia del mismo carácter que aquellos que otorgan los tribunales estadounidenses en materia de divulgación de documentos e información⁴. El Décimo Circuito Federal de Apelaciones ha reconocido que

que se materializa la tramitación de las diligencias probatorias. A su vez, con el uso del Convenio, la parte solicitante renuncia a controlar la evacuación de la prueba, cuya tramitación queda en poder de las autoridades del país receptor de la comisión rogatoria. Ver Art. 9. Por su parte, la sección 1782 permite a una parte extranjera, obviando el trámite de la comisión rogatoria, acudir directamente a un tribunal federal de los Estados Unidos y solicitar directamente la obtención de la prueba y ser autorizado para su evacuación. Es obvio que los Estados Unidos han alcanzado un mayor nivel de sofisticación en abrir sus tribunales para la obtención de pruebas a ser utilizadas en procedimientos extranjeros. Para una lista de los obstáculos impuestos en países de tradición continental en materia de obtención de pruebas, ver BORN, *supra* at 847-849.

³ La versión vigente de la sección 1782 fue modificada en 1964. Los tribunales han observado que la sección 1782 fue enmendada “para facilitar trámites de litigios en tribunales extranjeros, mejorar la cooperación internacional en temas de litigio, y situar a los Estados Unidos en una posición de liderazgo entre las naciones del mundo en este respecto”. Ver *In Re Bayer A.G.*, 146 F.3d 188, 191-92 (3d Cir. 1998). De acuerdo con el Reporte del Senado que acompañó la versión final del borrador que eventualmente se convirtió en la forma actual de la sección 1782, “el Congreso esperaba alentar a países extranjeros a reestructurar sus normas judiciales de manera similar [parecidas a las normas procesales de divulgación de documentos, inspección de propiedad, e interrogatorios proporcionadas por las normas federales de los Estados Unidos]”. Ver *In Re Application of Asta Medica, S.A.*, 981 F.2d 1, 5 (1st Cir. 1992) (citando S. Rep. 1850, 88 Cong. 2d Sess., también publicado en 1964 U.S.C.C.A.N. 372, 3788 (1964)).

⁴ Ver *Schmitz v. Bernstein, Liebhard & Lifhsitz, LLP*, 376 F.3d 79, 84 (2d Cir. 2004). El Segundo Circuito Federal de Apelación ha declarado enfáticamente que las metas de la sección

la sección 1782 “refleja el deseo legislativo de aumentar la potestad de los tribunales de distritos federales para poder responder a peticiones para asistencia internacional”⁵. Al trazar los lineamientos generales de la intención legislativa al emitir la sección 1782, el Undécimo Circuito en *Trinidad y Tobago* esgrimió que el Congreso estadounidense había ampliado deliberadamente el ámbito de la sección 1782 para (i) incluir no solamente declaraciones orales (“deposiciones”) e interrogatorios escritos, sino también documentos y otra evidencia tangible; (ii) permitir a tribunales federales estadounidenses asistir procesos en “*tribunales extranjeros*” sin limitar estos a cortes exclusivamente judiciales; (iii) permitir que “*personas interesadas*” (y no únicamente tribunales extranjeros como en los procedimientos de La Haya) puedan someter peticiones solicitando asistencia judicial; y (iv) eliminar el requerimiento de que el proceso de divulgación sea utilizado únicamente cuando el tema en cuestión tenga que ver con un procedimiento extranjero que esté “*pendiente*”, y que sólo se necesite que el producto de la divulgación sea utilizado en un procedimiento extranjero o por parte de un tribunal extranjero⁶.

1782 se reducen a proveer procedimientos de divulgación que sean “equitativos y eficaces cuales procedimientos utilizados en cortes estadounidenses serían de beneficio a tribunales y partes involucradas en litigios internacionales, y también alentará a países extranjeros por medio de este ejemplo, a proveerle reciprocidad a tribunales estadounidenses cuando estos últimos necesiten asistencia por parte de tribunales extranjeros”. Ver *Lancaster Factory Co., Ltd. v. Mangone*, 90 F.3d 38, 41 (2d Cir. 1996) (citando F.Rep. No. 1580, 88th Cong., 2nd Sess. 2 (1964) reimpresso en 1964 U.S.C.C.A.N. 3782, 3783); In Re: *Gianoli Aldunte*, 3 F.3d 54, 58 (2nd Cir. 1993) (la misma proposición); In Re *Ishihara Chemical Co.*, 251 F.3d 120, 124 (2d Cir. 2001) (citando los dos preceptos gemelos de la Sección 1782 como (i) “proveer medios eficientes de asistencia a los participantes en litigios internacionales en nuestras cortes federales, y (ii) para alentar a países extranjeros por virtud del uso de este ejemplo para proveer medios parecidos o asistencia análoga a las cortes estadounidenses”); In Re *Edelman*, 295 F.3d 171, 175 (2d Cir. 2002) (“en fin, este estatuto [Sección 1782] le da acceso a la divulgación de evidencia en los Estados Unidos [a extranjeros] para que esta evidencia sea utilizada en procedimientos extranjeros”); In Re *Letter Rogatory from the Nedenes District Court, Norway*, 216 F.R.D. 277, 279 (S.D.N.Y. 2003) (“por lo tanto, la emisión de un dictamen en favor de una petición solicitando la divulgación compulsiva a los fines de forzar una persona a proveer una muestra de sangre asistirá eficazmente a la petición hecha por la corte de Noruega y alentaría a ese país a proveerle asistencia parecida o similar a nuestras cortes”); In Re *Application of Grupo Gamma, S.A. de C.V.*, 2005 W.L. 937486, *1 (S.D.N.Y. April 22, 2005); In Re *Request of Oric*, 2004 W.L. 2980648 (N.D. Ill. 2004); In Re *Application of Servicio Panamericano de Protección, S.A.*, 354 F.Supp. 2d 269, 273-74 (S.D.N.Y. 2004); In the *Matter of the Application of Procter & Gamble Co.*, 334 F.Supp. 2d 1112, 1113 (E.D. Wis. 2004); In Re *Application of Guy*, 2004 W.L. 1857580 (S.D.N.Y. 2004).

⁵ Ver In Re *Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 848 F.2d 1151 (11th Cir. 1988).

⁶ En *Trinidad y Tobago*, el tribunal analiza con extraordinaria astucia escolástica la historia legislativa de la sección 1782. La corte meticulosamente detalla que “la legislación del 2 de marzo de 1855 primero autorizó los tribunales federales a asistir a tribunales extranjeros

Es fundamental entender que toda petición enraizada en la sección 1782 descansa sobre la discreción absoluta de los tribunales federales de primera instancia⁷.

Aunque no queda explícitamente destacado en la jurisprudencia, los tribunales tendieron en parte a ejercer su discreción tomando en consideración el requerimiento implícito que solamente se puede emitir una orden en favor de una petición bajo la sección 1782 cuando el solicitante disfrute del derecho a tener acceso a la información que constituye el tema de la petición en el foro extranjero a que pertenece el litigio subyacente⁸.

(texto original omitido). Este estatuto le concedió a los tribunales federales el poder de requerir la presencia de testigos a los fines de asistir a tribunales extranjeros (citas omitidas). La misión del Acta del 3 de marzo de 1863, no obstante, limitó significativamente a este primer estatuto (texto del Acta omitido). La Legislación o Acta de 1863 le otorgaba a los tribunales estadounidenses el poder de obtener declaraciones en los Estados Unidos para asistir tribunales extranjeros solamente si dichas declaraciones se utilizan en procedimientos (i) que pertenecen a la recuperación de fondos o propiedad, (ii) que están pendientes en un país extranjero con el cual los Estados Unidos mantienen relaciones pacíficas, y (iii) en que el gobierno del país extranjero constituía una parte o tenía un interés. El estatuto de 1863, con sus limitantes, se mantuvo relativamente sin enmienda significativa hasta 1948.

A comienzos de 1948 el Congreso estadounidense emitió ciertas enmiendas que ampliaron el ámbito del estatuto. La enmienda de 1948 suprimió el requerimiento de que el gobierno extranjero tuviese que ser una parte en el proceso en cuestión o que tuviese un interés en dicho proceso (texto del Acta omitido). El Congreso estadounidense también cambió la limitante de 'que el proceso concierna la recuperación de fondos o propiedades' y eventualmente solamente dejó la condición de que el proceso sea 'judicial' en carácter. Ver Acta o Legislación de 24 de mayo 1949, Ch. 139, Sección 93.63 SEAT. 103. Durante este esfuerzo de enmienda, no obstante, el Congreso estadounidense mantuvo el requerimiento de que el proceso judicial estuviese vigente y pendiente en el país extranjero con el cual los Estados Unidos estaban "en paz".

En 1964, el Congreso emitió las enmiendas más recientes a la sección 1782. Estas modificaciones perfilan un cambio de política radical a la política cautelosa y conservadora que el Congreso había mostrado previamente respecto a la asistencia judicial internacional que se le otorgaba a países extranjeros (cita omitida). El Congreso adoptó, sin que objetara, una serie de propuestas que la Comisión Sobre Reglas Internacionales de Normas Procesales ("Commission on International Rules of Judicial Procedure") había sometido en aras de enmendar la sección 1782. El historial legislativo muestra que el propósito subyacente de estas propuestas es alentar a otras naciones a que sigan el liderazgo de los Estados Unidos y, por ende, que ajusten sus normas para mejorar cualitativamente la práctica de cooperación internacional en litigio [cita al texto omitida]".

⁷ Ver *United Kingdom v. United States*, 238 F.3d 1312, 1318-19 (11th Cir. 2001); *Lo Ka Chun v. Lo To*, 858 F.2d 1564, 1565-66 (11th Cir. 1988) (el Congreso le ha otorgado a los tribunales federales de primera instancia "amplia discreción" bajo la sección 1782). Aquí hay que destacar que aunque se cumplan todos los elementos y requerimientos del estatuto, solamente mostrando que el tribunal de primera instancia abusó de su discreción es que se pudiese retar cualquier dictamen al respecto a fines de apelación. El abuso de discreción constituye una de las bases más difíciles sobre la cual reposar cualquier esfuerzo para revocar un dictamen de un tribunal de primera instancia.

⁸ Ver, por ejemplo, *In re Application of Asta Medica, SA*, 981 F.2d 1, 7 (1st Cir. 1992); *Lo Ka Chun v. Lo To*, 858 F.2d 1564, 1566 (11th Cir. 1988).

Este precepto rudimentario fue rechazado por el Segundo Circuito de Apelación.

El caso *In the Matter of the Application of Euromepa, S.A. v. Esmerian, Inc.*⁹ ayuda a esclarecer esta premisa, tanto como el concepto de reciprocidad simétrica en la divulgación de documentos en el contexto de una petición sustentada en la sección 1782.

En *Euromepa*, el Segundo Circuito de Apelaciones revocó el dictamen del tribunal de primera instancia negando una petición bajo la sección 1782. El tribunal de apelación observó que el dictamen del tribunal de primera instancia constituyó “un abuso de discreción”¹⁰. Sobre este punto el Segundo Circuito añadió que “decir que una corte de distrito [federal] puede o no, a su discreción, ordenar la divulgación de información, no significa que tiene plena libertad en negarla basándose en premisas inapropiadas. En este caso, nosotros [el Tribunal] concluimos que la corte de primera instancia aplicó erróneamente el precedente asentado por nosotros como guía judicial, y se equivocó en entender la medida en la cual un tribunal debe de interpretar ley extranjera al decidir si debe ordenar la divulgación de información”¹¹. En este análisis el Segundo Circuito despejó cuatro premisas fundamentales que dibujan la pauta a seguir en la administración equitativa de peticiones bajo la sección 1782. Como punto de partida el Segundo Circuito destacó que al legislar la sección 1782 el Congreso estadounidense forjó “una calle solamente de una vía y una dirección”¹². Es decir, la legislación le “otorga amplia asistencia a otros, pero no requiere nada a cambio”¹³.

Los tribunales de apelación en general opinaban que no se había contestado contundentemente la pregunta respecto al agotamiento de recursos como condición previa a fallar en favor de una petición bajo la sección 1782. El Segundo Circuito subrayó que ya había rechazado “cualquier requerimiento implícito de que la evidencia solicitada en los Estados Unidos también sea susceptible de ser obtenida bajo las leyes

⁹ 51 F.3d 1095 (2d Cir. 1995).

¹⁰ *Id.* at 1097.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.* at 1097.

¹³ *Id.* citando In Re: Malev Hungarian Airlines, 964 F.2d 97, 99 (2d Cir.), cert. denied, 506 U.S. 861, 113 S.Ct. 179, 121 L.Ed. 2d 125 (1992). Ver también *John Deere Ltd. v. Sperry Corp.*, 754 F.2d 132, 135 (3d Cir. 1985) (observando que la sección 1782 “no requiere reciprocidad como condición previa a emitir una orden en favor de una petición de divulgación e información”).

del país extranjero en cuestión”¹⁴. Por lo tanto, el tribunal de apelación indicó que la medida en que se pudiese obtener la divulgación en un país extranjero de aquellos documentos que constituyan el tema de una petición bajo la sección 1782 en los Estados Unidos solamente representa *un factor* a considerar en el proceso de adjudicación.

Finalmente, el Segundo Circuito despejó cualquiera duda sobre la medida en que el tribunal de primera instancia tuviese que indagar sobre las leyes de un Estado soberano extranjero a los fines de determinar si la emisión de un dictamen en favor de una petición bajo la sección 1782 pudiese ofender al tribunal extranjero. Aquí se recalcó que no es necesario o deseable un análisis profundo sobre la ley positiva y jurisprudencia de un Estado soberano extranjero en cuanto a la tarea de discernir las actitudes de naciones extranjeras respecto al esfuerzo de obtener asistencia en la divulgación de información en los Estados Unidos¹⁵. Este precepto no significa que el tribunal debe descartar en su totalidad un análisis de la ley extranjera y las actitudes de un tribunal extranjero respecto al tema que pueda encerrar una petición en particular. Haciendo referencia explícita a la historia legislativa en cuanto a “la naturaleza y actitudes del gobierno de origen respecto a la petición para divulgación de información”, el Tercer Circuito Federal de Apelación interpretó las declaraciones de los varios redactores del estatuto como sencillamente “autorizando a las cortes de distrito federal

¹⁴ Id. at 1098, citando *In Re Application of Aldunate*, 3 F.3d 54, 59 (2d Cir.) (“si el Congreso estadounidense hubiese querido imponer restricciones tan frívolas sobre la discreción de una corte de distrito federal en un momento en el cual el Congreso estaba emitiendo enmiendas ampliando el ámbito del estatuto [sección 1782], el Congreso habría incluido cláusulas apropiadas manifestando esta intención específica”), cert. denied, 510 U.S. 965, 114 S.Ct. 443, 126 L.Ed. 2nd 376 (1993).

¹⁵ La conclusión respecto a esta premisa rudimentaria descansó sobre los comentarios de uno de los arquitectos principales de la iteración actual del estatuto:

Los redactores [del estatuto] reconocieron que enraizar la ampliación de la asistencia estadounidense en la ley extranjera causaría la apertura de una Caja de Pandora. Ellos definitivamente no deseaban que una petición solicitando cooperación se convirtiera en un proceso contencioso inordinadamente claro y largo en cuanto tiempo sobre la interpretación del derecho extranjero. La contención representaría el mismo mal que el estatuto como meta buscaba evitar. Los redactores también reconocieron que, a pesar de que los países de derecho civil (“tradición continental”) no tienen normas de divulgación de información semejantes a aquellas que se encuentran en los países de tradición common law, los países de código civil o derecho continental frecuentemente sí gozan de diferentes procedimientos para obtener la divulgación de información que no pudiesen ser apropiadamente evaluados sin un entendimiento amplio de las sutilezas del sistema de derecho civil extranjero en cuestión. Los redactores llegaron a la conclusión que sería totalmente inapropiado que una corte de distrito federal estadounidense intentara obtener esta erudición a los fines de adjudicar una simple petición para asistencia”. Ver Hans Smit, *Recent Developments in International Litigation*, 35 S. TEX. L.J. 215, 235 (1994).

a analizar el fundamento equitativo subyacente en los procedimientos extranjeros para asegurar que éstos compagin en con nociones de ‘*debido proceso*’¹⁶.

En *Euromepa*, el Segundo Circuito adoptó esta interpretación del Tercer Circuito concluyendo que “no considera sabia, ni en armonía con las metas de la sección 1782, que los jueces de distritos federales intenten adaptar las prácticas y actitudes aceptadas de otras naciones de sistema civil que probablemente estarían en conflicto”¹⁷.

Euromepa establece los cuatro preceptos de referencia pero queda en conflicto directo y explícito con el Primer Circuito Federal de Apelaciones en la opinión que este último emitió tres años antes en *In Re Application of Asta Medica, S.A., et al.*¹⁸. En este caso, el Primer Circuito revocó el dictamen del tribunal de primera instancia favoreciendo una petición que solicitaba que una persona quien residía en el propio distrito del tribunal federal en cuestión divulgara documentos y se presentara como testigo a un interrogatorio oral (deposición). El tribunal de apelación descansó su análisis en dictámenes emitidos por: (i) el Décimo Circuito de Apelaciones; (ii) el Tercer Circuito de Apelaciones; (iii) el Segundo Circuito de Apelaciones; y (iv) el Distrito Federal del Este de Pennsylvania, que interpretaron imponiendo una pauta de análisis a las peticiones bajo la sección 1782 que comprenda indagar sobre la medida en la cual la información solicitada en la petición sería susceptible de divulgación en el país extranjero a ser asistido¹⁹. Esta inconsistencia entre *ASTA Medica, S.A.* y *Euromepa*

¹⁶ *Id.* at 1099, citando a *John Deere, Ltd.*, 754 F.2d, 136 N.3 (a su vez citando el Senate Report, d. 3788).

¹⁷ *Id.* at 1099.

¹⁸ *In Re Application of ASTA MEDICA, S.A.*, 981 F.2d 1 (1st Cir. 1992).

¹⁹ *Ver Id.* at 6 (citando *In Re: Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 848 F.2d 1151, 1156 (11th Cir. 1988) (“la corte de distrito [primera instancia] tiene que decidir si la evidencia sería susceptible de divulgación en el país extranjero antes de proveer asistencia”); *Lo Ka Chun v. Lo To*, 858 F.2d 1564, 1566 (11th Cir. 1988) (revocando al tribunal de primera instancia con instrucciones para que éste determine si la evidencia solicitada en los Estados Unidos también es susceptible de divulgación en Hong Kong); *John Deere Ltd.*, 754 F.2d 132, 136 (3rd Cir. 1985) (“inquietud para asegurar que las normas de divulgación de países extranjeros no sean desafiadas por procedimientos autorizados en tribunales estadounidenses es particularmente pronunciada cuando una petición para asistencia tiene su origen no en cartas rogatorias, sino por parte de un interesado”); *In Re: Court of the Comm’r of Patents for Republic of South Africa*, 88 F.R.D. 75, 77 (E.D.Pa. 1980) (“otros hechos pueden impedir de manera más significativa el desarrollo de la cooperación internacional entre cortes que proveerles por parte de tribunales estadounidenses a partes privadas que forman parte de procesos extranjeros medios legales a los cuales ellos no tuviesen derecho si el tema estuviere siendo procesado en las cortes extranjeras”). *Ver también In Re: Application of Malev Hungarian Airlines*, 964 F.2d 97 (2^d Cir. 1992) (tribunal de primera instancia abusó su discreción en emitir dictamen estableciendo que la

fue decisiva y contundentemente tratada por la Corte Suprema en el caso *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*²⁰.

B. Intel Corp. v. Advanced Micro Devices y su Proyecto: Uniformidad y Predecibilidad

La diferencia doctrinal que afectaba la pauta a seguir por los tribunales de primera instancia al considerar peticiones bajo la sección 1782 fue considerablemente esclarecida en 2004 en el caso cumbre de la Corte Suprema, *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices*. Esta decisión emitió pautas diáfanas y amplias a seguir al adjudicar peticiones bajo la sección 1782. Al ejercer su jurisdicción, la Corte Suprema identificó el tema ante sí como uno que “concierna la autoridad de tribunales de distritos federales para asistir en la divulgación de pruebas destinada hacia el uso con el extranjero o en tribunales internacionales”²¹.

Después de un repaso meticuloso del historial procesal del tema a considerar, en el cual el tribunal de apelación revocó con instrucciones dirigidas al tribunal de primera instancia, la Corte Suprema señaló que de acuerdo con el pronunciamiento del Noveno Circuito, un denunciante ante el Directorio General de Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas (la “Comisión”) califica como “*una parte interesada*” para propósitos de la sección 1782. También, la Corte Suprema añadió que la Comisión “es un ‘Tribunal’ cuando actúa en la capacidad de foro de primera instancia con poder de tomar decisiones”. Del mismo modo el dictamen de la Corte Suprema estableció que el *proceso o procedimiento* “con respecto al cual la divulgación de información se solicita de acuerdo con la sección 1782(a) debe de ser uno que se contemple a tomar lugar dentro de un período razonable, pero no necesita estar *pendiente* o ser *inminente*” (énfasis en el original). Finalmente, la Corte Suprema razonó que “la sección 1782(a) no contiene ningún requerimiento que contemple que la evidencia solicitada a un tribunal federal de primera instancia estadounidense tenga que

parte que interponga una petición bajo la sección 1782 primero tiene que intentar obtener información de acuerdo con el dictamen de un tribunal húngaro en un caso en el cual dicha información era fácilmente susceptible de ser divulgada de acuerdo con las normas húngaras).

²⁰ 542 U.S. 241, 124 S.Ct. 2466, 159 L.Ed.2d 355 (2004).

²¹ Id. at 2472.

ser susceptible de divulgación de acuerdo con las leyes que gobiernan el procedimiento extranjero en cuestión”²².

Este dictamen simplifica la rúbrica a aplicar en adjudicar una petición bajo la sección 1782. Solamente se necesita cumplir con tres requerimientos para cumplir con la pauta: (i) la persona o entidad de quien se quiere obtener información tiene que radicar dentro de la competencia jurisdiccional del tribunal de distrito federal en el cual se interpuso la petición; (ii) la intención en cuanto el uso de la información que se solicita debe de limitarse a proveerle asistencia a un tribunal extranjero; y (iii) la persona o entidad tiene que ser una “*persona interesada*”, tal y como este término se define para propósitos de la sección 1782²³. Estos elementos legislativos representan una declaración concisa del precedente ya asentado²⁴.

Más allá de los tres elementos esclarecidos para cumplir con los requerimientos de una petición §1782, se anunció un segundo precepto enraizado en los propios principios que el Congreso estadounidense intentó desarrollar cuando emitió la sección 1782. Al cumplirse las tres premisas, un tribunal de distrito federal tendría que ejercer su discreción al evaluar los méritos de la petición. Ya se ha comentado que un tribunal de distrito federal no se encuentra *obligado* a conceder una petición bajo la sección 1782 sencillamente porque tenga la autoridad de hacerlo²⁵. Afortunadamente, en el tema *Intel* la Corte Suprema se esmeró en enfatizar y destacar los factores a seguir como norte para los tribunales de distrito federales al ejercer su discreción ante estas peticiones. Estos factores incluyen: (i) evaluar si la *persona*²⁶ o *entidad*

²² *Id.* at 2472-3.

²³ Esta pauta compagina con el propio dictamen del Segundo Circuito en *In Re Application of Aldunate*, 3 F.3d 54 (2d Cir. 1993), cert. denied sub nom. *Foden v. Aldunate*, 114 S.Ct. 443 (1993).

²⁴ Ver *In Re Bayer AG*, 146 F.3d at 193; *In Re Application of Esses*, 101 F.3d 873, 875 (2d Cir. 1996); *In Re Letter Rogatory from the First Court of First Instance in Civil Matters, Caracas, Venezuela*, 42 F.3d 308, 310 (5th Cir. 1995).

En un distanciamiento con los otros tribunales federales antes del 2004, el Undécimo Circuito también requería que la información a ser divulgada tuviese que ser susceptible de divulgación en el país extranjero en donde el proceso subyacente radicase. Es decir, en el país de origen. Ver *Trinidad and Tobago*, 848 F.2d at 1156. En *Intel*, no obstante, la Corte Suprema reconcilió este conflicto entre el Undécimo Circuito y los otros tribunales de apelación concluyendo que la sección 1782 no impone el elemento restrictivo de divulgación extranjera como condición previa a que se emita una orden a favor de la petición. 124 S.Ct. at 2476.

²⁵ *Id.* at 2483.

²⁶ La legislación comúnmente conocida como *The Dictionary Act* encierra las definiciones que gobiernan el significado de términos y palabras codificadas en la legislación del Congreso. Este estatuto dicta que “a no ser que el contexto indique lo contrario”, la palabra

a quien se le dirige la obligación de divulgar documentos o información es un partícipe en el procedimiento extranjero (Si la respuesta a esta indagación es afirmativa, la necesidad de proporcionar asistencia judicial generalmente no es tan aparente como cuando la evidencia se le solicita a una *persona o entidad* que no sea parte del proceso en cuestión); (ii) “la naturaleza del tribunal extranjero, el carácter del proceso en cuestión y la receptividad de un gobierno extranjero o de un tribunal o agencia extranjera a recibir asistencia de un tribunal federal estadounidense”; y (iii) si la petición es un esfuerzo confeccionado a los fines de “burlar” restricciones extranjeras para obtener evidencia u otras políticas de un país extranjero o los Estados Unidos, “o si la información o documentos solicitados es ‘muy entrometida u opresiva’”²⁷.

El dictamen de la Corte Suprema no solamente esclarece los elementos del estatuto tal como éstos han sido tratados por tribunales federales de primera y segunda instancia como, por ejemplo “*partes interesadas*”²⁸. También amplía la pauta a seguir por tribunales de primera instancia conociendo de peticiones bajo la sección 1782 para que éstos puedan ser más liberales y menos restrictivos en utilizar las Reglas Federales de Procedimiento Civil (“Federal Rules of Civil Procedure”) en aras de asistir a tribunales extranjeros. La propia definición del término “*tribunal*”, tal y como éste se emplea en la primera parte de la pauta del análisis articulado por la Corte, analizado junto con los elementos a ser considerados al ejercer la discreción judicial

“persona” incluye “corporaciones, compañías, asociaciones, firmas, sociedades, conglomerados, tanto como individuos”. 1 U.S.C. §1.

²⁷ 124 S. Ct. at 2483.

²⁸ Ver In Re Ishihara, 253 F.3d at 124 (“la sección 1782 provee suficientes medios de asistencia ‘a partes en litigios internacionales ante tribunales federales’”); Lancaster, 90 F.3d at 42 (en donde el agente del albacea nombrado por la corte de un deudor extranjero fue considerado una persona interesada: “la historia legislativa de la sección 1782 demuestra claramente que ‘una persona interesada’ incluye ‘a una parte de un litigio... extranjero’ Senate Report p. 8, 1964 U.S.C.C.A.N. p. 3789”); In Re Application of Esses, 101 F.3d 873, 875-876 (2d Cir. 1996) (señalando que el hermano de una persona quien murió sin testamento en un país extranjero era una “persona interesada” a los fines del estatuto); In Re Letter of Request from the Crown Prosecution Service of the United Kingdom, 870 F.2d 868 (D.C. Cir. 1989) (adjudicando que un ministro extranjero de asuntos legales, un fiscal general, u otro fiscal, han sido reconocidos en repetidas ocasiones como personas o entidades dentro del ámbito de la sección 1782 como “personas interesadas”: los tribunales federales unánimemente han expresado que una parte interesada puede iniciar procesos de acuerdo a la sección 1782 sin necesidad de primero obtener un dictamen de un tribunal extranjero otorgando la divulgación de documentos o información en cuestión); In Re Malev Hungarian Airlines v. United Tech. Int’l, Inc., 964 F.2d 97, 101 (2d Cir. 1992) (“nosotros opinamos que era impropio que los tribunales de distritos federales basen su rechazo a una petición bajo el estatuto 28 U.S.C. §1782 en la ausencia de una solicitud formal para asistencia de un tribunal húngaro”).

razonable en la administración de justicia respecto a estas peticiones, demuestra contundentemente que la Corte Suprema ha interpretado la intención legislativa al redactar y emitir la sección 1782 de acuerdo con una lectura o análisis literal de los términos del estatuto, dado que tanto la interpretación de la intención legislativa y la construcción del estatuto conducen a una aplicación *liberal* y no *restrictiva* de la sección 1782. Esta conclusión e interpretación analítica también compaginan con la larga y vasta historia legislativa de la cual la intención legislativa se puede inferir y deducir.

C. El Tema Consejo de Defensa del Estado de la República de Chile contra Augusto Pinochet y La Doctrina de *Comity*

A pesar de la amplia literatura sobre la sección 1782²⁹, ninguno de los comentaristas o tribunales se ha propuesto vincular el fundamento normativo de la sección 1782 con los preceptos que definen a la jurisdicción para prescribir. Sencillamente, son aquellos mismos principios que hacen posible la aplicación extraterritorial de la ley positiva estadounidense a un Estado soberano extranjero en base a actividades realizadas dentro del territorio nacional del Estado soberano extranjero por nacionales de ese país o ciudadanos estadounidenses, que también hacen posible que un tribunal federal estadounidense, sin jurisdicción sobre la *parte interesada* o jurisdicción sobre la materia, tenga *competencia* para emitir una orden requiriendo que una entidad dentro del distrito federal en donde el tribunal radica divulgue documentos e información a ser utilizada ante un tribunal extranjero. Aunque la mecánica de una petición bajo la sección 1782 no concierne la *aplicación* extraterritorial de ley *sustantiva*, sí concierne el desplazamiento de normas de ley *procesal* en la rama específica de divulgue de documentos e información hacia una jurisdicción extranjera. Aquí, por lo tanto, coinciden dos principios fundamentales.

²⁹ Ver, por ejemplo, Hans Smit, The Supreme Court Rules on the Proper Interpretation of Section 1782: Its Potential Significance for International Arbitration, 14 AM. R. INT'L ARB. 295 (2003); Hans Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited, 25 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 1 (1998); Note, In Re Request for Judicial Assistance from the Federative Republic of Brazil: A Blow to International Judicial Assistance, 41 CATH. U. L. R. 545 (1992); Walter B. Stahr, Discovery Under 28 U.S.C. § 1782 for Foreign and International Proceedings, 20 VA. J. INT'L L. 597 (1990).

Primero, la separación de ramas políticas entre legislativa, ejecutiva y judicial se eleva a un nivel protagónico al emitir el Congreso la legislación 28 U.S.C. §1782, y en el proceso general también se destaca un historial legislativo que explícitamente expone los fines de esa legislación en el contexto internacional, donde el Congreso ha forjado la antigua problemática que perfilaba la jurisdicción para prescribir. ¿Ha creado la legislación 28 U.S.C. §1782 un tema legal o político? ¿Es diáfano que alentar la proliferación de las normas estadounidenses respecto a divulgación de documentos e información a través de *todas* las jurisdicciones perfiladas por Estados soberanos extranjeros independientes sin entrar en consideraciones de culturas diversas, y a veces hasta jurídicamente contrapuestas, es un tema meramente *legal*? La respuesta, como su pregunta, se encuentran en una penumbra. ¿Tiene el Congreso de los Estados Unidos la autoridad normativa basada en preceptos de derecho internacional o constitucional, para forjar legislación que le conceda a *partes interesadas* radicadas en soberanías extranjeras el pleno acceso a las normas estadounidenses de divulgación de documentos e información? Este tema es conceptualmente indistinguible a la inquietud legal que encontramos con el análisis básico subyacente a la cuestión de jurisdicción para prescribir. Es decir, ¿tiene el Congreso de Estados Unidos autoridad normativa derivada de preceptos de derecho internacional o constitucional para legislar ley positiva que sea aplicable extraterritorialmente a un Estado soberano extranjero en base a actividades realizadas dentro del territorio nacional de éste?

En la medida en que este acceso extraordinario y sin precedente constituya un tema *político* y no *legal*, deben de primar los intereses de Estado tal y como éstos son perfilados y definidos por el Poder Ejecutivo directamente o sus entes (tales como el Secretario de Estado, el Departamento de Estado o el Departamento de Defensa) en trazar una política exterior consistente. Inevitablemente surgen incertidumbres constitucionales y prácticas confusas cuando las ramas ejecutiva y judicial inopinadamente se encuentran en circunstancias donde pudiesen emitir pautas contradictorias en el ámbito internacional. Igualmente, se produce una crisis constitucional cuando se confunden los parámetros que limitan los poderes de los tres poderes públicos. Este paradigma de “ofuscación” tiende a manifestarse con mayor frecuencia cuando el tribunal se encuentra administrando justicia en el contexto de una rúbrica de la ley positiva que conduce a los tribunales a interpretar y aplicar la ley positiva que en efecto no le deja otro margen al tribunal

que trabajar en torno a preguntas o temas políticos en lugar de legales y, por ende, apropiadamente dentro del ámbito de la rama judicial³⁰.

Segundo, la doctrina de *comity* crea una base normativa que pudiese aportarle una explicación razonable que conduzca a la uniformidad y a la predecibilidad respecto a lo político subyacente en la sección 1782, que recalcó el Congreso estadounidense, tanto como a esclarecer la incertidumbre que acompaña la ignorancia absoluta sobre la pauta a seguir y los mecanismos a aplicar por los diversos poderes públicos al tema central de definir una cuestión como *política* o *legal*. La meta aspiracional del Congreso busca (i) rendir aseguibles al resto del mundo las normas federales de divulgación de documentos e información a los fines de brindarle asistencia a tribunales extranjeros; y (ii) alentar al resto de la comunidad de naciones a adoptar normas procesales de divulgación de documentos e información análogas que conduzcan a la *reciprocidad* y *transparencia* en cuanto acceso a pruebas en casos transnacionales. A pesar de cualquiera medida de buena fe que se le pudiese adscribir a la noble intención de proliferar normas de divulgación parecidas a las normas federales de procedimiento civil estadounidense, convertir a éstas en universalmente aseguibles y susceptibles solamente de limitantes menores, crea incongruencias dentro de la comunidad de naciones que son prácticamente insuperables. Por ejemplo, la exclusión del requerimiento de que la materia a ser divul-

³⁰ Este tema se puso de relieve en el contexto del desarrollo de la inmunidad otorgada a un Estado soberano extranjero de acuerdo con la teoría absoluta de inmunidad por primera vez articulada en el caso *The Schooner Exchange* por el Magistrado Marshall hacia la teoría restrictiva impuesta por la famosa *Tate Letter* en 1952, y codificada en el andamiaje legislativo del FSIA. Independientemente a su criterio jurídico, la Corte Suprema esclareció en sus dictámenes la necesidad de no solo conservar sino cultivar el respeto por la independencia de las diferentes ramas gubernamentales. Antes de ser codificado en 1976, es decir por un período de veinticuatro años (entre 1952 y 1976), la Corte Suprema reconoció como determinante una política trazada por el Departamento de Estado, reconociendo e identificando el tema de inmunidad a Estados soberanos extranjeros como una cuestión política y no legal y, por lo tanto, dentro de la competencia de la rama ejecutiva y no de la rama judicial.

Aquí también se recalca la penumbra que acompaña la distinción entre lo legal y aquello que se llega a definir como político. La pregunta que se desprende es sencilla de verbalizar pero prácticamente imposible de contestar contundentemente de acuerdo con un análisis sostenido. ¿Qué pauta es utilizada y por quién para determinar esta cuestión preliminar y tan determinativa? ¿Cómo se discute y en qué foro se ventila? ¿Se resuelve entre las distintas ramas gubernamentales aquello que constituye una cuestión política o un tema legal? La mecánica tanto como las pautas de acuerdo con las cuales se determina este tema entre las distintas ramas gubernamentales no queda nada clara. Es difícil, no obstante, concluir que la teoría absoluta de inmunidad a Estados soberanos, por ejemplo, se modifica a una teoría restrictiva unilateralmente y sin consultación alguna entre las partes de acuerdo con un proceso deliberativo que supere a la mera comunicación epistolar que representa el *Tate Letter*.

gada también sea susceptible a ser entregada en el país de origen de la *parte interesada*, claramente es susceptible de ser interpretada como un precepto que directa y explícitamente burla la ley positiva y las normas procesales del país extranjero. Al primar las leyes estadounidenses sobre aquellas de un Estado soberano extranjero cuando los tribunales de los Estados Unidos carecen de jurisdicción sobre la materia tanto como jurisdicción sobre la persona (en este caso la *persona interesada* tal y como la jurisprudencia define este término del estatuto) se puede interpretar como un azote no solamente al sistema jurídico de un país extranjero, sino también como un reto al seno de su propia soberanía. Esta crítica es igualmente aplicable a un análisis del estatuto 28 U.S.C. sección 1782 o de la jurisdicción para prescribir en general. De hecho, no faltan comentaristas que han esgrimido de manera seria y sostenida que los dos objetivos de las enmiendas de 1964 a la sección 1782 han sido mal logrados³¹.

Al definir la doctrina de *comity* como una que promueve la reconciliación entre intereses sensiblemente contrapuestos aplicando un análisis tripartito basado en la consideración sostenida de: (i) los intereses jurídicos, sociales, políticos y económicos de los Estados Unidos; (ii) el análisis de los mismos factores en el contexto del país extranjero en cuestión; y (iii) los intereses de la comunidad de naciones en forjar preceptos de derecho internacional predecibles y confiables, los elementos de arbitrariedad bajo el manto de “buena fe” tan persuasivo en el uso de la sección 1782 serían sustancialmente mitigados, si no del todo “eviscerados”. Del mismo modo, el análisis sostenido de estos factores como pauta a seguir en lugar de sencillas declaraciones expresando el deseo de fomentar la proliferación de normas de divulgación de docu-

³¹ “Con respecto a la primera meta [de la sección 1782] —aquella de facilitar la metodología a ser utilizada por tribunales federales de primera instancia en cuanto a la adjudicación de peticiones de divulgación de documentos e información que se encuentran en los Estados Unidos— los tribunales federales claramente no han podido llegar a un acuerdo fundamental sobre las bases que rinden permisibles a las peticiones. Con respecto a la segunda meta, aquella de alentar a otras naciones [supuestamente para que también adopten normas de divulgación de documentos e información parecidas a las de los Estados Unidos], por ejemplo, no se ha mostrado ningún desarrollo en ninguna jurisdicción reflejando estos cambios. Al analizar el tema retrospectivamente, dado que las pautas para obtener evidencia en los Estados Unidos son materialmente más amplias y liberales que en la mayoría de las otras jurisdicciones, no es completamente sorprendente que otros gobiernos no hayan emitido ninguna legislación análoga. Los mismos gobiernos no han vacilado, no obstante, en utilizar para sus propios fines la sección 1782, y, de hecho, han aumentado el uso de esta norma en el contexto de litigios civiles internacionales”. Ver *Extraterritorial Discovery and U.S. Judicial Assistance: Promoting Reciprocity or Exacerbating Judiciary Overload?*, *International Lawyer*, Winter 2003, 37 INT’L LAW. 1055 at 1062.

mentos parecidas a las de los Estados Unidos y, a su vez, promover la reciprocidad entre naciones, otorgaría un rigor al proceso que recalca el carácter de *unilateralidad* y, en cambio, da pie a la crítica bien asentada de que el proceso es entrometido y constituye un reto a la soberanía de las naciones en la medida en que desafía las normas de prueba de estos países (la mayor parte del mundo). Las supuestas “buenas intenciones” que están “destinadas” a desencadenar de alguna manera inexplicable “reciprocidad” entre naciones no constituye razón suficiente a los fines de legalizar la aplicación universal de la sección 1782 y contrarrestar las críticas principales que se han esgrimido contra ella.

D. La Sección 1782 y el caso Pinochet: Un Paradigma

Las enmiendas legislativas de 1996 a la sección 1782 esclarecen que el estatuto cubre “investigaciones criminales antes que se interpongan acusaciones formales”³². Por lo tanto, peticiones bajo la sección 1782 son concedidas frecuentemente en el contexto de la mera existencia de investigaciones penales extranjeras³³.

Uno de los ejemplos más ilustrativos y actuales del uso de la sección 1782 en el marco de una investigación criminal y también un procedimiento penal en el extranjero se encuentra en el tema encausado por el Consejo de Defensa del Estado de la República de Chile contra el ex-presidente Augusto Pinochet³⁴.

³² Ver Sección 1342(b), 110 Stat. 486.

³³ Ver, por ejemplo, Intel, 124 S.Ct. at 2479, 2480 (expresando que una investigación por un tribunal administrativo, como la Comisión Europea, relacionada a un procedimiento cuasi-judicial o judicial [como una denuncia por violaciones a regulaciones de monopolio] califica como “un procedimiento ante un tribunal” para los efectos de la sección 1782); Trinidad and Tobago, supra at 1151 (señalando que una notificación de comparecencia emitida como repuesta a una petición del Fiscal Nacional del Ministerio de Asuntos Legales de Trinidad y Tobago respecto a una investigación criminal queda patentemente dentro del ámbito de la sección 1782); U.S. v. Sealed One, Letter of Request for Legal Assistance from The Deputy Prosecutor General of the Russian Federation, 235 F.3d 1200 (9th Cir. 2000) (decidiendo que el tribunal federal de primera instancia, basado en ley positiva, tiene autoridad para emitir peticiones formales de asistencia a investigaciones penales extranjeras iniciadas por la Federación Rusa en los Estados Unidos respecto a investigaciones penales pendientes fundadas en alegatos de fraude fiscal); In Re Letter of Request from a Crown Prosecution Service, 870 F.2d 686 (D.C. Cir. 1989) (encontrando pruebas que eran adecuadamente susceptibles a divulgación de acuerdo con la sección 1782 con respecto a una investigación criminal pendiente en el Reino Unido).

³⁴ En este tema se emitieron no menos de cuatro órdenes favoreciendo peticiones interpuestas por el Consejo de Defensa del Estado de la República de Chile dirigidas a múltiples bancos con sedes en los Estados Unidos a los fines de asistir en la investigación y fiscalización de dos temas penales que se habían consolidado ante el Ministro Sergio Muñoz Gajardo en contra de Augusto Pinochet. A continuación se identifican estas órdenes: Order Granting Request for

Los antecedentes de este caso excepcional son necesarios a pesar de la erudición de aquel lector que haya seguido la trayectoria histórica de Augusto Pinochet.

La relación entre Augusto Pinochet y la orden de seguimiento en su contra por la ley constituye una triste historia que es, hasta cierto punto, globalmente conocida y que ha sido minuciosamente detallada por la crónica periodística y textos de la época³⁵.

Después de un golpe militar sangriento, Augusto Pinochet tomó el poder en Chile y desempeñó el papel de “Presidente” desde 1973 hasta 1990. Al dejar la presidencia, en 1990, Augusto Pinochet mantuvo el título de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas chilenas hasta 1998. En esta fecha se retiró del cargo y simultáneamente con su retiro fue nombrado “*Senador Vitalicio*”.

A partir de mediados de la década de 1990 Augusto Pinochet se ha encontrado en procesos como demandado en Chile, España, el Reino Unido y otros países. Estos procesos generalmente habían sido sustentados en alegatos de violaciones de derechos humanos, crímenes contra la humanidad y la violación de preceptos fundamentales de derecho internacional que fueron realizados durante el período de su responsabilidad pública como Presidente de la República o Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

El 15 de julio de 2004, el *Committee on Governmental Affairs of the United States Senate* publicó una investigación titulada “*Case Study Involving Riggs Bank*” (“Reporte del Senado”)³⁶. El Reporte del Senado destaca que desde 1994 hasta 2002 Riggs Bank abrió varias cuentas bancarias y emitió múltiples certificados de depósito que designaban a Augusto Pinochet como beneficiario. Significativamente, el banco obvió hasta las indagaciones más rudimentarias en cuanto a

Assistance, Case No. 05-61656-civ-Marra/Seltzer (S.D. Fla. Nov. 22, 2005) (no publicada); Order Granting Request for Assistance, Case No. 1:05-mc-00305-JR (D.C. Oct. 17, 2005) (no publicada); Order Granting Request for Assistance, Index No. M-05 M 1967 (S.D.N.Y. Aug. 15, 2005) (no publicada); y Order Granting Request for Assistance, Case No. 1:05-cv-21687 (S.D. Fla. Jul. 27, 2005) (no publicada).

³⁵ Aquí no se intenta reconfigurar o, mucho menos, hacer un recuento histórico de la larga y tortuosa relación entre Augusto Pinochet y las directrices de la ley. Todo lo contrario, la módica aspiración se limita a narrar con la economía de pocos trazos y en los términos más generales aquellos hechos de fondo histórico indispensables para propósitos de proveerle contexto a esta aplicación exhaustiva y de trascendencia internacional de la sección 1782.

³⁶ Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act – Case Study Involving Riggs Bank, Minority Staff of the Permanent Subcommittee of Investigation, Committee of Governmental Affairs, United States Senate (July 15, 2004).

la fuente de estos fondos³⁷. El Reporte del Senado identificó depósitos en las cuentas de Augusto Pinochet por cantidades que en algunos casos llegaban a US\$ 8 millones³⁸. También el Reporte del Senado detalla que Riggs Bank asistió a Augusto Pinochet en burlar procedimientos legales que habían sido iniciados a los fines de “congelar” cuentas en esa institución³⁹.

El 16 de marzo de 2004, el *Committee on Governmental Affairs of the United States Senate* redactó un segundo reporte titulado: *Supplemental Staff Report on U.S. Accounts used by Augusto Pinochet* (el “Reporte Suplementario”)⁴⁰. El Reporte Suplementario muestra que la relación entre Riggs Bank y Augusto Pinochet era más profunda y extensa de lo que se revelaba en el Reporte del Senado. De acuerdo con el Reporte Suplementario, Riggs Bank había mantenido una relación “bancaria” de veinticinco años con Augusto Pinochet, su familia, y miembros del

³⁷ Senate Report, supra at 2.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* De acuerdo con dos Congressional Staff Report, las instituciones financieras violaron múltiples estatutos, regulaciones y sugerencias federales, incluyendo (sin limitación) The Bank Secrecy Act of 1970 (12 U.S.C. §1951-59 and 31 U.S.C. §§5301-22), The Money Laundering Control Act of 1986 (18 U.S.C. §1956, the Federal Reserve Guidance on Private Banking, the Public Figure Treasury Regulation, and the U.S.A. Patriot Act of 2001, 31 U.S.C. §5318. Ver Senate Report; Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act, Supplemental Staff Report on U.S. accounts used by Augusto Pinochet (March 16, 2005). Estas violaciones, sin limitación, incluyen:

- No haber sometido un reporte de actividades sospechosas (“Suspicious Activity Report”) de acuerdo con 12 C.F.R. Section 2111;
- No haber seguido la pauta de “Conocer Su Cliente” (“Know Your Customer”) que, entre otras consideraciones, requiere que los bancos indaguen con respecto a la fuente o fuentes de fondos de sus clientes o de transacciones en cuestión;
- Cubriendo los intereses de Augusto Pinochet en ciertas cuentas por virtud del uso de variantes del nombre “Pinochet”, el uso de alias, el uso de nombres de entidades en paraísos fiscales, o utilizando el nombre de terceros asociados con la familia Pinochet o sus miembros;
- Asistiendo a Augusto Pinochet en esfuerzos de evadir dictámenes emitidos por tribunales competentes que congelan sus cuentas bancarias y otros activos;
- Facilitando transacciones bancarias inusuales (“unusual banking transactions”) con pocas o ningunas preguntas sobre el propósito de éstas;
- Ignorando sugerencias que aumentan el escrutinio dirigido a la apertura o vigilancia de cuentas bancarias en las cuales los dueños o beneficiarios son figuras políticas extranjeras de alto rango, cualquier miembro inmediato de la familia de una figura política extranjera de alto rango, y todo asociado de una figura política extranjera de alto rango; y
- Activamente escondiendo y/o deliberadamente dejando de divulgar la existencia de ciertas cuentas Pinochet o cuentas relacionadas a Pinochet, de reguladores federales.

⁴⁰ Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act – Supplemental Staff Report on U.S. Account used by Augusto Pinochet, Permanent Subcommittee of Investigation, Committee of Governmental Affairs, United States Senate (March 16, 2005).

Ejército chileno, que comprendió, por lo menos, veintiocho cuentas y certificados de depósito de Augusto Pinochet⁴¹.

El Reporte Suplementario también identificó casi cien cuentas, certificados de depósito y otras transacciones en instituciones financieras en los Estados Unidos. En su calidad de Presidente y a continuación Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, Augusto Pinochet tenía la obligación de divulgar sus ingresos y activos a las autoridades chilenas. No obstante esta obligación, las autoridades chilenas descubrieron que Augusto Pinochet *jamás* reportó o divulgó sus cuentas bancarias y transacciones en Estados Unidos a *ninguna* autoridad chilena⁴².

Aunque Augusto Pinochet afirmativamente le declaró a las autoridades chilenas que él había recibido como remuneración por sus cargos públicos menos de un millón de dólares desde 1973 hasta enero del 2005, las investigaciones del Ministro Especial Sergio Muñoz Gajardo establecieron que existían depósitos superando los diecisiete millones de dólares en cuentas bancarias en los Estados Unidos de las cuales Augusto Pinochet era titular, o que estaban de algún modo claramente vinculadas a él. El tribunal también determinó que no existía una relación lógica entre los activos de Augusto Pinochet y sus ingresos como funcionario público⁴³.

La República de Chile se encontraba en la siguiente encrucijada que presenta una problemática jurídica relevante. Tanto el Consejo de Defensa del Estado como el Servicio de Impuestos Internos de Chile habían entablado querellas contra Augusto Pinochet⁴⁴. No obstante, era

⁴¹ *Id.* at 9-10.

⁴² De hecho, el 21 de septiembre de 1973, escasamente diez días después de haber tomado control del gobierno de Chile, Augusto Pinochet firmó una declaración de activos ante un notario público. También, el 19 de octubre de 1989, cuando Augusto Pinochet estaba tomando pasos finales para dejar su posición como Presidente de Chile, una vez más firmó una nueva declaración de activos ante un notario público. Ninguno de los activos en el extranjero de Augusto Pinochet se menciona en las dos declaraciones de activos que él había preparado cuando tomó posesión del gobierno o cuando renunció a este cargo a lo largo de los dieciséis años entre la firma de cada una de estas declaraciones.

⁴³ El Servicio de Impuestos Internos de Chile determinó que la falta de divulgación de activos en bancos estadounidenses por parte de Augusto Pinochet le había causado una pérdida fiscal a la tesorería chilena sobre \$ 2.476.000.000 de pesos (aproximadamente US\$ 4.283.737).

Entre 1991 y 2004 Augusto Pinochet transfirió US\$ 5.601.031,20 de sus cuentas bancarias en los Estados Unidos a cuentas en Chile propiamente. La mayor parte de estos fondos fueron transferidos a Chile por virtud de no menos de cuarenta cheques de Riggs Bank que fueron cobrados personalmente en Chile.

⁴⁴ La querella del Consejo de Defensa del Estado reposaba en alegatos contra Pinochet por crímenes de fraude, corrupción, apropiación indebida de fondos públicos, intereses contrapuestos, y conspiración. La querella del Servicio de Impuestos Internos de Chile descansa en alegatos por violaciones del Artículo 94, Número 4, del Código Fiscal. Esta querella se dirige no solo contra

prácticamente imposible fiscalizar activamente estas querellas en Chile ya que la mayor parte de las pruebas se encontraban en el extranjero. Aquí quedaban dos metodologías clásicas a seguir. Primero, la divulgación por medio de cartas rogatorias constituía una opción, pero ella era poco viable, ya que suponía un proceso poco práctico y lento. De modo que sería virtualmente imposible apoyarse en cartas rogatorias para obtener pruebas a tiempo de acuerdo con las exigencias jurídicas de los procesos seguidos en Chile.

La segunda opción –la divulgación por medios consulares– es igualmente implantable ya que tiende a ser poco eficaz e igualmente dilatoria. Sería imposible obtener pruebas en poder de instituciones financieras en los Estados Unidos a tiempo de acuerdo con las necesidades de presentar éstas cuando sea necesario de conformidad con el ritmo de los procesos seguidos en Chile.

Esta problemática planteada por el tema Pinochet representa el paradigma para acudir a la asistencia que es capaz de ser lograda únicamente por medio de la sección 1782. De hecho, el haber sometido peticiones de la sección 1782 en tres jurisdicciones⁴⁵ demostró ser la única metodología viable a los fines de (i) obtener documentos de manera expedita que lograran cumplir con las necesidades de prueba en los temas fiscalizados en Chile y de (ii) tener acceso a declaraciones juradas de testigos claves designados por las varias instituciones financieras como las personas con mayor conocimiento respecto a aquellos temas (cuentas bancarias y transacciones) identificados en las peticiones. En el tema Pinochet, el grueso de esta documentación se obtuvo en un espacio de ocho meses.

A pesar de las críticas que se han documentado respecto a la sección 1782, caben pocas dudas de su eficacia y eficiencia para contribuir sustancialmente a la administración equitativa de la justicia en un contexto transnacional.

Las nuevas pautas emitidas y aquellas esclarecidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos muestran una tendencia para ampliar el ámbito de la sección 1782. Esta tendencia compagina conceptualmente con (i) la “nueva” *teoría restrictiva* a ser aplicada a Estados soberanos

Augusto Pinochet, sino también contra su abogado Oscar Aitkens, tanto como contra aquellos responsables por haber emitido declaraciones fiscales falsas durante el período de 1998 a 2004. Ambas querellas fueron conocidas por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁵ Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito Sur de La Florida, el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito Sur de Nueva York y Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito de Columbia.

extranjeros, (ii) la jurisdicción para prescribir ley positiva emitida por el Congreso de los Estados Unidos, y (iii) la doctrina del acto de Estado. Estas tres doctrinas (y la cuarta que incluye a 28 U.S.C. §1782) tienden a otorgarle legitimidad a los tribunales estadounidenses para desplazar tanto las leyes sustantivas como las normas procesales aplicables a hechos realizados dentro del territorio nacional de Estados soberanos extranjeros.

Las cuatro doctrinas son susceptibles *per se* de violar la soberanía de Estados soberanos extranjeros en múltiples y distintas formas, muchas de las cuales ya aquí se han identificado. Aunque se reconoce que esta problemática no es fácil de conciliar, el protagonismo del concepto de *comity*, tal y como aquí se ha redefinido y renovado como más que una antigua doctrina nebulosa que pretende ser menos que una obligación pero más que una cortesía, ayudaría a mitigar por lo menos aquellos problemas que más han salido a relucir en la formación y transformación del *common law*. Estos preceptos no tienen que ser profunda o radicalmente reconfigurados. Todo lo contrario, se ha planteado un esquema relativamente simple que conduce a preservar la entereza de las doctrinas y los fines enraizados en la buena fe, sencillamente analizándolos dentro del contexto de una “nueva” rúbrica de *comity*. El reto sigue siendo abrumador y la meta igualmente ambiciosa. Pero aquí sugerimos un primer paso hacia la coherencia judicial en el derecho privado internacional que conduzca a la uniformidad, predecibilidad, y confiabilidad dentro del marco político estadounidense que reposa en la legitimidad normativa de la separación de los poderes públicos.

CONCLUSIÓN

Regresemos al punto de partida. Quizás Hans Kelsen tenga razón. El pasado siglo veinte fue testigo de las atrocidades más indignas de la historia de la humanidad. Dos guerras mundiales, incontables ejemplos de genocidio, una riqueza global sin precedentes donde sin embargo cada dos segundos muere una criatura de hambre y, todos los meses, 44.000 niños fallecen víctimas de enfermedades, parecen disminuir nuestra condición humana y conducir hacia el precepto de que no ha habido progreso moral en la civilización humana a pesar del progreso científico y tecnológico.

No sabemos. Es posible que los aborígenes dados a sacrificios de vidas humanas se encuentren en la misma o mejor condición ética que nuestra “civilización moderna”. Sí es necesario, no obstante, recalcar una gran diferencia entre aquellos y la actualidad. La conciencia del

mal, a pesar de las transgresiones referidas, quizás sea suficiente para destacar una diferencia importante que conduzca a tener esperanza. Sí sabemos que esa esperanza jamás será realizada si no hacemos el esfuerzo, como Kelsen sugiere, de intentar una reforma del orden legal internacional. La hazaña es terriblemente complicada y a ella nos tenemos que acercar con humildad reconociendo siempre que toda contribución será poca y el progreso casi imperceptible. Pero a nosotros, con conciencia del mal, ¿nos queda otro remedio?