

SEGUNDA PARTE

Fundamentos

Tema 3

Fuentes del Derecho Económico Internacional

1. El Derecho internacional público como ordenación de las relaciones económicas interestatales

Bibliografía recomendada: Carreau, D., Juillard, P.: *Droit international économique*, 4.^a ed., 2010, pp. 49 ss.; Dolzer, R.: “Wirtschaft und Kultur im Völkerrecht”, en Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, 4.^a ed., 2010, pp. 491 y ss.; Fischer, P.: “Das Internationale Wirtschaftsrecht”, *GYIL* 19/1976, pp. 143 y ss.; Gloria, Ch., en Ipsen, K. (ed.), *Völkerrecht*, 5.^a ed., 2004, pp. 588 y ss.; Hailbronner, K.: *Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsvölkerrechts*, 1983; Picone, P., Sacerdoti, G.: *Diritto Internazionale dell’Economia*, 1982; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999; Zamora, S.: “Is there Customary International Economic Law?”, *GYIL*, 32/1989, pp. 9 y ss., esp. pp. 29 y ss.

a) Consideraciones generales respecto al Derecho Económico Internacional

El Derecho internacional público tiene por objetivo esencial la ordenación de las relaciones interestatales. Sin embargo, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la protección de los derechos humanos ha conducido a una revalorización del individuo frente a su Estado de origen (o de domicilio). Asimismo, han adquirido gran relevancia los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, los actos jurídicos de sus órganos y sus relaciones exteriores. 1

El Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera las fuentes reconocidas del Derecho internacional: “las convenciones internacionales”, “la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” y “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (letras a-c). Además, el precepto también alude a las decisiones judiciales y a las doctrinas de 2

los publicistas como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho internacional público (letra d).

- 3 La aportación del Derecho internacional público a la ordenación de las relaciones económicas internacionales reviste una importancia sustancial. Las expectativas económicas respecto al comportamiento de los Estados (o de las organizaciones internacionales y sus órganos) requieren del Derecho internacional público cuando se trata de que estas expectativas tomen cuerpo en el plano internacional a través de reglas vinculantes. Posiciones protegidas por el Derecho internacional público, como las que existen, por ejemplo, a favor de un inversor privado en un país receptor extranjero, son independientes del Derecho nacional y de su modificación. Derecho internacional y Derecho nacional son, respectivamente, sistemas jurídicos independientes que presentan frecuentes puntos de contacto. La violación de obligaciones derivadas de la normativa convencional internacional, por ejemplo a través de limitaciones a la importación o de la imposición de medidas frente a una empresa extranjera, puede estar justificada desde la perspectiva del juez nacional por una norma interna, pero trae consigo la responsabilidad internacional del Estado. Frecuentemente, los mecanismos para asegurar el cumplimiento del Derecho internacional público no alcanzan la efectividad del aparato coercitivo del sistema estatal. Sin embargo, justamente para las obligaciones derivadas del Derecho internacional económico, existen sanciones jurídicas y fácticas, cuya eficacia es considerable. Frente a la violación de obligaciones consuetudinarias, o la falta de fidelidad convencional, conoce la práctica estatal de un espectro de reacciones escalonadas que puede asegurar, en gran medida, la conformidad de la práctica estatal con el Derecho internacional. Teniendo una intensidad menor que las medidas coercitivas económicas, también reacciones, como la negación de apoyo económico o la suspensión de las inversiones extranjeras, pueden suponer para el Estado responsable un precio muy alto a pagar por la violación del Derecho internacional público. Tras concluir el conflicto Este-Oeste, la disposición a adoptar tales reacciones por parte de los países occidentales industrializados está menos determinada que antes por consideraciones políticas contrapuestas. Al mismo tiempo, también se ha aplacado la discrepancia, alimentada por los diferentes planteamientos de regulación política, entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, respecto a principios particulares del Derecho internacional económico, como por ejemplo, la indemnización en caso de expropiación a extranjeros. Finalmente, desde hace algún tiempo se han consolidado de forma destacada los procedimientos de avenencia y de resolución vinculante de diferencias –por ejemplo, a través de instancias arbitrales–. También de esta forma se ha incrementado la autoridad del Derecho internacional público en la práctica estatal. Las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la ONU, emitidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, son también importantes para las relaciones económicas, ya que imponen sanciones económicas contra Estados individuales y establecen procedimientos frente al terrorismo internacional (incluyendo las

denominadas *smart sanctions* contra agrupaciones terroristas y personas presuntamente involucradas en actividades de terrorismo internacional).¹

Sin duda, siguen existiendo graves lagunas normativas en el nivel interestatal; sobre todo, en lo que respecta al reparto de recursos en el contexto de la contraposición entre países industrializados y en vías de desarrollo. Además, falta una red tupida de disposiciones de Derecho internacional público reguladoras de supuestos que, al presentar puntos de contacto con diversos Estados, pueden dar lugar a colisiones entre reglas sustantivas estatales (por ejemplo, en Derecho de la competencia, Derecho concursal o del comercio exterior).

Para la observancia del Derecho internacional público en la práctica estatal, es de gran importancia su validez en el ámbito interno, su fuerza vinculante respecto de los órganos nacionales. Cuanto más arriba en el orden jerárquico nacional estén situadas las fuentes de Derecho internacional público, en mayor grado se evitarán los conflictos entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. En Alemania, en el mismo nivel jerárquico que las leyes federales ordinarias, se encuentran los convenios que regulan las relaciones políticas de Alemania y los denominados *gesetzesinhaltliche Verträge*, que se refieren a materias de legislación sustantiva (citados en el Artículo 59.2 primer inciso de la Constitución alemana de 1949 –GG–) y que requieren ser aprobados por los órganos legislativos por medio de una ley federal. Las reglas generales del Derecho internacional público, esto es, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho, tienen primacía sobre las leyes federales, según el Artículo 25.2 GG. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se ha caracterizado por una pronunciada inclinación a favor del Derecho internacional público.²

b) La costumbre internacional

La costumbre internacional se genera a través del comportamiento de los sujetos del Derecho internacional público, especialmente Estados y organizaciones internacionales, durante un determinado periodo de tiempo, siempre que también refleje su convicción sobre la existencia de un deber jurídico. Como regla general, las normas convencionales

¹ Con respecto al efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas según los arts. 25 y 48 de la Carta de Naciones Unidas, v. la sentencia del Tribunal Federal Suizo, EuGRZ 2008, p. 66; en cuanto a su efecto en la protección de los derechos humanos bajo el Derecho de la Unión Europea v. la sentencia del TJUE, asuntos acumulados. C-402/05 P y C-415/05 P, Kadi y Al Garakaat, Rec. 2008, I-6351, n. marg. 280 y ss.

² V. por ejemplo, la Sent. TC alemán de 23 de junio de 1981, BverfGE, t. 58, esp. p. 34 y Sent. TC alemán de 26 de marzo 1987, BverfGE, t. 74, esp. p. 370 (concreción del principio del Estado de Derecho a la luz del contenido y grado de desarrollo de la Convención Europea de Derechos humanos). Según la Sent. TC alemán de 31 de mayo de 1987 (BverfGE, t. 75, esp. p. 19) las autoridades y tribunales de la República Federal Alemana están obligadas, con base en el Artículo 25 de la Constitución (GG), “a no otorgar eficacia a una actuación de autoridades no alemanas, efectuada violando las reglas generales del Derecho internacional público, en el ámbito de aplicación de la Constitución, y a impedir cooperar de forma decisiva en una acción de autoridades no alemanas contraria a las reglas generales del Derecho internacional público”.

especiales prevalecen sobre la costumbre internacional. Constituyen una excepción los estándares consuetudinarios que protegen intereses elementales de la comunidad internacional y, por ello, tienen carácter imperativo (*ius cogens*). En esta categoría se engloba, por ejemplo, la prohibición del uso de la violencia, el derecho de autodeterminación de los pueblos o el núcleo esencial de los derechos humanos. De importancia para la vida económica internacional son, sobre todo, las reglas consuetudinarias sobre la no sujeción de los Estados a una jurisdicción extranjera (inmunidad de los Estados),³ sobre expropiación a nacionales extranjeros con obligación de indemnizar,⁴ y sobre la protección diplomática que concede un Estado a sus nacionales frente a un Estado extranjero,⁵ También van adquiriendo una importancia creciente los contenidos consuetudinarios en la delimitación del ámbito de jurisdicción estatal, cuando se trata de regular supuestos con elemento extranjero.⁶ Algunos principios consuetudinarios, como la prohibición de intervención,⁷ carecen, hasta hoy, de perfiles definidos.

- 7 Teniendo en cuenta la heterogeneidad de la comunidad de Estados, el Derecho consuetudinario internacional ha aportado pocos principios de Derecho económico. No obstante, el triunfo del sistema de la economía de mercado podría provocar un cambio. Actualmente, los Estados están sujetos a escasas limitaciones derivadas de normas consuetudinarias a la hora de configurar sus relaciones económicas externas; por ejemplo, al admitir importaciones o al fijar tipos de cambio. Un Estado tampoco está obligado sin más, a tenor del principio de nación más favorecida, a extender a otros Estados los privilegios económicos que concede a un determinado Estado. En esta materia, la no discriminación sólo se asegura por vía convencional.
- 8 En algunos ámbitos, es de gran importancia la evolución en curso del Derecho consuetudinario. Esto sucede, por ejemplo, con la problemática de la crisis internacional de la deuda externa, en vista de las deudas extraordinariamente altas contraídas por algunos países en vías de desarrollo y su reivindicación de renegociar tales deudas con los Estados acreedores, o en cuanto a la observancia de determinadas obligaciones en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente. También en el Derecho monetario internacional se discute sobre la observancia de determinadas obligaciones en el ejercicio del poder normativo nacional.⁸

³ V. *infra*, tema 6, nota al margen 2.

⁴ V. *infra*, tema 20, nota al margen 1.

⁵ V. *infra*, tema 6, nota al margen 4.

⁶ V. *infra*, tema 3, nota al margen 5.c.

⁷ V. *infra*, tema 6, nota al margen 1.b.

⁸ Más extensamente, v. Zamora, S.: "Is there Customary International Economic Law?", GYIL, 32/1989, pp. 9 y ss., esp. pp. 29 y ss.

La formación del Derecho consuetudinario es un proceso largo y complicado. Ello nutre con frecuencia el debate de si un principio es ya, o ha dejado de ser, parte de la costumbre internacional vigente. En el desarrollo de los principios jurídicos, la opinión de una gran parte de la comunidad internacional se adelanta a veces a la práctica estatal. Especialmente, algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas ponen de manifiesto, en ocasiones, una convicción mayoritaria que todavía no se sustenta en una práctica asentada. De esta forma, este tipo de aclaraciones ayuda a modificar el Derecho consuetudinario. Debido a la necesidad de que exista una práctica estatal suficiente, estas opiniones no son por sí mismas una auténtica fuente del Derecho. Pero, por otra parte, manifestaciones de este tipo, como muestra de la concepción jurídica mayoritaria, pueden conducir a la consolidación consuetudinaria de reglas. Para estas opiniones se utiliza el concepto de *soft law*. Entre las resoluciones de la Asamblea General que presentan una conexión con el orden económico destaca la declaración *Friendly Relations* (Declaración relativa a los principios del Derecho internacional sobre las relaciones amistosas y la cooperación entre Estados), adoptada por unanimidad en 1970,⁹ y que proclama la obligación de todos los Estados de cooperar en el plano interestatal, especialmente con los países en vías de desarrollo. Las peticiones político-económicas de los países en vías de desarrollo, que dominan cuantitativamente la Asamblea General, han hallado reflejo en la denominada Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974.¹⁰ Esta resolución fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por una amplísima mayoría. Sin embargo, los pocos Estados que votaron en contra, o se abstuvieron, tienen un gran peso, de ahí que la resolución sea rechazada, o no reconocida, por casi todos los países industrializados occidentales. En definitiva, el significado indiciario de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas como expresión del Derecho internacional público vigente depende de la actitud que frente a ellas adopten los distintos segmentos de la comunidad internacional, como países industrializados y países en vías de desarrollo. Dentro del ámbito del *soft law* se encuadran también los esfuerzos tendentes a desarrollar códigos de conducta para las empresas multinacionales.

c) Tratados sobre el tráfico económico interestatal

La pobreza del Derecho consuetudinario internacional en materia de principios de Derecho económico especiales, hace que los convenios internacionales ordenadores del tráfico económico interestatal adquieran una importancia decisiva. En este sentido, a día de hoy todavía falta un convenio general en el plano universal que regule las dimensiones particulares de la vida económica internacional, a través de reglas uniformes. El ámbito en el que se ha alcanzado un mayor progreso es el de la regulación de las relaciones de comercio exterior, al limitarse los aranceles a la importación, así como otros obstáculos comerciales.

⁹ Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), UNYB, 1970, pp. 788 y ss.

¹⁰ Resolución de la Asamblea General 3281 (XXIX), UNYB, 1974, pp. 402 y ss.

- 11 El intento llevado a cabo después de la Segunda Guerra Mundial de crear una Organización Internacional de Comercio (OIC), con un amplio ámbito competencial, fracasó. Así, la “Carta para una Organización Internacional del Comercio” de 1948 nunca llegó a entrar en vigor.¹¹ De este proyecto lleno de pretensiones, sólo se ha llegado a realizar una parte: el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*), un acuerdo sobre las disposiciones de política comercial de la Carta, a las que se añaden disposiciones aduaneras.¹² Con la conclusión de la Ronda Uruguay,¹³ se ha alcanzado una importante revalorización del sistema GATT: con la modificación del GATT (GATT 94) y una red de acuerdos adicionales, se ha alcanzado un marco organizativo general para la liberalización del tráfico comercial internacional, en cuyo centro se encuentra la Organización Mundial del Comercio (OMC o en inglés, *World Trade Organization - WTO*). El GATT, junto con los demás acuerdos del sistema de la OMC, constituye la columna vertebral del actual orden del comercio mundial, sobre la base de un modelo liberal. En el ámbito de la cooperación monetaria y al desarrollo, se crearon el Fondo Monetario Internacional y el Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo (Banco Mundial).¹⁴ Auspiciados por el régimen del Banco Mundial, el Convenio sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CISDI) de 1965, y el Tratado constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de 1985, tienen por objetivo la protección de las inversiones.¹⁵
- 12 Finalmente, en el ámbito suprarregional, juegan un papel relevante los acuerdos sobre materias primas.¹⁶ Este tipo de pactos aglutina principalmente los intereses de los países productores; pero existen también algunos acuerdos sobre materias primas que permiten equilibrar los intereses de los países productores y consumidores.
- 13 Junto al GATT son asimismo de gran importancia los acuerdos regionales de cooperación económica.¹⁷ Un extraordinario grado de integración se ha alcanzado en el marco de la Unión Europea.¹⁸ Hace ya tiempo que el Derecho de la Unión Europea no se puede clasificar según las categorías tradicionales del Derecho internacional convencional, ya que se ha transformado en un sistema jurídico autónomo que cada vez acoge más elementos federales, y que, con el Tratado de la Unión Europea, se encamina en una nueva dirección. El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) vincula a la Unión Europea y a la Asociación Europea de Libre Cambio (*European Free Trade Association - EFTA*), de

¹¹ Al respecto, v. Jaenicke, G.: “Havana Charter”, EPIL, 1995, t. II, pp. 679 y ss.

¹² V. *infra*, tema 10.

¹³ V. *infra*, tema 10, nota al margen 1 b)

¹⁴ V. *infra*, tema 24, nota al margen 2 y tema 26, notas al margen 1 y 2.

¹⁵ V. *infra*, tema 23, notas al margen 5 y 6.

¹⁶ V. *infra*, tema 11.

¹⁷ V. *infra*, tema 12.

¹⁸ V. *infra*, tema 5 y tema 12, nota al margen 2.

acuerdo con los principios del Tratado de la Comunidad Europea (hoy TUE).¹⁹ La zona de libre comercio pactada entre Estados Unidos y Canadá ha sido ampliada hacia el sur a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o, en inglés, *North American Free Trade Agreement - NAFTA*).²⁰ Además, en el Continente americano existen diversas asociaciones regionales entre Estados latinoamericanos.²¹ Especialmente, el Mercosur ha contribuido a ampliar de forma reseñable las relaciones comerciales entre los Estados miembros. En cambio, la Comunidad Andina, antes Pacto Andino, sólo ha alcanzado hasta ahora una eficacia limitada.

En el ámbito de los acuerdos bilaterales, son reseñables los numerosos Tratados de amistad, comercio y navegación, en los que a menudo se protege especialmente el derecho de establecimiento y la posición jurídica de los respectivos nacionales en el Estado de acogida.²² Muchos de estos acuerdos contienen una cláusula de nación más favorecida, que asegura a los Estados contratantes las mismas ventajas concedidas a otros Estados. Asimismo, son de destacada relevancia práctica los Tratados bilaterales de protección de las inversiones.²³ 14

d) Principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho forman parte del sistema del Derecho internacional público (Artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ), y tienen como función la integración de lagunas. Se extraen de los principios que son comunes a los “grandes” sistemas jurídicos. Dado que hoy el Derecho internacional público se sigue basando en la igualdad de los Estados, los principios generales del Derecho se obtienen a través de la comparación de los sistemas de Derecho civil, que regulan las relaciones horizontales entre sujetos privados (Derecho de obligaciones, cosas o sociedades). Para fundamentar los principios generales del Derecho, en la mayoría de las ocasiones, se efectúa una remisión a los sistemas jurídicos continentales más importantes; por ejemplo, al Código Civil francés, alemán o al Derecho anglosajón (*common law*). Desde el punto de vista de los países del “tercer mundo”, esto podría ser visto como una preferencia injustificada de la tradición jurídica occidental. No obstante, debe tenerse en cuenta que los sistemas jurídicos de origen latino (el Derecho francés, italiano o español), el Derecho civil alemán o el *common law* inglés, han influido fuertemente en los ordenamientos de muchos países de Latinoamérica, África y Asia. 15

¹⁹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 3.

²⁰ V. *infra*, tema 12, nota al margen 4

²¹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 5.

²² V. Sent. de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de julio de 1989, Case Concerning Elettronica Sicula S p A (United States v. Italy), ICJ Reports, 1989, pp. 15 y ss. y Vives Chillida, J. A.: “Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la Sentencia Elettronica Sicula S p A (ELSI) (Estados Unidos/Italia), REDI, 1/1992, pp. 7 y ss.

²³ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

- 16 Se consideran principios generales del Derecho internacional público, por ejemplo, la prohibición del abuso de derecho, el instituto de la caducidad, o los principios del enriquecimiento injusto,²⁴ y de la gestión de los negocios ajenos sin mandato.²⁵ También juega un papel relevante el principio de buena fe en sus diversas manifestaciones. Entre ellas, se cuenta por ejemplo el principio de *estoppel*, proveniente del Derecho inglés;²⁶ conforme a este principio, quien induce a otro a tomar determinadas medidas, no puede posteriormente alegar que el otro ha actuado de forma ilícita (idea de que el comportamiento previo genera confianza, la prohibición del *venire contra factum proprium*). Las reglas del enriquecimiento injusto imponen fundamentalmente que, quien ha recibido una prestación con base en un contrato ineficaz, debe devolver lo percibido.
- 17 Los principios generales del Derecho tienen carácter subsidiario y, en la mayoría de las ocasiones, concretan derechos y deberes ya existentes. Sin embargo, en algunos casos, se acude a los principios generales del Derecho para crear derechos y deberes. En este último contexto, se puede encajar, por ejemplo, la responsabilidad de los miembros de una organización internacional por las deudas que ésta ha contraído frente a Estados y acreedores privados.²⁷ A este respecto, se discute sobre si es adecuado recurrir a los principios vigentes en el Derecho de sociedades respecto al “levantamiento de velo”. En este sentido, es controvertido si una organización internacional con personalidad jurídica propia puede ser tratada de forma similar a una sociedad de capital, o como determinadas formas de sociedad personalista.
- 18 En la aguda problemática del destino de las obligaciones derivadas de préstamos en el caso de sucesión de Estados, los principios generales del Derecho juegan un papel importante.²⁸ Esta problemática ha adquirido actualidad, por ejemplo, respecto al posible traslado de responsabilidad a los nuevos Estados, tras la disolución de Unión Soviética y Yugoslavia.
- 19 La costumbre internacional no contiene ninguna regla clara en esta materia, a no ser que se trate de deudas especiales, como deudas territorialmente vinculadas (*localized debts*). Por eso, se buscan criterios de solución con la ayuda de los principios generales del Derecho. A este respecto se plantea, por ejemplo, la pregunta de si se puede recurrir a

²⁴ Schreuer, C.: “Unjust Enrichment”, en EPIL, 2000, t. IV, pp. 1243 y ss.

²⁵ Herdegen, M.: “Zur Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) im Völkerrecht”, en AA.VV.: *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doebring*, 1989, pp. 303 y ss.

²⁶ Müller, J. P., Cottier, T.: “Estoppel”, en EPIL, 1995, t. II, pp. 116 y ss.

²⁷ V. *infra*, tema 4, nota al margen 2.c).

²⁸ Dahm, G., Delbrück, R., Wolfrum, R.: *Völkerrecht*, 2.ª ed., t. I/1, 1989 temas 17-18; Ebenroth, C. T., Wilken, O.: “Sezessionsbedingte Schuldüberleitung – Wirtschaftsrechtliche Dimension der Staatennachfolge”, RIW, 1991, pp. 885 y ss; Fastenrath, U., Schweisfurth, T., Ebenroth, C. T.: “Das Recht der Staatensukzession”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 35, 1996; v. también Williams, P. R.: “State Succession and the International Financial Institutions: Political Criteria v. Protection of Outstanding Financial Obligations”, ICLQ, 43/1994, pp. 776 y ss.

principios del Derecho de sucesiones, para justificar una sucesión universal por parte de los Estados sucesores, en calidad de “herederos” de las deudas. En la doctrina moderna, está abriéndose paso la opinión que aboga, basándose en principios generales de Derecho civil, por un sincronismo en el traspaso de activos y pasivos (*res transit cum onere suo*).²⁹ En este sentido, las obligaciones de la antigua Unión Soviética se repartirían entre los nuevos Estados, teniendo en cuenta su participación en el anterior producto nacional bruto. Una solución de este tipo sería más apropiada que la de recurrir, por ejemplo, al censo de la población como criterio de distribución. En la sucesión de Estados, ha de tenerse en cuenta que, respecto a la sucesión de deudas frente a acreedores privados, el nuevo Estado es el “señor” de su sistema jurídico, y que, por tanto, también puede disponer de las reclamaciones de los particulares. El poder normativo del Estado es limitado por el Derecho consuetudinario internacional sólo a partir del momento en que se trata de posiciones patrimoniales de extranjeros que se han consolidado como propiedad.³⁰

2. Derecho de la Unión Europea

Bibliografía recomendada: Bieber, R., Epiney, A., Haag, M.: Die Europäische Union, 8.^a ed., 2009; Calliess, Ch.: Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010; *id.*, Ruffert, M. (ed.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3.^a ed., 2006; Dausies, M. A. (ed.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (enero 2010); Geiger, R.: EUV/EGV (Kommentar), 4.^a ed., 2004; Grabitz, E., Bogdandy, A. v., Nettesheim, M. (ed.): Europäisches Außenwirtschaftsrecht, 1994; Grabitz, E., Hilf, M. (ed.): Das Recht der Europäischen Union, (octubre 2009); Herdegen, M.: Europarecht, 13.^a ed., 2011; Haratsch, A., König, Ch., Pechstein, M.: Europarecht, 7.^a ed., 2010; Hummer, W., Obwexer, W. (ed.): Der Vertrag von Lissabon, 2009; Lenz, C. O., Borchardt, D.: EU- und EG-Vertrag, 4.^a ed., 2006; Oppermann, T.: Europarecht, 4.^a ed., 2009; Schwarze, J. (ed.): EU-Kommentar, 2.^a ed., 2009; Schweitzer, M., Hummer, W., Obwexer, W.: Europarecht, 10.^a ed., 2007; Streinz, R.: Europarecht, 9.^a ed., 2011; von der Groeben, H., Schwarze, J. (ed.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6.^a ed., 2004; Weatherill, S., Beaumont, P.: EU Law, 4.^a ed., 2004. V. igualmente la bibliografía recomendada del tema 5.

El sistema de la Unión Europea constituye un orden propio, de carácter supranacional. 20 De las tres Comunidades originales, únicamente subsiste en la actualidad la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). La Comunidad Europea (CE, originalmente Comunidad Económica Europea - CEE) fue absorbida, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a finales de 2009, por la Unión Europea. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) expiró en el 2002.

²⁹ En el sentido de un sincronismo entre *burdens* (cargas) y *benefits* (beneficios), v. Ebenroth, C., T., Wilken, O., *supra*, nota 37.

³⁰ V. *infra*, tema 20, nota al margen 1.

- 21 Las competencias de la Unión Europea, extensas y en constante ampliación, así como las atribuciones normativas de sus instituciones frente a los Estados Miembros y a los ciudadanos de la Unión Europea, distinguen a la Unión Europea frente al resto de las organizaciones internacionales. Los Tratados Constitutivos y el Derecho derivado elaborado por las instituciones de la Unión conforman un ordenamiento jurídico autónomo, que ya no puede clasificarse adecuadamente atendiendo a las categorías generales del Derecho internacional público.³¹ El Derecho de la Unión Europea tiene absoluta prevalencia frente a todo Derecho nacional que le sea contradictorio. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, su prioridad es directamente obligatoria; los Tratados no sólo generan simples deberes convencionales respecto de los Estados miembros, sino que también configuran la base para la transferencia de derechos soberanos a favor de la Unión Europea. Además, si cada Estado pudiese oponer a las normas de la Unión su propia Constitución o sus leyes, se produciría en el mercado común de los Estados miembros, una distorsión del marco jurídico de la vida económica. Como consecuencia, habría grandes distorsiones de la libre competencia dentro de la Unión. Por ello, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), es evidente que el Derecho de la Unión Europea debe ser aplicado por las autoridades o tribunales nacionales sin restricción alguna; los jueces nacionales, a los que se haya acudido en el marco de su competencia, están obligados a:

aplicar íntegramente el derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.³²

- 22 La primacía del Derecho de la Unión Europea también es reconocida por el Derecho alemán, salvo por lo que se refiere a los principios estructurales irrenunciables de su Constitución (véase el Artículo 79.3 GG).³³ Con esta reserva a favor del “núcleo duro” (*Identitätskern*) del orden constitucional alemán se pone de manifiesto que, desde la perspectiva del Estado alemán y de sus órganos jurisdiccionales, la Unión Europea aún dista de convertirse en un Estado federal.
- 23 Las disposiciones de los Tratados Constitutivos de la Unión y las normas elaboradas por las instituciones de la Unión no vinculan únicamente a los Estados miembros; con frecuencia también crean directamente derechos y deberes para los particulares. Este efecto significa que los ciudadanos de la Unión pueden alegar el Derecho de ésta frente a las autoridades y tribunales nacionales, y que, a través del Derecho de la Unión, están

³¹ Sent. TJUE 26/62, As. van Gend & Loos, Rec., 1963, pp. 1 y ss., esp. p. 25 y Sent. TJUE 6/64, As. Costa c. ENEL, Rec., 1964, p. 1251 y ss., esp. p. (1269).

³² Sent. TJUE 106/77, As. Simmenthal II, Rec., 1978, pp. 223 y ss., esp. p. 230.

³³ Sent. TC alemán de 22 de octubre de 1986, BverfGE tomo 73, pp. 339 y ss., esp. p. 376.

sujetos de forma directa a determinados deberes. En este sentido, el Derecho de la Unión Europea se coloca, frente a los particulares, en una posición similar a la del Derecho nacional. Esta influencia del Derecho de la Unión en el ámbito de los Derechos nacionales se describe con el concepto de “efecto directo”. La aplicación directa del Derecho de la Unión Europea frente a los particulares requiere que no sea necesaria la transposición previa, por medio de leyes u otros actos jurídicos nacionales.

Los particulares pueden invocar una serie de disposiciones convencionales referidas a 24 las “cuatro libertades comunitarias” (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales). Así, el TJUE decidió tempranamente que, frente al incremento de los aranceles de importación, una empresa podía alegar que estas medidas contravenían la obligación de los Estados miembros prevista en el Artículo 30 TFUE.³⁴ De forma similar, un jurista holandés al que, a pesar de poseer la aptitud requerida, se le impide ejercer en Bélgica como letrado únicamente por cuestiones de nacionalidad, podría ampararse en la libertad de establecimiento reconocida en el Artículo 49 TFUE.³⁵ Según la reciente doctrina del TJUE, las libertades comunitarias en el Derecho de la Unión Europea también protegen, con un alcance aún no precisado totalmente, frente a limitaciones realizadas por particulares, y despliegan, por lo tanto, “eficacia horizontal”.³⁶

Junto a los Tratados de la Unión y en el mismo nivel jerárquico, se encuentran “los prin- 25 cipios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” (v. art. 340.2 TFUE y 188.2 TCEEA). Concretando estos principios rectores comunes de los ordenamientos jurídicos nacionales, el TJUE, entendiendo de forma dinámica su misión judicial, ha dotado a la Unión de un modelo no escrito de derechos fundamentales de la Unión Europea y determinados principios de Derecho estatal. Para ello, su doctrina jurisprudencial se ha apoyado en la tradición constitucional común de los Estados miembros, así como en las garantías de la Convención Europea de Derechos humanos.³⁷ A éstas pertenecen, por ejemplo, la protección de la propiedad privada, del libre ejercicio de la profesión, o de la esfera privada (especialmente frente a injerencias desproporcionadas), y, asimismo, el principio de la protección de la confianza y garantías procesales elementales. Con el control de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión, el TJUE ha desarrollado un sistema de protección de derechos fundamentales que, según el Tribunal Constitucional

³⁴ Sent. TJUE 26/62, As. van Gend & Loos, Rec., 1963, pp. 1 y ss., esp. pp. 26 y 27.

³⁵ Sent. TJUE 2/74, As. Reyners, Rec., 1974, pp. 631 y ss., esp. pp. 651 y ss.

³⁶ Respecto a las reglas de transferencia y las cláusulas sobre extranjeros de clubs de fútbol, v. Sent. TJUE C-145/93, As. Bosman, Rec., 1995, I-4921. Respecto a la prueba de bilingüismo exigida como requisito para contratar por parte de un empresario privado en el Sur del Tirolo, v. Sent. TJUE C-281/98, As. Angonese, Rec., 2000, I-4139.

³⁷ Sent. TJUE 44/79, As. Hauer, Rec., 1979, pp. 3727 y ss. y compárese con Sent. TJUE 46/87 y 227/88. Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec., 1989, pp. 2919 y ss.; Oppermann, T.: *Europarecht*, 2.^a ed., 1999, nota al margen 6.I y las referencias allí citadas.

alemán, es comparable al estándar alemán de derechos fundamentales.³⁸ El Tratado de Maastricht se declaró partidario de respetar: “los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario” (Artículo 6.3 TUE).

- 26 El 7 de diciembre de 2000, en la cumbre de Niza, el Consejo de la UE, y los presidentes del Parlamento y de la Comisión, promulgaron de forma solemne la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.³⁹ El Artículo 6.1 TUE asigna a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo rango jerárquico que a los Tratados.
- 27 También las normas elaboradas por las instituciones comunitarias (Derecho derivado) pueden actuar directamente sobre la esfera jurídica individual de forma similar a como lo hace la normativa nacional, esto es, generando derechos y obligaciones para los particulares.
- 28 Esto sucede especialmente con los reglamentos a que alude el Artículo 288.2 TFUE (“El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”).⁴⁰ Entre los reglamentos relevantes de la Unión Europea se encuentran, por ejemplo, los siguientes: el Reglamento 1612/68 de la Comunidad Económica Europea relativo a la libre circulación de los trabajadores, el Reglamento (CE) 1/2003 sobre el procedimiento en materia de Derecho de la competencia, y el Reglamento (CE) 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. Directamente vinculantes para sus destinatarios son las decisiones dirigidas a los Estados o a los particulares, como las autorizaciones y prohibiciones de disponer en materia de Derecho de la competencia, o la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la Comisión (art. 288.4 TFUE). Así, si la Comisión de la Unión Europea sospecha que algunas empresas están llevando a cabo acuerdos restrictivos de la competencia, puede exigir la exhibición de documentos comerciales, o que se permita llevar a cabo investigaciones en las instalaciones de la empresa, y en caso de que se le nieguen tales iniciativas puede imponer una multa coercitiva.
- 29 Por el contrario, las directivas, con carácter general, no pueden ser aplicadas de forma directa en el Derecho nacional. Estas normas contienen disposiciones más o menos concretas, que primero han de ser transpuestas por los Estados miembros a sus respectivas legislaciones nacionales (art. 288.3 TFUE). Por su tipología, la directiva, en atención a

³⁸ Sent. TC alemán de 22 de octubre de 1986, BverfGE, t. 73, esp. pp. 378 y ss.

³⁹ DO, C 364, pp. 1-22; un texto ligeramente cambiado fue proclamado a finales de 2007, v. EuGRZ 2007, pp. 747 y ss.

⁴⁰ En el mismo sentido, v. el art. 161.2 TCEEA referido a los Reglamentos.

su forma y medios de transposición, deja a los Estados miembros un cierto margen de actuación. Excepcionalmente, las directivas adquieren una aplicabilidad directa cuando ha transcurrido el plazo de transposición otorgado a los Estados miembros para su adaptación al ordenamiento interno y si se trata de preceptos con un contenido suficientemente determinado. En estos casos, según la doctrina del TJUE, todo ciudadano puede invocar en su beneficio estas disposiciones frente al Estado incumplidor.⁴¹ Este desarrollo jurídico que lleva a cabo el TJUE permite la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Sin embargo, el TJUE rechaza la eficacia directa de directivas en perjuicio de los particulares (“efecto directo horizontal”).⁴²

Así, un consumidor que haya negociado un contrato fuera de un establecimiento comercial no puede alegar directamente, en un litigio frente al oferente, el precepto de una directiva que, para estos casos, concede un derecho de revocación del contrato en interés del consumidor.⁴³

Adicionalmente, el TJUE ha desarrollado una sanción especial frente a los Estados miembros que incumplan la obligación de transponer. Bajo determinadas circunstancias, los particulares pueden exigir una indemnización al Estado que no ha transpuesto una directiva que les sería favorable. 30

Así, un Estado miembro, que no haya incorporado al Derecho nacional disposiciones que protegen a los trabajadores frente a la insolvencia del empresario contenidas en una directiva, deberá indemnizar al trabajador que sufra un perjuicio económico por encontrarse su empleador en una situación de este tipo.⁴⁴

En su jurisprudencia reciente, el TJUE ha ampliado este planteamiento inicial, creando un sistema de responsabilidad que abarca también otras violaciones del Derecho originario o derivado cometidas por los Estados miembros (por ejemplo, violaciones del TFUE a través de actos del poder legislativo,⁴⁵ ejecutivo, o judicial⁴⁶). Los presupuestos de la responsabilidad de los Estados, según el Derecho de la Unión Europea, son la vulneración de una norma protectora de intereses individuales, una violación “suficientemente cualificada” (que debe resultar de la notoriedad de la lesión), y una relación causal entre la violación y el daño. Con esta jurisprudencia, el TJUE ha forzado los límites admisibles del desarrollo judicial del Derecho. 31

⁴¹ As. 8/81, Becker, Rec., 1982, pp. 53 y ss., y Sent. TJUE 152/84, As. Marshall, Rec., 1986, pp. 723 y ss.

⁴² Sent. TJUE 80/86, As. Kolpinghuis Nijmegen, Rec., 1987, pp. 3969 y ss.

⁴³ Sent. TJUE C-91/92, As. Faccini Dori, Rec., 1994, I-3325.

⁴⁴ Sent. TJUE C-6/90 y 9/90, As. Francovich, Rec., 1991, p. I-5357 y ss.

⁴⁵ En torno a la responsabilidad de la República Federal Alemana por una infracción del Artículo 28 TCE causada por la “ley alemana sobre pureza de la cerveza”, v., Sent. TJUE C-46/93, As. Brasserie du Pêcheur, Rec., 1996, p. I-1029 y TJUE C-5/94, As. Hedley Lomas, Rec., 1996, p. I-2553.

⁴⁶ Al respecto, v. Herdegen, M.: *Europarecht*, 12.^a ed., 2010, § 10 n. marg. 8 y ss., y Herdegen, M., Renssmann, T.: “Die neue Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung”, *ZHR*, 161/1997, pp., 522 y ss.

- 32 Entre las fuentes del Derecho de la Unión Europea, también se cuentan los acuerdos internacionales que la Unión concluya con terceros Estados u organizaciones internacionales (conforme con el Artículo 216 TFUE y al Artículo 101 TCEEA). Estos acuerdos son vinculantes para los Estados miembros y para las instituciones de la Unión (Artículo 216.2 TFUE), y son jerárquicamente superiores al Derecho derivado.
- 33 Los acuerdos sobre materias que son competencia tanto de la Unión Europea, como de los Estados miembros, se concluyen como “acuerdos mixtos”, esto es, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros figuran como partes contratantes (muestra de ello son los acuerdos de la OMC, o los Tratados de asociación económica concluidos entre la Comunidad Europea y los denominados Estados ACP).
- 34 Esquema de las fuentes del Derecho de la Unión Europea
- 1) Derecho originario: Tratados Constitutivos (TUE, TFUE, TCEEA), con sus respectivos protocolos, principios generales comunes del Derecho de la Unión, Carta de los Derechos Fundamentales.
 - 2) Acuerdos de la Unión con terceros Estados y organizaciones internacionales, reglas generales del Derecho internacional público, y obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas.
 - 3) Derecho derivado:
 - Reglamentos
 - Directivas
 - Decisiones
 - Recomendaciones y dictámenes

3. Acuerdos internacionales referidos al tráfico económico privado

Bibliografía recomendada: Jayme, E., Hausmann, R. (ed.): *Internationales Privat und Verfahrensrecht*, 15.^a ed., 2010; Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 9.^a ed., 2004, pp. 227 y ss.; Reithmann, C., Martiny, D.: *Internationales Vertragsrecht*, 7.^a ed., 1996.

- 35 Existe un abundante grupo de acuerdos internacionales, que tiene por objetivo facilitar el tráfico económico entre particulares. Entre ellos, hay acuerdos ya clásicos en materia de comercio internacional, como los Convenios internacionales de Ginebra de 1930 y 1931, sobre letra de cambio, y sobre pagaré y cheque;⁴⁷ las dos Convenciones de La Haya de 1964 sobre el contrato de compraventa internacional de bienes muebles corporales, y la formación de los contratos de compraventa internacional de objetos muebles corporales, y el Convenio de La Haya, de 22 de diciembre de 1986, sobre la ley aplicable a los

⁴⁷ BOE no 172 de 19 de julio de 1985.

contratos de venta internacional de mercancías.⁴⁸ Estas regulaciones convencionales se califican como *loi uniforme* (ley uniforme), ya que obligan a los Estados contratantes a adaptar su Derecho sustantivo, o su Derecho internacional privado, con el fin de alcanzar la unificación jurídica perseguida.

En esta dirección, la Convención de las Naciones Unidas, sobre los contratos de compra-venta internacional de mercaderías,⁴⁹ pretende unificar la regulación sobre compraventa de los respectivos Estados contratantes. En el marco de las Comunidades Europeas, se elaboró el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que, entretanto, ha sido incorporado al Derecho de la Unión Europea.⁵⁰ 36

En la práctica juegan un papel importante los convenios para la consecución procesal de pretensiones, por ejemplo, en materia de obtención de pruebas en el extranjero, y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales,⁵¹ y laudos arbitrales.⁵² También poseen un significado destacable los convenios internacionales sobre transporte terrestre, marítimo y aéreo.⁵³ 37

4. “Derecho transnacional” y *lex mercatoria*

Bibliografía recomendada: Bar, Ch v., Mankowski, P.: Internationales Privatrecht, t. I, 2.^a ed., 2003, pp. 75 y ss.; Berger, K. P.: The Practice of Transnational Law, 2001; *id.*: Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996; *id.*: The Creeping Codification of the New Lwx Mercatoria, 2010; Bonell, M. J.: “Das autonome Recht des Welthandels. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte”, *RabelsZ*, 42/1978, pp. 485 y ss.; Booyens, H.: “Die internationale lex mercatoria”, *AVR*, 30/1992, pp. 196 y ss.; Cutler, A. C.: Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy, 2003; Ehrlicke, J.: “Zur Einführung: Grundstrukturen und Probleme der lex mercatoria”, *JuS*, 1990, pp. 967 y ss.; Goldman, B.: “La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Clunet* 106/1979, pp. 475 y ss.; Kötz, H.: “Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht”, *RabelsZ* 34/1970, pp. 663 y ss.; Langen, E.: Transnational Commercial Law, 1973; *id.*: Transnationales Recht, 1981; Meyer, R.: Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, 1994; Röthel, A.: “Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?”, *JZ* 2007, pp. 755 y ss.; Schmitthoff, C.: “Das neue Recht des Welthandels”, *RabelsZ* 28/1964, pp. 47 y ss.;

⁴⁸ Al respecto de estos Tratados v. *infra*, tema 13, nota al margen 3.

⁴⁹ V. *infra*, tema 13, nota al margen 3.

⁵⁰ V. *infra*, tema 13, nota al margen 2.

⁵¹ V. *infra*, tema 9, nota al margen 4.

⁵² V. *infra*, tema 9, nota al margens 2 y 5.

⁵³ V. *infra*, tema 14, nota al margen 2.

Spickhoff, A.: “Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten”, *RebelsZ* 56/1992, pp. 116 y ss.; Stein, U.: *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, 1995; Weise, P. -F.: *Lex mercatoria*, 1990.

- 38 Las similitudes de muchos ordenamientos jurídicos, especialmente con respecto a las instituciones y principios del Derecho privado, han alimentado los alegatos a favor del reconocimiento de un “Derecho transnacional”.⁵⁴ Los defensores de este concepto pueden apoyarse en que los tribunales de muchos Estados, cuando aplican normas codificadas o cuando recurren a la noción “naturaleza del caso” para resolver asuntos semejantes, desarrollan reiteradamente pautas de solución similares, y acuden a principios generales del Derecho que son comunes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Para que se den estas similitudes estructurales, es presupuesto necesario que concurren valores fundamentales análogos en el enjuiciamiento de los conflictos de intereses. En este sentido, la práctica de los tribunales nacionales se apoya en gran medida en los ordenamientos jurídicos de Europa continental y anglosajones, pero también en acuerdos de Derecho internacional público referidos al tráfico económico privado.

Aquí existen ciertos puntos de contacto con los principios generales del Derecho internacional (Artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ). En este orden de cosas, han fructificado usos y costumbres comerciales que se han consolidado en una *lex mercatoria*. Juegan un importante papel a este respecto las reglas desarrolladas por la Cámara de Comercio internacional de París, para interpretar determinadas cláusulas de los contratos internacionales de comercio, los denominados Incoterms (*International Rules for the Interpretation of Trade Terms*), como la cláusula CIF *Cost, Insurance and Freight* –Costo, seguro y flete–.⁵⁵ Desde hace algún tiempo existen aspiraciones a codificar, bajo la denominación de *New Lex Mercatoria* (nueva ley mercatoria), una red cada vez más densa de reglas reconocidas en el comercio internacional. Así, un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, de 1987, enumeró ocho principios y reglas:

*The arbitral tribunal decides that the applicable rules of the lex mercatoria should comprise principles such as the one that contracts must prima facie be executed in conformity with stipulations contained therein (pacta sunt servanda), the one that contracts must be executed in good faith, the one that in case that unforeseen difficulties arise after the conclusion of the contract the parties must negotiate in good faith to overcome them... the one that contracts must be interpreted according to the principle of ut res magis valeat quam pereat (favor validitatis) and the one that a party's omission to respond to a letter which has been addressed to it by the other party may be considered as an indication for the acceptance of the terms contained therein.*⁵⁶

⁵⁴ Al respecto, v. especialmente, Langen, E., *Transnacionales Recht*, 1981 (sobre la terminología y al análisis del concepto, pp. 13 y ss.; en torno a la práctica, pp. 29 y ss.).

⁵⁵ V. *infra*, tema 13, nota al margen 1.

⁵⁶ Laudo arbitral 8365 de la CCI, Ciunet (*Journal du Droit International*) 1997, p. 1078 ss., esp. 1079 ss. V. también <http://www.translex.org/208365>.

Entre tanto, ya existen codificaciones que recogen un número importante de reglas vigentes en el tráfico comercial.⁵⁷

El reconocimiento de principios del “Derecho transnacional” no supone admitir la existencia de un ordenamiento jurídico autónomo. Más bien, la validez de estos principios requiere su reconocimiento por el Derecho nacional o por el Derecho internacional público. Por tanto, el “Derecho transnacional” no constituye un ordenamiento jurídico autónomo, capaz de “autosustentarse”. Así, las reformas de la normativa sobre arbitraje de numerosos Estados reconocen cada vez más la facultad de las partes, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, para someter sus relaciones contractuales a un Derecho no-nacional.⁵⁸ 39

El empleo de la autonomía privada no convierte, sin embargo, la conexión con un Derecho nacional en superflua. Así, si dos empresas someten sus relaciones comerciales en el momento de la conclusión del contrato a principios del Derecho del comercio internacional, dicho pacto sólo desplegará eficacia si un juez nacional lo reconoce de acuerdo con su Derecho interno. En algunos ordenamientos parece que existe cada vez más predisposición a aceptar este sometimiento de las transacciones económicas a principios jurídicos transnacionales. 40

En la práctica arbitral moderna, existe la posibilidad de acudir a principios generales del tráfico jurídico privado, si las partes han pactado de forma clara la no aplicación de determinados ordenamientos jurídicos. En la jurisprudencia actual de los tribunales nacionales, se aprecia una clara y extendida tendencia a dar paso a reglas comerciales internacionales desvinculadas de un ordenamiento nacional concreto. En el asunto *Compañía Valenciana*, el tribunal arbitral resolvió una controversia entre una empresa española y otra estadounidense, referida a un contrato de suministro de carbón, aplicando reglas comerciales internacionalmente reconocidas, dado que las partes habían acordado que no se debería aplicar ni Derecho español, ni estadounidense.⁵⁹ Posteriormente, la parte no beneficiada por el laudo arbitral acudió a los tribunales franceses y solicitó la anulación del mismo, alegando que, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional que deberían aplicarse en este caso (Artículo 13.3), la corte arbitral hubiera debido decidir aplicando la ley nacional que ella considerase pertinente. Por consiguiente, existiría una obligación de basarse en las normas de un determinado Derecho nacional. Sin embargo,

⁵⁷ Al respecto y con más referencias, Berger, K. P.: “Transnational Commercial Law Online”, KSzW 2010, pp. 206 y ss.

⁵⁸ V. por ejemplo, el § 1051.1 de la *Zivilprozessordnung* alemana, el art. 28.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL (recogido en Berger, K. P.: *International Economic Arbitration*, 1993, pp. 875 y ss.); el art. 1496 del *Nouveau code de procédure civile français* (recogido en AA. VV.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, pp. 1023 y ss.); el art. 1054 de la ley procesal holandesa (recogido en Berger, K. P., *op. cit.*, pp. 887 y ss.); el art. 46.1.a y b de la *United Kingdom Arbitration Act 1996* (recogido en ILM, 36/1997, pp. 155 y ss.).

⁵⁹ *Compañía Valenciana de Cementos Portland c/ Primary Coal Inc.*, *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 663 ss. esp. 665.

el Tribunal de Apelación de París rechazó este planteamiento afirmando que un procedimiento arbitral regido por las reglas de la Cámara de Comercio Internacional permite invocar “*l’ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales*”.⁶⁰

- 41 La remisión a principios internacionalmente reconocidos, por ejemplo del Derecho de contratos,⁶¹ tiene la ventaja (a pesar de todas sus inseguridades metodológicas) de que ya no importa qué Derecho sustantivo es aplicable a un supuesto y cuál es su contenido. Dado que este tipo de principios generales normalmente presenta perfiles menos claros que las disposiciones del Derecho nacional, el hecho de que las partes realicen una “elección de Derecho aplicable” de este tipo aumenta el margen de decisión de la instancia que ha sido requerida, sin que ello suponga admitir por completo la creación de una justicia basada en la equidad. Por lo demás, las inseguridades en la aplicación de la *lex mercatoria*, a veces, no son mayores que las que surgen en el curso de la titubeante aplicación de normas de un ordenamiento jurídico nacional escasamente matizado y que, además, puede resultar extraño a una de las partes. Esto explica que, sobre todo en el ámbito del arbitraje internacional, se acuda a los principios jurídicos internacionales reconocidos para fundamentar la decisión. El *Iran-US Claims Tribunal* de La Haya ha acudido reiteradamente a principios jurídicos internacionalmente aceptados, para resolver controversias entre nacionales estadounidenses y el Estado iraní o empresas estatales iraníes.⁶² La autorización para ello se encuentra en el Acuerdo celebrado entre Estados Unidos e Irán, que permite que el tribunal pueda acudir a los principios del Derecho mercantil (*principles of commercial law*) que estime aplicables.⁶³ La jurisprudencia inglesa ha considerado que era eficaz y ejecutable un laudo arbitral internacional en el cual una disputa sobre petróleo, entre una sociedad alemana y una empresa estatal árabe, había sido resuelta aplicando “*internationally accepted principles of law governing contractual relations*”.⁶⁴ En este caso,

⁶⁰ Cour d’Appel de Paris, *Revue de l’arbitrage* 1992, pp. 497-498.

⁶¹ V. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 1994, Lando, O., Beale, H.: *The Principles of European Contract Law*, 1995, y Berger, K. P., “Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge. Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?”, *ZvglRWiss*, 94/1994, pp. 217 y ss.

⁶² Reynolds Tobacco Co versus The Government of Iran and Iranian Tobacco Co, As. 35 firmado el 31 de julio de 1984, Iran-US CTR 1984-III, vol. 7, pp. 181 y ss., esp. p. 192; McCollough and Co v. The Ministry of Post, Telegraph and Telephone, The National Irania Oil Co. and Bank Markazi, As. 89, firmado el 22 de abril de 1986, Iran-US CTR 1986-II, vol. 11, pp. 3 y ss., esp. pp. 29-30; Mobil Oil Iran Inc., and Mobil Sales and Supply Corporation versus Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company, As. 74, firmado el 14 de julio de 1987, Iran-US CTR 1987-III, volumen 16, pp. 3 y ss., esp. pp. 27-28; The Islamic Republic or Iran versus The United States of America, As. B1, firmado el 31 de agosto de 1988, Iran-US CTR 1988-II, vol. 19, pp. 273 y ss., esp. p. 295. V. igualmente, Crook, J. R.: “Applicable Law in International Arbitration: The Iran-US Claims Tribunal Experience”, *AJIL*, 83/1989, pp. 278 y ss., esp. pp. 280 y ss.

⁶³ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, 19 de enero de 1981 (recogido en Oellers-Frahm, K., Wühler, N.: *Dispute Settlement in Public International Law*, 2.ª ed., 2001, p. 2131).

⁶⁴ Sent. de la Court of Appeal inglesa de marzo 1987, Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. versus R’As al-Khaimah National Oil Company Co., *Weekly Law Reports*, 3/1987, pp. 1023 y ss.

el tribunal arbitral hizo referencia, sobre todo, a los usos comerciales internacionales en materia de licencias sobre sondeos petrolíferos. En esta jurisprudencia, se manifiesta la creciente disponibilidad a desvincular, sobre la base de un pacto entre las partes, las relaciones contractuales respecto de un determinado Derecho nacional.⁶⁵ Por otra parte, se discute en qué medida las partes, al regular contractualmente sus relaciones, por ejemplo en relación con un acuerdo arbitral, pueden separarse por completo de todo Derecho nacional.⁶⁶ A este respecto, los tribunales estatales dan respuestas diversas.

5. El Derecho económico nacional y su aplicación extraterritorial

Bibliografía recomendada: American Law Institute: Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, t. 1, 1987, pp. 230 y ss.; Basedow, J., “Wirtschaftskollisionsrecht-Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 8 y ss.; *id.*: “Private Law Effects of Foreign Export Controls, An International Case Report”, *GYIL*, 27/1984, pp. 109 y ss.; Dolzer, R.: “Extraterritoriale Anwendung des nationalen Rechts aus der Sicht des Völkerrechts”, *Bitburger Gespräche* (2003), pp. 71 y ss.; Gramlich, L.: *Außenwirtschaftsrecht*, 1991; Huber, U.: “Auswirkungstheorie und extraterritoriale Rechtsanwendung im internationalen Kartellrecht”, *ZGR*, 1981, pp. 510 y ss.; Kaffanke, J.: *Nationales Wirtschaftsrecht und internationale Wirtschaftsordnung*, 1990; Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 8.^a ed., 2000, pp. 934 y ss.; Lange, D., Born, G. (ed.): *The Extraterritorial Application of National Laws*, 1987; Maier, H. G.: “Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads – An Intersection between Public and Private International Law”, *AJIL*, 76/1982, pp. 280 y ss.; Mann, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law” *RdC*, 111/1964 I, pp. 1 y ss.; *id.*: “The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years”, *RdC*, 186/1984 III, pp. 9 y ss.; Meessen, K. M.: “Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law”, *AJIL*, 78/1984, pp. 783 y ss.; *id.* (ed.): *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practise*, 1996; Meng, W.: *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994; Mestmäcker, E. J.: “Staatliche Souveränität un offene Märkte”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 205 y ss.; Puttler, A.: *Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten*, 1989; Remien, O.: “Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht”, *RabelsZ*, 54/1990, pp. 431 y ss.; Rigaux, F.: “Droit économique et conflits de souveraineté”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 104 y ss.; Roth, P. M.: “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the “Balance of Interests””, *ICLQ*, 41/1992, pp. 245 y ss.; Ryngaert, C.: *Jurisdiction in International Law*, 2008; Schnyder, A. K.: *Wirtschaftskollisionsrecht*, 1990; Schulz, T.: “Carving up the Internet Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, *EJIL* 1(2004), pp. 799 y ss.; Siehr, U.: “Ausländische

⁶⁵ Boyd, S. C.: “The role of national law and the national courts in England” en Lew, J. D. M.: *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, pp. 149 y ss.

⁶⁶ V. *infra*, tema 9, nota al margen 2 y tema 22.

Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 41 y ss.; Veelken, W.: *Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, 1988.

- 42 El tráfico económico internacional aún se sigue regulando por el Derecho nacional, por ejemplo, por el Derecho nacional de obligaciones, de Derechos reales, el Derecho mercantil y de sociedades, el Derecho del comercio exterior o el Derecho administrativo económico. El Derecho económico nacional está, en primer lugar, vinculado a un territorio. Así, depende de si un proceso económico transcurre en el territorio de un determinado Estado, o si, al menos, produce efectos en el mismo Estado. En situaciones transfronterizas, que afectan a una pluralidad de Estados, existe un riesgo de “fraccionamiento” de las relaciones económicas que se conectan con distintos Derechos nacionales. La posibilidad de concurrencia de normas aumenta, teniendo en cuenta que la aplicación del Derecho nacional puede hacerse depender no sólo de elementos territoriales, sino también de conexiones personales con el respectivo Estado. Así, los Estados someten, en muchas ocasiones, el comportamiento de sus propios nacionales en el extranjero, también a determinados mandatos o prohibiciones. Sin embargo, la ejecución de tales obligaciones de conducta nacionales se limita generalmente al propio territorio estatal. Con razón se considera que la territorialidad del Derecho, por los “costes de transacción” vinculados a ella, supone un freno esencial para el comercio exterior.⁶⁷ Por eso, en esta materia, adquieren gran importancia los esfuerzos para lograr una armonización en la regulación de supuestos de hecho vinculados con una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Esta puede lograrse, por ejemplo, a través de la uniformización del Derecho sustantivo (así, en materia de eficacia de los contratos de compraventa, o las consecuencias del incumplimiento de prestaciones), o bien unificando las normas sobre el Derecho aplicable (normas de Derecho internacional privado o de conflicto. Por ejemplo, aplicando el Derecho vigente en el lugar de celebración del contrato a los requisitos de forma).
- 43 Además, es importante que el Derecho nacional tome en consideración los intereses “legítimos” de otros Estados: esto se logra si un Estado renuncia a que su Derecho nacional se extienda a determinados supuestos, o si en la adopción de decisiones judiciales se tienen en cuenta disposiciones extranjeras, por ejemplo, atendiendo a la existencia de una prohibición de exportar al decidir sobre un contrato de suministro desde un país africano de unas máscaras tribales de gran valor histórico-cultural.

a) Regulación del comercio exterior

- 44 Las normas nacionales sobre comercio exterior (dejando a un lado las obligaciones convencionales internacionales de los respectivos Estados, derivadas, por ejemplo, del GATT) regulan especialmente el tráfico transfronterizo de mercancías y capitales. Los principios

⁶⁷ Schmidt-Trenz, H. -J.: *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990, pp. 167 y ss. y passim.

rectores político-económicos de un ordenamiento estatal se reflejan directamente en su normativa sobre comercio exterior. Así, el número de países cuyo comercio exterior está monopolizado estatalmente está disminuyendo, especialmente tras la caída del régimen comunista en el antiguo Bloque Oriental.

Los mecanismos más importantes de regulación del comercio exterior son los aranceles aduaneros, las limitaciones a la exportación e importación (entre las que se cuentan las prohibiciones de importar y exportar, las reservas de autorización o las restricciones cuantitativas), y las subvenciones. La utilización de estos instrumentos se puede valorar de forma distinta, sea desde el punto de vista teórico o económico. Así, desde la perspectiva exterior, son preferibles, por su mayor transparencia, los aranceles a la importación que las subvenciones. Pero, por otra parte, tales mecanismos provocan una distorsión en las estructuras del precio y el consumo. 45

En Estados Unidos, rige una prohibición general a la exportación junto con una reserva de autorización. No obstante, esta prohibición se ha relajado, al proclamarse exenciones generales en importantes ámbitos.⁶⁸ Los Derechos europeo y alemán, en materia de comercio exterior, siguen otro modelo: parten del principio de libre circulación de mercancías, capitales y otros tráficos económicos (en relación con terceros Estados).⁶⁹ Según el Artículo 1 del Reglamento general de exportaciones de la Unión Europea, el principio que rige es el de la libre exportación.⁷⁰ De manera similar, el Artículo 1.2 del Reglamento general de importaciones de la Unión Europea establece el principio de libre importación.⁷¹ En Alemania, el § 1.1 de la *Außenwirtschaftsgesetz* (AWG o Ley de comercio exterior) establece: 46

La circulación de bienes, servicios, capitales y pagos, el restante comercio económico con territorios extranjeros, y el tráfico de divisas y oro entre residentes (intercambio económico externo) es, por regla general, libre. Está sometido a las limitaciones contenidas en esta ley, o a las introducidas por el orden jurídico con base en esta ley.

En la Unión Europea, el Derecho del comercio exterior se determina a través del ejercicio, 47 por parte de la propia Unión Europea, de las competencias sobre política comercial (Artículos 206, 207, 215 TFUE).⁷² Los Estados miembros de la Unión Europea aún tienen

⁶⁸ Gabriel, J. M.: "Das amerikanische Exportkontroll-System", *Außenwirtschaft*, 44/1989, pp. 59 y ss. y Hentzen, M. K.: *US-amerikanische Exportkontrollen*, 1988, esp. pp. 54 y ss.

⁶⁹ V. Epping, V.: *Die Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998.

⁷⁰ Reglamento (CE) No. 1061/2009 del Consejo, de 19 de octubre de 2009, por el que se establece un régimen común aplicable a las exportaciones.

⁷¹ Reglamento (CE) No. 260/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre el régimen común aplicable a las importaciones.

⁷² V. *infra*, tema 5, nota al margen 3.

capacidad para establecer regulaciones propias en materia de comercio exterior, ya que así lo permiten tanto autorizaciones especiales contenidas en normas de la Unión Europea de Derecho derivado, como reservas generales a favor de intereses de política exterior y económica de los Estados parte. La ley alemana de comercio exterior admite limitaciones al comercio exterior, por ejemplo, con el fin de cumplir con obligaciones del Derecho internacional público (§ 5 AWG), o para defender al país frente a influencias perjudiciales provenientes de ámbitos económicos extranjeros (así, en caso de falseamiento de la competencia a nivel nacional provocado por subvenciones extranjeras a la exportación, o si peligra el comercio interestatal, según se recoge en el § 6 AWG). Las autorizaciones extraordinariamente amplias previstas en el § 7 AWG con el fin de limitar el comercio exterior, tienen por objeto proteger la seguridad de Alemania y sus intereses exteriores. Al mismo tiempo, el Derecho de la Unión Europea se superpone, a causa del traspaso de competencias de política nacional a la Unión Europea, al Derecho del comercio exterior alemán (véase Artículo 215 TFUE).

El embargo comercial contra Irak (a causa de la ocupación –ilegal, desde la perspectiva del Derecho internacional– de Kuwait), basado en normas sancionadoras paralelas a un reglamento de embargo de la Comunidad Europea, se amparó tanto en el § 5 AWG (cumplimiento de obligaciones internacionales atendiendo a una resolución de embargo del Consejo de seguridad de la ONU), como en la autorización del § 7.1.2 AWG, que opera frente a “una perturbación de la convivencia pacífica de los pueblos”.

- 48 De gran importancia es la restricción permanente a la importación o exportación de determinados bienes económicos que prevé el § 7.2 AWG. Un ejemplo de estas limitaciones son los controles a la exportación de bienes estratégicos, recogidos en el denominado Arreglo de Wassenaar sobre control de exportaciones de armas convencionales y bienes y tecnología de doble uso,⁷³ el cual ha reemplazado la denominada Lista COCOM (*Coordinating Committee for East-West Trade*), de los países de la OTAN.⁷⁴ El Derecho de la Unión Europea restringe la exportación de bienes que puedan ser usados tanto para fines civiles como militares (doble uso).⁷⁵ Junto al vínculo territorial existen también otros puntos de conexión, de naturaleza material o personal. Así, la regulación del comercio exterior de muchos países limita la libertad de actuación económica de sus propios nacionales en el extranjero (§ 7.3 AWG). A los alemanes se les prohíbe participar en la producción de determinadas armas (por ejemplo, atómicas, biológicas y químicas) en el extranjero –bajo una drástica amenaza de sanción– (§§ 16 ss. y 19 ss. de la Ley alemana de control de las armas de guerra - *Kriegswaffenkontrollgesetz*).

⁷³ Al respecto, Werner, W.: “Die neuen internationalen Grundlagen der Exportkontrolle”, RIW 1998, pp. 179 y ss.

⁷⁴ Oeter, S.: “CoCom und das System der koordinierten Exportkontrollen”, *RebelsZ*, 55/1991, pp. 436 y ss.

⁷⁵ Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo de 5 de mayo de 2009 por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso, D. O. 2009, núm. L 134, p. 1; al respecto Hölscher, C.: “Die Neufassung der Dual-Use-Verordnung”, RIW 8/2009, pp. 524 y ss.

Muy controvertidos son los intentos emprendidos individualmente por algunos Estados, 49 de extender el alcance extraterritorial de sus prohibiciones de exportación, ampliando los criterios de conexión territoriales o personales.

Esta problemática se aprecia en el caso *Pipeline-Embargo* (embargo del gaseoducto).⁷⁶ Como consecuencia de su disconformidad con los negocios soviético-europeos referidos a la conducción de gas natural, el gobierno estadounidense prohibió (reservándose la autorización) la exportación de maquinaria creada con tecnología estadounidense y que sirviese para la extracción de petróleo o gas natural. Esta prohibición también comprendía, si se daban determinados presupuestos, los suministros realizados por empresas no estadounidenses. Junto a este embargo definido objetivamente, el gobierno estadounidense decretó también una prohibición de exportar bienes no provenientes de Estados Unidos, basada en un criterio personal. Dicha prohibición afectaba, entre otros, a nacionales estadounidenses, a sociedades de capital constituidas en los Estados Unidos, así como a sociedades y otras empresas controladas por éstos, independientemente de donde se localizase su sede real o su lugar de constitución. Estas limitaciones a la exportación se complementaban, además, con importantes amenazas de sanciones. En el asunto *Sensor*, la sucursal holandesa de una empresa estadounidense se comprometió con un contratista francés, a entregarle piezas que serían destinadas a la construcción del gaseoducto soviético. La empresa holandesa no pudo cumplir con su obligación contractual de entrega, a causa de la prohibición de exportación estadounidense. Un tribunal holandés estimó la demanda del comprador requiriendo el cumplimiento del contrato, y consideró que el amplio alcance de la norma prohibitiva estadounidense suponía una violación del Derecho internacional público.⁷⁷ Aquí queda patente cómo, a veces, la expansión extraterritorial del Derecho nacional, para desplegar eficacia, requiere el reconocimiento por parte de los otros Estados. En este caso, se podría haber tenido en cuenta, al menos, la amenaza de sanción prevista por las normas estadounidenses de comercio exterior como un obstáculo fáctico al cumplimiento de la prestación.

La imposición de una prohibición de reexportación a una empresa extranjera sobre la mera base de que ésta esté controlada por capital nacional (a través de una empresa matriz nacional) parece inadmisibles. En el asunto *Sensor*, se tuvo en cuenta, como punto de conexión adicional, la “nacionalidad” de los bienes provenientes de Estados Unidos. Tal adscripción de productos a un determinado Estado debe tomarse en consideración, especialmente si éstos son el resultado de procesos de producción altamente tecnológicos. Finalmente, en relación con el caso estadounidense *Pipeline-Embargo*, se ha discutido si la aplicación de las normas de control de exportaciones de un Estado más allá de sus

⁷⁶ Basedow, J.: “Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht”, *RebelsZ*, 47/1983, pp. 141 y ss.; Lowe, A. V.: “International Law Issues Arising in the Pipeline Dispute; The British Position”, *GYIL* 27/1984, pp. 54 y ss.; Vagts, D. F.: “The Pipeline Controversy: An American Viewpoint”, *GYIL* 27/1984, pp. 38 y ss. También, Püttler, A.: *Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten*, 1989.

⁷⁷ Sent. de 17 de septiembre de 1982, District Court at The Hague Judgment in *Compagnie Europeenne des Petroles S.A., v. Sensor Nederland B. V.*, *ILM*, 22/1983, pp. 66 y ss.; *RebelsZ* 47 (1983), p. 141.

fronteras se puede justificar mediante una declaración privada de quien contrata con el exportador, sometiéndose a la regulación nacional del comercio exterior. A una declaración de este tipo no se le puede hacer caso omiso, si se refiere a las normas de control de exportación vigentes en ese momento en el Estado en cuestión, y si constituye un presupuesto para la concesión de la autorización para exportar. Ya que si un Estado puede denegar por completo la exportación salvo reserva de realizar un sometimiento de este tipo, el mismo debe ser admitido como la medida menos gravosa. De hecho, el sometimiento, en el marco de la autonomía de la voluntad, a una ley extranjera de comercio exterior, constituye una conexión que brinda legitimidad a la aplicación de normas extranjeras de control de exportaciones.

- 50 La regulación del comercio exterior de muchos Estados se caracteriza por el hecho de que el poder ejecutivo dispone de unas facultades extraordinariamente amplias para limitar las importaciones o exportaciones. En los pocos casos en que existe una protección jurídica efectiva de los particulares frente a regulaciones de este tipo queda un amplio margen de maniobra, que los tribunales sólo depuran muy tímidamente. Algunos consideran al ejecutivo como el poder más receptivo a intereses económicos sectoriales y egoístas, y ven en los amplios poderes de las normas de comercio exterior la puerta de acceso de tendencias proteccionistas.

b) Consideraciones generales sobre el Derecho económico conflictual

- 51 Los supuestos transfronterizos de la vida económica afectan a intereses normativos de una pluralidad de Estados y pueden ser enjuiciados sobre la base de diversos Derechos nacionales. Desde el punto de vista de las autoridades administrativas y los tribunales de un determinado Estado, el primer elemento a tener en cuenta es si a ese supuesto se le aplica el propio Derecho nacional o un ordenamiento extranjero. Ello será decidido aplicando las normas de conflicto nacionales (*conflict of laws*), esto es, el Derecho internacional privado o el Derecho internacional público del foro (Estado del juez que conoce del caso). Así, el Derecho internacional privado alemán (especialmente atendiendo a las disposiciones del EGBGB - Ley de introducción al Código Civil⁷⁸) determina, por ejemplo, el Derecho aplicable a un contrato concluido en Francia entre una empresa alemana y un comprador oriental sobre el suministro de productos químicos. Si se trata de decidir sobre expropiaciones, medidas estatales de control económico o reglas del comercio exterior (como limitaciones a la exportación o licencias de construcción y explotación), aquí interviene el Derecho público internacional. El Derecho público de un Estado se dirige directamente a sus propios órganos. Al contrario que el Derecho privado, el Derecho público no es apto para ser “aplicado”, en sentido estricto, por tribunales extranjeros. Se

⁷⁸ El art. 3.1 EGBGB establece que: “En relación con situaciones con una vinculación al Derecho de un Estado extranjero, las siguientes disposiciones determinan el ordenamiento jurídico aplicable (Derecho internacional privado)”.

trata, más bien, de ver si es posible tomar en consideración las consecuencias jurídicas de los actos de soberanía extranjeros. El Derecho internacional privado y el Derecho público internacional están estrechamente interrelacionados. Así muchos ordenamientos jurídicos renuncian por completo a esta distinción conceptual. Las concepciones de regulación política penetran en los complejos normativos privados de forma similar que en el Derecho público, aunque, en este último sector, con frecuencia, la contradicción de intereses en el plano interestatal se pone de relieve más claramente.

Los puntos de conexión que brindan legitimidad a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico nacional se desprenden, en particular, de los principios de territorialidad y de personalidad. Según el principio de territorialidad, esta vinculación se puede generar sea por la localización de una cosa en el territorio nacional, sea por ser éste el lugar de la acción o del resultado. Además, en Derecho económico también tiene relevancia el principio de personalidad, que atiende a la nacionalidad o al domicilio de una persona física, o a la sede de una persona jurídica. Puede ocurrir, por ejemplo, que un Estado expropie el patrimonio de uno de sus nacionales o de una sociedad nacional. Respecto de los bienes de la persona expropiada situados en el extranjero, se puede producir una superposición del principio de personalidad (que remitiría al Derecho del Estado de origen del sujeto) y del principio de territorialidad (que daría poder normativo al Estado donde el bien está situado). También en la regulación del comercio exterior se aplica el principio de personalidad.⁷⁹ El ejercicio de la autoridad reglamentaria por parte de un Estado se puede justificar también por motivos de protección de la seguridad nacional y de bienes jurídicos nacionales valiosos (principio de protección). Finalmente, en determinados casos es posible que un Estado persiga y sancione, aplicando su Derecho nacional, una serie de comportamientos universalmente proscritos (como la piratería, la esclavitud, el genocidio y probablemente también ciertos actos de terrorismo - principio de jurisdicción universal).

El muy influyente *Restatement of the Law (3d) of Foreign Relations Law of the United States*⁸⁰ establece en su § 402:

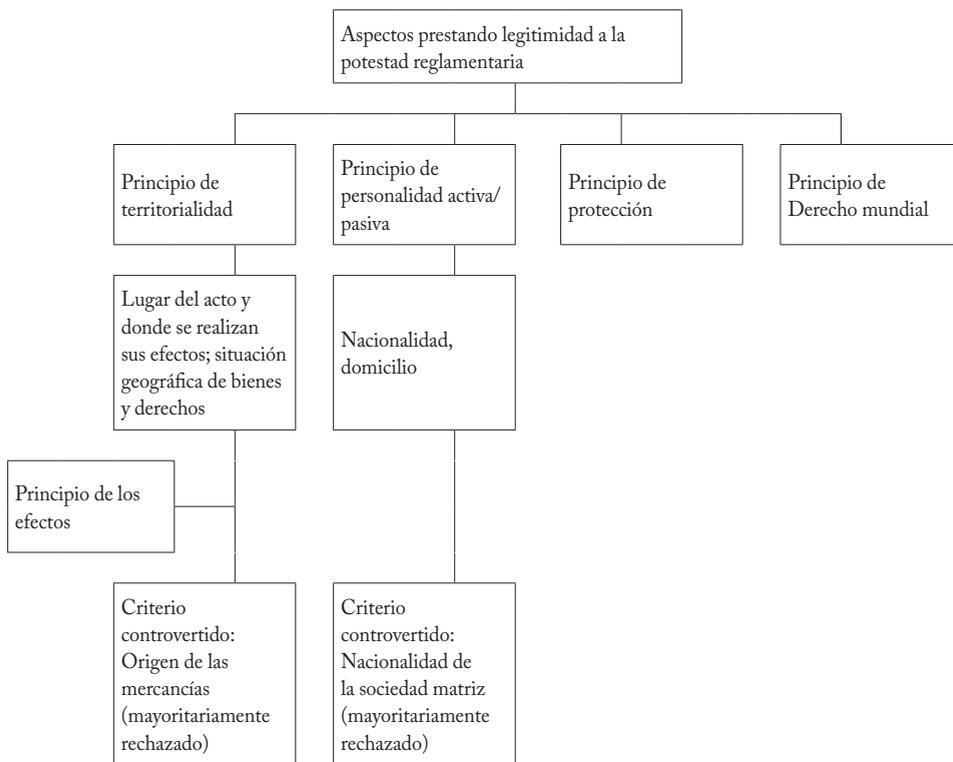
- (1) Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to
 - (a) conduct that, wholly or in substantial part, takes place within its territory,
 - (b) the status of persons, or interests in things, present within its territory,
 - (c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory.
- (2) the activities, interests, status or relations of its nationals outside as well as within its territory, and

⁷⁹ V. supra, tema 3, nota al margen 5.a.

⁸⁰ American Law Institute: *Restatement (Third) of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, t. 1, 1987, § 402.

(3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests”.

En el ámbito de las relaciones societarias, por ejemplo, en lo que atañe a la organización interna de una sociedad anónima o respecto a los derechos de los accionistas individuales, las normas de conflicto nacionales atienden al lugar de la sede de administración o al lugar de constitución.⁸¹



54 Los tribunales nacionales no aplican el Derecho extranjero cuando el contenido de éste no es compatible con los principios fundamentales del propio ordenamiento jurídico (excepción del *ordre public*-orden público). Esta reserva se tiene en cuenta en Derecho alemán (Artículo 6 EGBGB⁸²) si, por ejemplo, la aplicación del Derecho extranjero no es conforme con los derechos fundamentales (con la prohibición de discriminación por motivos de raza o sexo, por ejemplo), o con el Derecho consuetudinario internacional

⁸¹ V. *infra*, tema 16, nota al margen 1.

⁸² “Una norma legal de otro Estado no ha de aplicarse cuando su aplicación conduzca a un resultado que es claramente incompatible con principios esenciales del Derecho alemán. En particular, no ha de aplicarse cuando su aplicación sea incompatible con derechos fundamentales”.

imperativo (por ejemplo, respecto del suministro de armas para cometer una agresión militar).

En Derecho internacional privado alemán, las obligaciones contractuales quedan siempre sujetas (incluso aunque las partes hayan elegido la aplicación de un Derecho extranjero) a “aquellas normas del Derecho alemán que son de aplicación imperativa sin tener en consideración cuál es el derecho aplicable al contrato”. Las normas obligatorias (también conocidas como “leyes de policía”) son reglas orientadas (por lo menos en parte) a salvaguardar importantes intereses referidos al bien común. En esta categoría de normas se subsumen prohibiciones del Derecho del comercio exterior o de la competencia, y posiblemente también ciertos preceptos del Derecho de la protección de consumidores e inversores.

Los supuestos cuyos elementos, personales o materiales, remiten a dos o más ordenamientos jurídicos nacionales, están sujetos a la “intervención” concurrente de los Estados implicados si éstos, en ejercicio de su facultad normativa, se valen de puntos de conexión “legitimantes” (como el lugar de cumplimiento de la obligación o la sede societaria), y someten el supuesto de hecho a su propio Derecho y jurisdicción. Cuando dos o más Estados extienden la aplicación de su Derecho a un mismo supuesto de hecho y de ello se derivan distintas concepciones normativas, amenaza con producirse un conflicto de jurisdicciones. Estos conflictos pueden surgir debido a que un determinado Derecho nacional regula un supuesto de hecho con elemento extranjero de tal forma que éste produce efectos más allá del territorio nacional, esto es, cuando el Derecho nacional se aplica “extraterritorialmente”. La incidencia de estas regulaciones transfronterizas se aprecia, por ejemplo, cuando una sociedad anónima con sede en Francia y patrimonio en Alemania es expropiada aplicando una ley francesa, o cuando el Derecho de la competencia alemán se aplica a acuerdos restrictivos de la competencia de empresas extranjeras, o si una prohibición de exportación estadounidense se hace extensiva a los suministros realizados por sucursales europeas de sociedades estadounidenses. La manifestación más aguda de estos conflictos normativos se produce cuando el Derecho del Estado A impone un comportamiento cuya realización supone, a la vez, la violación de una prohibición vigente en el Estado B. 55

La concurrencia de una pluralidad de Estados en la regulación de un determinado supuesto genera inseguridad jurídica; ésta puede debilitar la confianza en los órganos estatales, hacer que los tribunales de distintos Estados entren en contradicciones difícilmente superables, o fomentar estrategias de las partes en cuanto a qué foro es, en cada caso, el más beneficioso para sus respectivos intereses. Además, en algunos conflictos de este tipo, surge la amenaza de que los intereses del particular sean sacrificados en el altar de los intereses estatales en pugna. La utilización del poder legislativo y de la competencia judicial sobre un supuesto de hecho unitario por parte de dos o más Estados, fomenta la tendencia del potencial demandante a elegir el tribunal que vaya a ser más favorable 56

a sus pretensiones (fenómeno denominado *forum shopping*).⁸³ Las regulaciones convencionales internacionales sobre la competencia judicial son un mecanismo para limitar estas posibilidades de elección.

- 57 Frente al peligro de que los supuestos económicos transfronterizos se conviertan en motivo de conflicto entre las pretensiones regulativas estatales y que, de esta forma, se genere intranquilidad en las relaciones económicas internacionales, puede reaccionarse desde distintos niveles. Una posibilidad es la elaboración de acuerdos interestatales que unifiquen el Derecho material (como los existentes en materia de compraventa internacional), o de normas para determinar el Derecho nacional aplicable en cada caso.⁸⁴ Otros planteamientos consideran que, en relación con supuestos con elementos extranjeros, las limitaciones al poder normativo estatal se infieren del Derecho internacional público (por ejemplo, la prohibición de intervención), o de la noción de toma en consideración de intereses de Estados extranjeros. Finalmente, mediante la consideración en un país del Derecho económico extranjero, se evita que los contextos económicos se disgreguen, a causa de la intervención de dos ordenamientos nacionales.

c) Aplicación del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero

- 58 La aplicación extraterritorial de disposiciones nacionales constituye uno de los grandes temas del Derecho económico internacional. Se trata de la aplicación del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero, esto es, casos conectados con uno o varios Estados extranjeros. La confluencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos a la hora de regular una situación hace que con frecuencia colisionen distintos intereses estatales y concepciones jurídicas. Factor desencadenante de los conflictos económico-jurídicos no son únicamente las normas con una “agresiva” proyección exterior que se hallan, por ejemplo, en reglas sobre embargo o sobre comercio exterior. Con mayor frecuencia, se trata de efectos “extraterritoriales” de disposiciones que tienen un carácter *ad intra* y cuyo objeto es proteger los intereses económicos internos. El objetivo normativo de estas “disposiciones internas”, en muchas ocasiones, no se puede alcanzar sin integrar los elementos extranjeros, teniendo en cuenta la moderna división del trabajo de la economía mundial. Por ello, es comprensible que los Estados hagan objeto de su Derecho nacional las situaciones acontecidas en el extranjero, que produzcan efectos negativos en bienes protegidos en el ámbito interno.

Especialmente controvertido ha sido el intento del legislador estadounidense, en el marco del conflicto con el régimen comunista de F. Castro, de imponer sanciones a las inversiones extranjeras en Cuba (Ley Helms-Burton de 1996).⁸⁵ Desde el punto de vista

⁸³ V. *infra*, tema 9, nota al margen 3 f).

⁸⁴ V. *infra*, tema 11.

⁸⁵ *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 – Helms-Burton Act* de 12 de marzo de 1996, ILM 1996, vol. 35, p. 357 y ss. Al respecto: Kress, C., Herbst, J.: “Der Helms-Burton-Act aus völkerrechtlicher Sicht,

de los Estados Unidos, con ello se trataba de proteger los intereses patrimoniales de sus propios nacionales, que fueron sometidos a expropiaciones por parte del régimen de Castro (idea de “perpetuar” la expropiación mediante inversiones en inmuebles expropiados). Además, existe el empeño genérico de acabar con el sistema comunista cubano a través de sanciones económicas. Desde la perspectiva del Derecho internacional público, se trata de determinar hasta qué punto la protección de los propios nacionales puede comprender la imposición de sanciones a inversores extranjeros en Cuba. Todavía más problemáticas que estas medidas respecto de Cuba son las normas sancionadoras de Estados Unidos contra Irán y Libia (*Iran and Libya Sanctions Act* de 1996),⁸⁶ y que han incidido también sobre el comportamiento de extranjeros que no tienen ninguna vinculación especial, personal o territorial, con Estados Unidos. A su vez, la Unión Europea ha reaccionado frente a esta extensiva normativa sancionadora estadounidense con medidas de defensa (*blocking statutes*).⁸⁷ El Reglamento con el que la Unión Europea reacciona frente a esta normativa debía bloquear en la Unión el reconocimiento y la ejecución de las medidas sancionadoras estadounidenses. Pero el conflicto ha perdido fuerza debido a la práctica del ejecutivo estadounidense de hacer un uso moderado de sus facultades sancionadoras.

En el asunto *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*,⁸⁸ la Corte Suprema estadounidense ha limitado de manera fundamental la aplicación del Derecho estadounidense a supuestos extranjeros. Según esta decisión, se supone que el Congreso de Estados Unidos sólo quería reglamentar supuestos de hecho domésticos: “*When a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none*”.⁸⁹ 59

En consecuencia, una ley estadounidense destinada a proteger el mercado de valores frente a actos fraudulentos sólo cubre transacciones realizadas dentro de Estados Unidos. Aunque exista una conexión entre un acto fraudulento y una sucursal estadounidense, ello no tiene relevancia si la transacción se llevó a cabo fuera de este país y no existen conexiones adicionales con los Estados Unidos.

Las circunstancias concretas del caso eran las siguientes: tras comprar acciones de un banco australiano, los compradores australianos presentaron una demanda contra el banco ante un tribunal de Estados Unidos. En ella alegaron que la junta directiva de la sucursal estadounidense del banco, con sede en Florida, había manipulado la valoración

RIW, 1997, pp. 630 y ss.; Lowenfeld, A. F.: “Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act”, AJIL 1996, vol. 90, p. 419 y ss.; Meng, W.: “Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung”, EuZW, 1997, p. 423; Snyder, J.L., Agostini, S.: “New U. S. Legislation to Deter Investment in Cuba, JWT, 1996, vol. 30, pp. 37 y ss.; Stern, B.: “Can the United States Set Rules for the World?”, JWT, 1997, vol. 31, pp. 5 y ss.

⁸⁶ *Iran and Libya Sanctions Act of 1996*, de 5 de agosto de 1996, ILM, 35/1996, pp. 1273 y ss.

⁸⁷ Reglamento 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, DO L 309, pp. 1 y ss.

⁸⁸ 561 U.S. Supreme Court, *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

⁸⁹ 561 U.S. Supreme Court, *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2873 (2010).

Fundamentos

de sus sucursales bancarias, disminuyendo de manera indirecta el valor bursátil del banco demandado.

La sentencia citada debería servir a contrarrestar, de una forma constatable, la tendencia de extranjeros a presentar demandas ante tribunales estadounidenses.

60 Los Estados no tienen una libertad ilimitada a la hora de regular situaciones de tráfico jurídico externo. Según el Derecho consuetudinario internacional vigente, un Estado únicamente puede someter a su Derecho nacional un caso, o la posición jurídica de una persona, si los mismos presentan una conexión suficiente con dicho Estado (según los principios de territorialidad, de personalidad activa o pasiva, o de protección).

Si un Estado no sólo regula el comportamiento de sus nacionales o de las sociedades nacionales, sino que también quiere regular la actividad de las filiales extranjeras controladas por éstos, está sobrepasando los límites del principio de personalidad. La creación de una filial conforme a un Derecho extranjero, con sede además en el extranjero, corta la conexión personal de la filial con el Estado de la empresa matriz.

De ahí que, en el caso Pipeline,⁹⁰ la extensión del embargo estadounidense a las filiales de empresas estadounidenses generara justificadas protestas en Europa.⁹¹

Sólo excepcionalmente se toma como criterio el control del capital de una sociedad para justificar la regulación del comportamiento de la empresa, o de las relaciones internas de la sociedad, por parte del Estado de origen del socio mayoritario. Es problemático el caso de que el Estado de origen de una empresa someta a las filiales extranjeras de ésta a su Derecho (por ejemplo, respecto de la rendición de cuentas o regulaciones fiscales dentro del consorcio empresarial).⁹²

⁹⁰ V. supra, n. marg. 49.

⁹¹ "European Communities: Comments on the U. S. Regulations concerning trade with the U.S.S.R.", ILM 21/1982, pp. 891 y ss.

⁹² V. el (Tercer) *Restatement* del Derecho de relaciones internacionales de Estados Unidos:

(1) *Subject to §§ 403 and 441, a state may exercise jurisdiction to prescribe for limited purposes with respect to activities of foreign branches or corporations organized under its laws.*

(2) *A state may not ordinarily regulate activities of corporations organized under the laws of a foreign state on the basis that they are owned or controlled by nationals of the regulating state. However, under § 403 and subject to § 441, it may not be unreasonable for a state to exercise jurisdiction for limited purposes with respect to activities of affiliated foreign entities*

(a) *by direction to the parent corporation in respect of such matters as uniform accounting, disclosure to investors or preparation of consolidated tax returns of multinational enterprises; or*

(b) *by direction to either the parent or the subsidiary in exceptional cases, depending on all relevant factors, including the extent to which*

(i) *the regulation is essential to implementation of a program to further a major national interest of the state exercising jurisdiction;*

(ii) *the national program of which the regulation is a part can be carried out effectively only if it is applied also to foreign subsidiaries;*

(iii) *the regulation conflicts or is likely to conflict with the law or policy of the state where the subsidiary is established.*

(c) *In the exceptional cases referred to in paragraph (b), the burden of establishing reasonableness is heavier when the direction is issued to the foreign subsidiary than when it is issued to the parent corporation.*

La mayor parte de los conflictos se generan al entenderse el principio de territorialidad 61 en un sentido amplio, es decir, en tanto que se trate de las repercusiones de un acto en el territorio de un Estado, aunque la actividad generadora se hubiese efectuado por completo en el extranjero. El “principio de los efectos”, como base para que el Derecho nacional pueda extender su aplicación a supuestos con elemento extranjero, se reconoce desde hace tiempo en Derecho internacional público.

En el famoso caso Lotus de 1927, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en- 62 tendió de manera amplia el principio de territorialidad:⁹³

Jurisdiction... cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their law and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules.

El principio de los efectos juega un papel importante en el Derecho de la competencia 63 de muchos Estados. Los tribunales de Estados Unidos han aplicado su normativa *anti-trust* a sucesos producidos en el extranjero, alegando el principio de los efectos.⁹⁴ La ley alemana contra las restricciones a la competencia se aplica a todas las restricciones de la competencia que produzcan efectos dentro del ámbito de aplicación de esta ley, incluso si éstas se originan fuera del ámbito de aplicación territorial de esta ley (Artículo 130.2 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*).

La Unión Europea, invocando el principio de los efectos, también realiza una aplicación 64 extensiva de las normas de Derecho de competencia previstas en el Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea. Así, en el caso de acuerdos colusorios por los que se

⁹³ Caso Lotus, France v. Turkey, Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Serie A, núm. 10, p. 19. En este caso, se trataba de la extensión del Derecho penal turco a un oficial de guardia de un barco francés que había chocado con un barco de vapor turco en alta mar, causando daños a personas.

⁹⁴ United States v. Aluminum Co. Of America *et al.*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 12 de marzo de 1945, F. 2d., vol. 148, pp. 416 y ss.

pactan ciertos comportamientos, y también para uniones de empresas de terceros Estados que repercutan en el mercado interior europeo.

En el asunto *Zellstoff*, la Comisión Europea impuso sanciones pecuniarias a productores de celulosa domiciliados fuera de la Comunidad y que habían acordado imponer un precio uniforme a su producto. Estos acuerdos sobre el precio también iban a imponerse a ventas realizadas (por el propio productor o a través de empresas distribuidoras) en la Unión Europea. El TJUE consideró que la extensión del Artículo 81 TCE (ahora, Artículo 101 TFUE) a este caso era una aplicación del principio de territorialidad admisible desde los parámetros del Derecho internacional público, ya que los pactos sobre el precio perseguían, o producían de hecho, una limitación de la competencia dentro del mercado común.⁹⁵

Tras una disputa con Estados Unidos, en el asunto *Boeing/McDonnell*, la Comisión Europea sometió al Derecho de la competencia comunitario una fusión entre dos empresas fabricantes de aviones con sede en Estados Unidos, ya que ésta afectaba al mercado aeronáutico europeo y únicamente autorizó la fusión si se cumplía con unas estrictas condiciones.⁹⁶

En vista de las consecuencias perjudiciales para el mercado europeo de componentes de aviones, la Comisión Europea prohibió el 3 de julio de 2001 la compra de la empresa estadounidense Honeywell por parte de la empresa (también estadounidense) General Electric.⁹⁷

d) Conflictos de jurisdicción

- 65 Es muy natural que los particulares ajusten su conducta, en primer término, al Derecho del lugar de actuación (o también a su Derecho nacional). La intervención de otro Estado sobre la base del principio de los efectos genera, frecuentemente, inseguridad jurídica. Si dos ordenamientos nacionales tratan de forma distinta un mismo supuesto de hecho, se corre el riesgo de que las empresas implicadas luchen por la aplicación del Derecho que, respectivamente, les resulte más favorable, o de una confrontación entre Estados, por imponer sus propios intereses normativos. En particular, es problemático el principio de los efectos, porque posibilita la regulación de comportamientos que se desarrollan completamente en el extranjero.
- 66 Estos conflictos normativos se dieron en el pasado reiteradamente entre Estados Unidos y distintos países europeos. La legislación *antitrust* estadounidense prevé unas sanciones mucho más duras que las recogidas en los Derechos de la competencia europeos, para

⁹⁵ Sent. TJUE 125-129/85, As. Åhlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas, Rec., 1988, p. 5193 y ss.

⁹⁶ DO 1997, L 336, p. 16 y ss.

⁹⁷ DO 2004, L 48, p. 1; Tribunal General, As. Honeywell International Inc. c/ Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados T-209/01 y T-210/01, Rec. 2005, II-5527.

casos de inadmisibles restricciones de la libre competencia. Ejemplo paradigmático son los *treble damages*, una indemnización de naturaleza punitiva, que puede ser cuantitativamente muy superior a las pérdidas reales sufridas por los competidores lesionados. Además, el Derecho procesal civil estadounidense facilita que los perjudicados, en la fase preliminar, puedan obtener de la contraparte una entrega extensiva y exhaustiva de documentos (*pre-trial discovery*). En la práctica judicial estadounidense, existen amplias obligaciones de aportar pruebas que se encuentran en el extranjero.⁹⁸ En este contexto, también se ven extensivamente sometidas al Derecho estadounidense las filiales, o sociedades matrices extranjeras, de empresas estadounidenses. Muchos países consideran que la práctica estadounidense constituye una intrusión en su soberanía. Una serie de Estados (como Australia, Francia, Reino Unido, Canadá y, con un alcance muy limitado, Alemania) han reaccionado a través de normas de defensa propias (*blocking statutes*). Por medio de estas normas, se puede, por ejemplo, impedir la presentación a los tribunales estadounidenses de pruebas situadas en el propio país, o posibilitar la devolución de indemnizaciones excesivas (establecidas por tribunales extranjeros).⁹⁹

De una forma especialmente grave se pone de relieve la problemática de la aplicación 67 extraterritorial del Derecho y las contradicciones normativas nacionales, en los casos en que el tribunal de un Estado exige a una de las partes procesales algo que el tribunal de otro Estado prohíbe.

Muestra de ello es el famoso caso Laker. En él, la compañía aérea británica Laker (especializada en vuelos baratos) presentó una demanda en Estados Unidos contra empresas competidoras que habían realizado ventas a pérdida que, en opinión de la demandante, contravenían el Derecho de la competencia estadounidense. El trasfondo de la demanda lo constituyeron las ventas por debajo del coste, realizadas por las compañías aéreas demandadas en las rutas transatlánticas. El Gobierno británico prohibió (basándose en una norma de defensa) la entrega de determinadas pruebas en el proceso estadounidense. Algunas de las compañías demandadas, que consideraban que la demanda suponía una actuación de mala fe por parte de Laker, solicitaron a la *Court of Appeal* inglesa que dictara una resolución por la que se prohibiera a dicha entidad continuar con el procedimiento estadounidense. Entonces, los tribunales estadounidenses prohibieron al resto de los demandados y a otros potenciales proceder judicialmente en Reino Unido contra el proceso estadounidense. Con esto, afirmaron la competencia judicial internacional tanto de Estados Unidos como de Gran Bretaña,¹⁰⁰ generándose, a partir de ahí, una espiral de medidas judiciales contradictorias. Posteriormente, el conflicto se suavizó cuando

⁹⁸ V. *infra*, tema 9, nota al margen 4.

⁹⁹ V. por ejemplo, la ley francesa 80-538 du 16 juillet 1980, *relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, Journal officiel de la République française, julio 1980, pp. 1799 y ss. o la *Protection of Trading Interests Act* 1980 británica, Law Reports Statutes 1980, pp. 243 y ss.

¹⁰⁰ *Laker Airways Limited v. Sabena Belgian World Airlines and KLM, Royal Dutch Airlines, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit*, 6 de marzo de 1984, F. 2d., vol. 731, pp. 909 y ss.

la *House of Lords* británica proclamó que la demanda de Laker en Estados Unidos era lícita y anuló las resoluciones prohibitivas británicas.¹⁰¹ Finalmente, el proceso concluyó mediante un acuerdo transaccional.

- 68 Para moderar los conflictos normativos en supuestos conectados con una pluralidad de Estados, la jurisprudencia de los tribunales nacionales y la doctrina internacional se esfuerzan desde hace tiempo por establecer barreras frente a la competencia legislativa nacional. Se trata de ejercitar esta potestad estatal de la forma más considerada posible, respetando los intereses extranjeros. Esta cuestión se encuentra actualmente en una fase de intensa evolución. Ya en el plano del Derecho consuetudinario, se debería admitir la prohibición de regulaciones excesivas sobre la base del principio de los efectos. Conforme a esto, un Estado sólo puede regular un supuesto que se desarrolla por completo en el extranjero, si ello es necesario para la defensa de intereses nacionales.

En este sentido, el *Kammergericht (KG)* de Berlín conoció del asunto de la participación de la gran empresa tabaquera Philip Morris Inc. (EE.UU.) en la tabacalera británica Rotman's International.¹⁰² La *Bundeskartellamt* (Oficina Federal Antimonopolio) estimó que, en este caso, se trataba de una fusión de las filiales, o subfiliales alemanas, de ambas grandes empresas y, por ello, prohibió la adquisición de la participación social planeada (esto es, prohibió una transacción entre empresas extranjeras que se efectuó por completo en el extranjero), teniendo en cuenta los efectos que ésta iba a producir en el mercado nacional. Este tribunal de Berlín confirmó la prohibición sólo respecto de las dos sociedades alemanas. Una prohibición más amplia de toda la fusión fue considerada por el tribunal como una violación del principio internacional de no intervención.

- 69 La tendencia a limitar el principio de los efectos y a seguir concretando la necesaria toma en consideración de intereses extranjeros ha encontrado gran resonancia en los Estados Unidos. Además, se reconoce, en primer lugar, la aplicación del principio de los efectos únicamente a comportamientos que producen consecuencias relevantes y previsibles (*substantial and foreseeable effect*) en el interior del país.¹⁰³ Esta restricción cumple una función de filtro, aunque sólo con un modesto alcance. De todos modos, cabe señalar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema estadounidense da un tratamiento restrictivo al principio de los efectos, limitando la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia estadounidense.

Existe también una ley estadounidense, la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, que, por regla general, excluye la aplicación del Derecho de la competencia estadouni-

¹⁰¹ *British Airways Board v. Laker Airways LTD and others*, House of Lords, julio de 1985, A. C. 1985, pp. 57 y ss.

¹⁰² Decisión del *Kammergericht* de 1 de julio de 1983, WuW/E OLG, pp. 233 y ss., y Ebenroth, C.T.: "Fusionskontrolle bei Auslandszusammenschlüssen mit mittelbarem Inlandsbezug", DB, 1984, pp. 597 y ss.

¹⁰³ En este sentido, v. por ejemplo; American Law Institute, Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States, Estados Unidos 1987, t. I, § 402.1.c) e Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre empresas multinacionales (art. VI.1), *Annuaire*, 57/1977, t. II, pp. 338 y ss., esp. pp. 342-343.

dense (*Sherman Act*) a los actos comerciales en el extranjero. Sólo permite una aplicación exterritorial en casos excepcionales, esto es, cuando un comportamiento en el extranjero produce efectos directos, considerables y previsibles en el mercado nacional.

Más ambicioso es el modelo de un ejercicio razonable de la potestad normativa estatal en conformidad con determinados criterios de valoración. Este concepto de ponderación se depura por medio de determinados elementos de estimación, que han de tenerse presentes al aplicar Derecho nacional a supuestos con conexiones extranjeras. La discusión actual se ve determinada, sobre todo, por el test del *reasonableness standard*, recogida en el influente *Restatement of the Foreign Relations Law* estadounidense.¹⁰⁴ Con este test se trata, en particular, de valorar la intensidad de las conexiones personales y materiales de un caso con el propio país (por ejemplo, medir la extensión de las consecuencias internas de una restricción de la competencia). 70

El tercer *Restatement of the Foreign Relations Law* estadounidense enumera una serie de elementos de valoración, que guían la utilización del poder normativo estatal, y cuya toma en consideración debería permitir decidir si es “razonable” (*reasonable*) la extensión del Derecho nacional a un supuesto con elemento extranjero. Según el § 403.2: 71

Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate:

- a) *the link of the activity to the territory of the regulating state, i e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory;*
- b) *the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect;*
- c) *the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted;*
- d) *the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation;*
- e) *the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system;*
- f) *the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system;*
- g) *the extent to which another state may have an interest in regulating the activity;*
and
- h) *the likelihood of conflict with regulation by another state.*

¹⁰⁴ Restatement, *supra*, nota 112, § 403 y Meng, W.: “Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of the Foreign Relations Law”, AVR, 27/1989, pp. 156 y ss.

72 Esta ponderación de intereses consiste dogmáticamente en una forma de toma en consideración, que se ancla en una obligación previa vigente en virtud del Derecho consuetudinario internacional (*comity*). Este modelo de valoración, que también existe en la jurisprudencia estadounidense,¹⁰⁵ ha fortalecido la conciencia de la comunidad de Estados en torno a la existencia de determinados deberes de respeto, y contrarresta la tendencia a imponer de forma intransigente las concepciones jurídicas nacionales. Las debilidades de este modelo se derivan de que los elementos de valoración formulados de manera general carecen de perfiles claros y de que estos factores no están ordenados de forma jerárquica. Además, parece arriesgado que sean los tribunales, y no el legislador parlamentario, quienes decidan cuándo se aplicará el Derecho nacional a cuestiones fundamentales. Por otro lado, tampoco se deben generar demasiadas expectativas en torno al resultado de las ponderaciones. En las decisiones de los tribunales estadounidenses, esta valoración ha conducido hasta ahora a aplicar mayoritariamente el Derecho propio. Es problemática la nueva tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema estadounidense, que parece supeditar la toma en consideración de intereses normativos extranjeros a la existencia de un conflicto normativo expreso (divergencia entre las órdenes de conducta del Derecho nacional y del Derecho extranjero).¹⁰⁶

e) Toma en consideración del Derecho económico extranjero

73 La aplicación de Derecho privado extranjero (por ejemplo, normas extranjeras en materia de obligaciones, Derecho de cosas o de sociedades) se sujeta a las reglas generales del Derecho internacional privado, que vinculan al juez respectivo. En la aplicación del Derecho privado extranjero que corresponda, el juez procede de forma similar a como lo hace con las disposiciones del Derecho del foro. No puede decirse lo mismo si se trata de aplicar normas jurídicas extranjeras que no regulan simplemente relaciones entre privados, sino que son expresión directa de intereses estatales y cuya ejecución e imposición se asigna a órganos estatales (Derecho público). Lo mismo ocurre con los actos de soberanía, que concretan *ad casum* este último tipo de normas jurídicas. Esta realización directa de intereses estatales se aprecia en sectores como el Derecho financiero, el Derecho del comercio exterior o en materia expropiatoria. Las disposiciones de un Derecho público nacional, relativas a las facultades de intervención del Estado frente a los particulares, sólo están destinadas a ser aplicadas por los propios órganos nacionales y no por tribunales

¹⁰⁵ V. por ejemplo, *Timberlane Lumber Company et al., Plaintiffs v. Bank of America National Trust and Savings Association et al., Defendants*, United States District Court N. D., California, 24 de octubre de 1983, F. Supp. vol. 574, p. 1453 y ss.; *Mannington Mills, Inc, appellant, v. Congoleum Corporation, appellee*, United States Court of Appeals, third Circuit, 3 de abril de 1979, F. 2d., vol. 595, pp. 1287 y ss. e *In re Insurance Antitrust Litigation*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 18 de junio de 1991, F. 2d., vol. 938, pp. 919 y ss.

¹⁰⁶ *Hartford Fire Insurance Co et al. v. California et al.*, 28 de junio de 1993, U. S., vol. 509, pp. 764 y ss. y Lowenfeld, A. F.: "Conflict, Balancing of Interests and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case", *AJIL* 1995, vol. 89, pp. 42 y ss.

extranjeros. Así, un tribunal alemán no puede aplicar las normas sobre expropiación de un Estado oriental.

Si un Estado quiere recurrir a las potestades soberanas existentes en su Derecho para 74
ejercitar sus propios intereses económicos, debe circunscribirse a su territorio estatal. En principio, cada Estado es “el amo en su territorio”. Desde esta perspectiva, los Estados muestran poca propensión a ser esbirros de intereses estatales extranjeros. Estas consideraciones encuentran reflejo en la fórmula de la “inaplicabilidad del Derecho público extranjero”, que esencialmente significa que los órganos nacionales (especialmente los tribunales) no aplican normas de intervención de un Derecho extranjero, y que las pretensiones ejecutivas de un Estado extranjero en calidad de soberano no se impondrán en otro Estado.

Sobre todo, los tribunales nacionales se niegan de un modo general a ejecutar créditos 75
tributarios de un Estado extranjero en su territorio.¹⁰⁷ Existen, sin embargo, tratados internacionales por medio de los cuales los Estados participantes se obligan a cooperar en la recaudación de las liquidaciones de deudas tributarias extranjeras.

Ha de distinguirse, claramente, entre la ejecución de pretensiones soberanas de un 76
Estado extranjero y la toma en consideración de las consecuencias jurídicas que los actos de soberanía extranjeros pueden producir en otro Estado. Esto depende fundamentalmente de si la norma de intervención extranjera ya se ejecutó en su país de origen o si, por el contrario, todavía requiere ser ejecutada en otro país. Si, por ejemplo, el Estado A expropia determinados objetos de arte que están en manos de nacionales del Estado A, un tribunal alemán reconocerá esta expropiación, dado que son obras de arte que se hallan en el territorio de A. Si, tras la expropiación, uno de estos objetos pasa a localizarse en Alemania, la acción reivindicatoria del antiguo propietario (basada en el § 985 BGB alemán) no prosperará. Distinto resultado se alcanza si se trata de una obra de arte que ya se encontraba en Alemania en el momento de la expropiación; en este caso, si un tribunal alemán reconociese la transmisión de la propiedad se convertiría en “órgano ejecutivo” del Estado A.

Excepcionalmente, los tribunales alemanes y otros tribunales nacionales están dispuestos 77
a contribuir de una forma indirecta a la aplicación de normas de intervención en materia económica o de política exterior, esto es, al juzgar las relaciones jurídicas entre particulares. Como requisito para ello, es necesario que exista coincidencia en relación con los valores que fundamentan la normativa extranjera (noción de la analogía de intereses).¹⁰⁸

¹⁰⁷ V. por ejemplo, House of Lords, Peter Buchanan Ld. And Macharg v. McVey, A.C., 1955, pp. 515 y ss. Respecto a las reclamaciones de un beneficiario de la seguridad social holandés, v. la sentencia del Tribunal Federal Social alemán de 26 de enero de 1983, Entscheidungen des Bundessozialgerichts, t. 54, pp. 250 y ss.

¹⁰⁸ Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 9.^a ed., 2004, pp. 1096-1097.

También procede tomar en consideración disposiciones político-económicas de un Estado extranjero, si ello está al servicio de la justicia respecto de los derechos y deberes individuales. Una vía para conseguir la observancia del Derecho económico extranjero es la concreción de cláusulas generales del Derecho civil.

Ejemplo de lo expuesto es el asunto *Borax*, resuelto por el Tribunal Supremo alemán.¹⁰⁹ Dos empresas alemanas firmaron un contrato de compraventa que tenía por objeto el suministro de Borax, que la entidad vendedora adquirió en Estados Unidos y que, contraviniendo una prohibición estadounidense a la exportación, sería redistribuido a países del bloque oriental. El TS alemán consideró que la pretendida elusión del embargo estadounidense constituía una violación de las buenas costumbres (Artículo 138 BGB), lo que le permitió declarar la nulidad del contrato. Para ello, el tribunal alemán se basó en que las limitaciones a la exportación no sólo servían a los intereses estadounidenses, sino que eran “en interés de todo el Occidente libre y, por tanto, también de la República Federal Alemana”.

De forma similar decidió el TS alemán en el caso de un contrato de entrega de objetos de arte en Alemania, cuya exportación infringía una prohibición nigeriana.¹¹⁰ El Tribunal consideró que se había producido una violación de las buenas costumbres, contraria a las convicciones existentes en la comunidad internacional en torno a la protección los bienes culturales y al Derecho del Estado de origen, que prohibía la exportación de objetos de arte nacionales.

- 78 Otra forma de tener en cuenta intereses estatales extranjeros es la aplicación directa del Derecho extranjero, que está hallando una creciente acogida en el plano internacional.¹¹¹ Sin embargo, las normas de conflicto generales del respectivo Derecho conflictual no conducen a una aplicación directa del Derecho “público” extranjero en el caso de que el supuesto enjuiciado se rija por otro Derecho nacional. Si un contrato entre nacionales del Estado A en torno al suministro de productos del Estado B, se rige por el Derecho del Estado A –como en el caso *Borax* citado anteriormente–,¹¹² no se deriva, de forma directa, de las reglas de conflicto generales una aplicación del Derecho público del Estado B, sino que ésta sólo se logra por medio de las cláusulas generales del Derecho civil del Estado A. Para lograr una aplicación directa de las normas de intervención extranjeras, la doctrina ha desarrollado la denominada “conexión especial”. Conforme a ella, normas imperativas extranjeras pueden ser aplicadas a un contrato, o a otra relación jurídica, si el caso se rige básicamente por un determinado ordenamiento jurídico, pero el Derecho de otro Estado tiene una relación estrecha con el supuesto.

¹⁰⁹ Sent. TS alemán de 21 de diciembre de 1960, BGHZ, t. 34, pp. 169 y ss.

¹¹⁰ Sent. TS alemán de 22 de junio de 1972, BGHZ, t. 59, pp. 83 y ss.

¹¹¹ V. por ejemplo, la resolución sobre la aplicación del Derecho público extranjero, Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* 1975, vol. 56, pp. 550 y ss.

¹¹² V. la sentencia del Tribunal Supremo Alemán, BGHZ, t. 34, p. 169.

Esta figura de la conexión especial ha sido reconocida, por ejemplo, en el Artículo 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.¹¹³ El Artículo 9 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”),¹¹⁴ que reemplaza a dicho Convenio, le atribuye a la conexión especial un campo de aplicación más restringido. Según el Reglamento, se entiende por ley de policía “una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento” (Artículo 9.1). Además, el Reglamento establece en su Artículo 9.3:

También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

Sólo se tendrá en cuenta una conexión especial si la orden, o prohibición, extranjera está al servicio de un interés común del Estado extranjero y del Estado del foro.

Finalmente, existe la posibilidad de que las normas de conducta extranjeras, a causa de las amenazas de sanción vinculadas a ellas, sean tomadas en consideración como un mero dato (*Datum*), como un factor que provoca la imposibilidad, o la alteración, de la prestación. En este sentido, el Tribunal Supremo alemán ha admitido la desaparición de la causa de un contrato de suministro de cerveza en Irán, después de que en este país hubiera alcanzado el poder un estricto régimen islámico, que había prohibido la importación de alcohol.¹¹⁵ Esta decisión no se basa en la toma en consideración de intereses estatales extranjeros, sino en el empeño por lograr la justicia en el caso concreto, ante la imposibilidad de cumplir el contrato. 79

Los principios desarrollados en relación con normas jurídicas extranjeras también se pueden aplicar, en casos particulares, a actos de soberanía. La consideración de este tipo 80

¹¹³ Art. 7.1 CR: “Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”. Alemania, de acuerdo con el art. 22.1.a) CR se ha reservado el derecho de no aplicar este precepto. En relación con el CR, v., *infra*, tema 13, nota al margen 2.

¹¹⁴ DO 2008, L 77, p. 6 y ss.; v. también *infra*, tema 13, nota al margen 2.

¹¹⁵ Sent. de 8 de febrero de 1984, IPRax, 1986, pp. 154 y ss.

de regulaciones depende de nuevo, en primer lugar, de la aceptabilidad de los intereses en que se fundamenten. Lo más pertinente es tener en cuenta actos de soberanía concretos, si éstos no persiguen intereses estatales especiales, sino que sirven para equilibrar intereses privados. El reconocimiento de tales actos soberanos con efectos jurídico-privados procede, especialmente, si éstos están al servicio de la justicia material, al darle un tratamiento unitario a un supuesto transfronterizo. En el fondo, en contra de la observancia de normativas particulares que produzcan efectos privados existen tan pocas consideraciones de principio como en contra de la aplicación de normas generales de Derecho privado.

El Tribunal Supremo alemán, en una decisión fundamental respecto a la toma en consideración de actos soberanos que produzcan efectos privados, ha reconocido que la apertura de un procedimiento de insolvencia en Bélgica produce determinados efectos sobre el patrimonio del quebrado en Alemania.¹¹⁶ La apertura del procedimiento de quiebra en el extranjero abarca también el patrimonio del deudor en Alemania; lo que permite que el síndico extranjero incluya el patrimonio alemán en la masa de la quiebra. En su decisión, el Tribunal Supremo alemán ha puesto énfasis en el interés de la comunidad de Estados en lograr una satisfacción justa de los intereses de los acreedores:

Se pregunta sobre la calificación jurídica y el alcance del acto soberano de la apertura de la quiebra. El ordenamiento alemán reconoce numerosos actos estatales extranjeros como, por ejemplo, la disolución de personas jurídicas a través de una decisión judicial, la incapacitación de una persona física, la designación y destitución de un tutor, curador o albacea testamentario. En general, puede decirse que se reconocerán actos estatales extranjeros si se trata de medidas que producen efectos privados, y que, por el contrario, no se reconocerán medidas tendentes principalmente a imponer intereses estatales o político-económicos del Estado extranjero (...). La quiebra supone la intervención del patrimonio del quebrado. El mismo efecto producen la expropiación y la confiscación, institutos que, como se admite con carácter general en Derecho internacional privado, se limitan a la esfera de poder del Estado que las adopta. La apertura del concurso se diferencia, no obstante, de estas figuras por su objeto y efectos; la intervención del patrimonio concursal no sirve al Estado, sino exclusivamente a todos los acreedores del quebrado. La limitación de disponer del quebrado y las normas del procedimiento de quiebra persiguen la satisfacción igualitaria de los acreedores y están al servicio del esfuerzo común de todos los Estados para la consecución de la justicia entre los particulares (...).¹¹⁷

Hoy en día, está legalmente regulado en Alemania el reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero.¹¹⁸

¹¹⁶ Sent. de 11 de julio de 1985, BGHZ, t. 95, pp. 256 y ss.

¹¹⁷ BGHZ, t. 95, esp. pp. 264-265.

¹¹⁸ V. *infra*, tema 18.

Desde luego, este tipo de consecuencias “automáticas” de la apertura de un procedimiento concursal en el extranjero, sólo produce efectos limitados en el territorio nacional. Así, la extensión eficaz de las facultades de actuación del síndico extranjero requiere de un fundamento convencional internacional especial. 81

La denominada doctrina del “acto de Estado” (*Act of State*) juega un papel relevante en Derecho estadounidense (de forma más restringida, también en Derecho inglés).¹¹⁹ De acuerdo con ella, los tribunales estadounidenses renuncian generalmente a someter los actos soberanos de un Estado extranjero a control, por ejemplo, de conformidad con los parámetros del Derecho internacional público. El reconocimiento de actos soberanos extranjeros no depende, por tanto, de su licitud. Sin embargo, el acto de soberanía objeto de reconocimiento debe encuadrarse en el marco de la soberanía territorial.¹²⁰ 82

La transformación en “tabú” de actos soberanos extranjeros a través de la doctrina del *Act of State* está sometida a diversas excepciones. Una importante restricción guarda relación con la función de la doctrina del *Act of State*. Esta concepción no sólo protege al Estado extranjero, sino que debe conservar el margen de maniobra del ejecutivo en materia de política exterior, dentro del sistema de la división de poderes. Por ello, la doctrina no se aplica si, en un caso concreto, en virtud de un posicionamiento expreso del ejecutivo estadounidense, no sirve a los intereses de Estados Unidos en materia de política exterior. Existe otra excepción en relación con las expropiaciones sin indemnización que llevó a cabo el régimen comunista cubano. De acuerdo con una regulación específica (recogida en la denominada *Hickenlooper Amendment*), los actos de expropiación extranjeros no 83

¹¹⁹ V. las siguientes decisiones de la Corte Suprema estadounidense: *Underhill v. Hernández*, Sent. de 29 de noviembre de 1897, U.S., vol. 168, pp. 250 y ss. y *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino Receiver et. al*, Sentencia de 23 de marzo de 1964, U.S. vol. 376, pp. 398 y ss.: Igualmente, v. *Restatement*, (supra, nota 92), §§ 443-444; *Ebenroth, C. T.: Banking on the Act of State*, 1985; *Halberstam, M.: “Sabbatino Resurrected: The Act of State Doctrine in teh Revised Restatement of U. S. Foreign Relations Law”*, *AGIL*, 79/1985, pp. 68 y ss. y *Mann, F. A.: Foreign Affairs in English Courts*, 1986, pp. 164 y ss.

¹²⁰ En el caso *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago, Banco Anglo Costarricense y Banco Nacional de Costa Rica*, (United States Court of Appeals, Second Circuit, 18 de mayo de 1985, F. 2d., volumen 757, pp. 516 y ss.) se trató el tema de la delimitación territorial del reconocimiento de actos soberanos extranjeros. El litigio versaba sobre la reclamación de prestamistas estadounidenses frente a bancos de Costa Rica, que se habían comprometido a devolver el préstamo concedido en Nueva York y en dólares estadounidenses. Los bancos demandados (que eran propiedad del Estado de Costa Rica) rechazaron el reembolso contractualmente pactado y se ampararon para ello en una norma nacional en materia de divisas, que, en caso de que Costa Rica sufriese una crisis económica, prohibía el cumplimiento de tales obligaciones. Esta objeción no prosperó, porque la prohibición de pago no podía afectar a la pretensión contractual de los acreedores, localizada en Estados Unidos y fuera de Costa Rica. El tribunal de apelación de Nueva York consideró (también teniendo en cuenta la opinión del Ejecutivo estadounidense) que la normativa de divisas de Costa Rica constituía un intento de acabar con la deuda externa, que no podía ejecutarse en contra de obligaciones contractuales. Respecto a la problemática en torno a la observancia de normas extranjeras sobre divisas conforme al art. VIII.2.b) del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional v. la sent. estadounidense en un proceso paralelo: *Libra Bank Limited v. Banco Nacional de Costa Rica*, United States District Court, S.D. New York, 12 de agosto de 1983, F. Supp., t. 570, pp. 870 y ss., e igualmente, *infra*, tema 24, nota al margen 3.

tienen que ser reconocidos si contravienen el Derecho internacional público (a no ser que exista un pronunciamiento en contrario del ejecutivo).

6. Regulación del “ciberespacio”

Bibliografía recomendada: Boehme-Nefler, V.: *Cyberlaw*, 2001; Grewlich, K.: *Governance in “Cyberspace”*, 2001; *id.*: *Konstitutionalisierung des “Cyberspace”*, 2001; *id.*: “Internet Governance’ und ‘völkerrechtliche Konstitutionalisierung’ – nach dem Weltinformationsgipfel in Tunis”, K & K 2006, pp. 156 y ss.; Rau, M.: “Minimal Contacts’ und ‘Personal Jurisdiction’ über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace”, RIW 2000, pp. 761 y ss.; Röben, V.: “International Internet Governance”, GYIL 42 (1999), pp. 400 y ss.; Schmahl, S.: “Zwischenstaatliche Kompetenzabgrenzung im Cyberspace”, AVR 2009, pp. 284 y ss.; Shipchandler, S.: “The Wild Web. Non-Regulation as the Answer to the Regulatory Question”, Cornell International Law Journal 33 (2000), pp. 435 y ss.; Tietje, C., Nowrot, K.: “Das Internet im Fokus des transnationalen Wirtschaftsrechts. Normative Ordnungsstrukturen für den E-Commerce”, AVR 2009, pp. 328 y ss.; Uerpman-Witzak, R.: “Internetvölkerrecht”, AVR 2009, pp. 261 y ss.; von Bernstorff, J.: “The Structural Limitations of Network Governance. ICANN as a Case in Point”, en: Joerges, C., Sand, I. J., Teubner, G. (ed.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, pp. 257 y ss.

84 El espacio de comunicación global denominado “ciberespacio”, que conecta a escala mundial sistemas de comunicación asistidos por ordenador a través de sistemas de transmisión terrestre y vía satélite, escapa en gran medida de la intervención de las instancias reguladoras nacionales. Por eso, entraña (tanto desde la perspectiva del Derecho internacional público como del Derecho nacional) problemas jurídicos particulares. Con la conexión a Internet con redes de telefonía móvil (*Universal Mobile Telecommunications System, UMTS*), el desarrollo global de las comunicaciones ha adquirido una nueva dimensión. Entre los aspectos de las redes de comunicación planetarias, que requieren una regulación jurídica, a ser posible internacionalmente coordinada, se pueden señalar, por ejemplo, los siguientes:

- la competencia (especialmente, los controles frente a los abusos de posición dominante en el mercado,¹²¹ o en el acceso a la red).
- los controles respecto a los contenidos de la información (por ejemplo, en interés de la protección de la juventud).
- la protección de los datos.

¹²¹ Respecto al asunto Microsoft, v. Fleischer, H., Doege, N.: “Der Fall United States versus Microsoft”, WuW, 2000, pp. 705 y ss.; Meier-Wahl, M., Wrobel, R. M.: “Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt – Der Fall Microsoft”, WuW, 1999, pp. 28 y ss.; Uerpman-Witzack, R.: “Internetvölkerrecht”, AöR, 47/2009, pp. 261 y ss.; y Wessely, K.: “Das Microsoft-Kartellverfahren”, MuR, 2000, pp. 127 y ss.

Respecto al contenido de las comunicaciones, Estados Unidos apuesta, en mayor medida 85 que la Unión Europea, por el autocontrol por parte de los operadores privados. Ello está ligado también con el papel tan relevante que se le concede a la libertad de expresión y opinión en el Derecho constitucional estadounidense.¹²² En materia de protección de datos, el Derecho de la Unión Europea (Directiva 46/95¹²³) exige, fundamentalmente, que la transmisión de datos personales a terceros sólo se admita si existe un nivel de protección adecuado. Según una decisión de la Comisión de la Unión Europea, se considera que se ha garantizado un nivel de protección adecuado en Estados Unidos si los organizadores de la transmisión de datos atendieron a determinados estándares de protección establecidos por el gobierno estadounidense (por ejemplo, los denominados principios de *safe harbor* - puerto seguro).¹²⁴

La constitución de la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN),¹²⁵ 86 competente en materia de adjudicación y gestión técnica de nombres de dominio (el denominado *Domain Name System - DNS*), supone una interesante forma de autorregulación supranacional en colaboración con las instancias nacionales. La ICANN tiene su origen en una iniciativa del Ministerio de comercio estadounidense, que, junto con los fundadores, ha establecido las líneas maestras del régimen de adjudicación en un *Memo-randum of Understanding*.¹²⁶ Los directores son elegidos en parte por las organizaciones que sustentan a la ICANN, y en parte a través de una votación a nivel mundial. A pesar de su fuerte interacción con el Derecho estadounidense, la ICANN es una organización no gubernamental, que se encarga de la gestión de Internet y que ha sido constituida según el Derecho del Estado de California. La actividad de esta organización se sujeta al Derecho estadounidense, lo que concede a Estados Unidos una considerable ventaja normativa frente a la Unión Europea y a otros Estados.

El estatuto fundacional compromete a ICANN con el bienestar de toda la cibercomunidad y la somete a las normas pertinentes del Derecho internacional público:

The Corporation shall operate for the benefit of the Internet community as a whole, carrying out its activities in conformity with relevant principles of international law

¹²² Sent. del TS estadounidense de 26 de junio de 1997, *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, U. S., vol. 521, pp. 844 y ss.

¹²³ DO, L 281, pp. 31 y ss., Heredero Higuera, M.: *La directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal: comentario de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, 1997* y Aparicio Salom, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, 2.ª ed., 2002.

¹²⁴ DO, L 215, de 25 de agosto de 2000, pp. 7 y ss.

¹²⁵ Grewlich, K. W.: "Internet governance" und "völkerrechtliche Konstitutionalisierung" - nach dem Weltinformationsgipfel 2005 in Tunis", K&K 2006, pp. 156 y ss.; Röben, V.: "International Internet Governance", GYIL 42/1999, pp. 400 y ss.; von Bernstorff, J.: "The Structural Limitations of Network Governance. ICANN as a Case in Point", en: Joerges, C., Sand, I.-J., Teubner, G. (ed.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, pp. 257 y ss.

¹²⁶ Dederer, H. -G.: "ICANN und die Dominanz der USA", AVR, 2009, pp. 367 y ss.

and applicable international conventions and local law and, to the extent appropriate and consistent with these Articles and its Bylaws, through open and transparent processes that enable competition and open entry in Internet-related markets. To this effect, the Corporation shall cooperate as appropriate with relevant international organizations (Artículo 4).

Un ente independiente de verificación ha interpretado esta cláusula como una remisión universal al Derecho internacional público, incluidos principios generales como el principio de buena fe (*good faith*). Según este organismo, tal remisión se justifica por “(the) Governance of an intrinsically international resource of immense importance to global communications and economies”.¹²⁷

- 87 De gran importancia práctica es la protección de las marcas y derechos análogos frente a la obtención abusiva de direcciones de Internet (*cyber-squatting*). En esta materia, la ICANN, en coordinación con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, ha puesto en marcha un procedimiento de solución de diferencias (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*).¹²⁸

Tema 4 Orden Económico Internacional

1. Principios rectores del orden Económico Internacional

Bibliografía recomendada: Dicke, D. Ch., Oppermann, T.: *Fundamental Principles Governing the International Economic Order*, 1988; Jackson, J. H.: *The World Trading System*, 2.^a ed., 1997; Mestmäcker, E. -J.: “Rechtsfragen einer Ordnung der Weltwirtschaft”, en AA. VV.: *Einigkeit und Recht und Freiheit*, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, t. I, 1984, pp. 417 y ss.; Petersmann, E. -U.: “International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order”, en Macdonald, R St J., Johnston, D. M. (ed.): *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, 1983, pp. 227 y ss.; *id.*: “International Economic Order”, en EPIL, t. II, 1995, pp. 1129 y ss.; *id.*: “World Trade, Principles”, en EPIL, t. IV, 2000, pp. 1542 y ss.; Raiser, L.: “Der Ordnungsrahmen des internationalen Wirtschaftsrechts”, AA. VV.: *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, pp. 486 y ss.; Röpke, W.: “Economic Order and International Law”, RdC, t. 86, 1954 II, pp. 206 y ss.; Schmidt-Trentz, H. -J.: *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990; Verloren van Themaat, P.: *The Changing Structure of International Economic Law*, 1981.

¹²⁷ International Centre for Dispute Resolution, Case No. 50 117 T 00224 08, ICM Registry v. ICANN, Declaration of the Independent Review Panel, notas al margen 104-105, ILM 49 (2010), pp. 49 y ss.

¹²⁸ Lindsay, D.: *International Domain Name Law, ICANN and the UDRP*, 2007.

El orden económico mundial actual tiende a la liberalización del tráfico económico 1
transfronterizo mediante la eliminación de los obstáculos comerciales y de otras limita-
ciones al acceso a los mercados nacionales. Tras este planteamiento, se halla, sobre todo,
la concepción de que el comercio exterior, a través del reparto de trabajo en la comunidad
de Estados, beneficia a las economías participantes. Esta teoría de la ventaja compara-
tiva (*comparative advantage*), que traslada las concepciones de mercado de Adam Smith
a las transacciones internacionales, tiene su origen en los ingleses David Ricardo y John
Stuart Mill.¹²⁹

El credo del aumento del bienestar a través del comercio exterior determinó la fase clásica 2
del liberalismo económico de la segunda mitad del siglo XIX y el período anterior a la
Primera Guerra Mundial. Flanqueado por numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales,
se pudo desarrollar un orden comercial independiente de la reglamentación estatal (y en
ese sentido, espontáneo). Un elemento de este orden lo constituía, por ejemplo, el “patrón
oro”, cuya aceptación no se basaba en convenios de Derecho internacional público. Con
la Primera Guerra Mundial, se desintegró el sistema de comercio mundial liberal. Las
tendencias proteccionistas y las inestabilidades monetarias en el período de entreguerras
impidieron la reactivación del orden liberal.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los aliados –con Estados Unidos y Reino Unido 3
como fuerzas motrices– establecieron las bases de un nuevo orden económico mundial,
que se sustentaba nuevamente en los principios rectores liberales: la Carta Atlántica de
1941,¹³⁰ que contiene una declaración a favor de una intensificación del tráfico econó-
mico internacional con la ayuda de condiciones iguales de acceso a los mercados (puntos
4 y 5). Constituyen otros pasos importantes la Conferencia de Bretton Woods de 1944,
con el Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI),¹³¹ y también
la elaboración de la Carta de La Habana de 1947, de la compleja obra normativa de la
Carta de La Habana únicamente ha entrado en vigor un fragmento: el Acuerdo General
de Aranceles y Comercio (GATT).¹³² El GATT, reformado en 1994, y otros Acuerdos
multilaterales de la OMC constituyen el núcleo central del moderno orden del comercio
mundial.

En los grandes documentos convencionales en los que se han plasmado las ideas directri- 4
ces del actual orden económico mundial, la apertura de los mercados y la supresión de las
restricciones al comercio internacional y a la circulación de capitales se presentan como
vehículos para alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales, así
como para optimizar la utilización de los factores de producción (Artículo I.ii del Con-

¹²⁹ Siebert, H.: *Außenwirtschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 29 y ss.

¹³⁰ Schlochauer, H. -J.: “Atlantic Charter (1941)”, en EPIL, 1992, t. I, pp. 288 y ss.

¹³¹ V. *infra*, tema 24, nota al margen 2.

¹³² V. *infra*, tema 10, nota al margen 1 a).

venio constitutivo del FMI, Preámbulo del GATT). Igualmente, se reconoce el desarrollo sostenible y a una participación proporcionada de los países en vías de desarrollo en el crecimiento del comercio internacional (Preámbulo del Convenio OMC). El Convenio constitutivo del FMI subraya la estabilidad cambiaria en tanto que presupuesto de un crecimiento económico sostenible (Artículo I.3).

- 5 El esfuerzo por lograr la mejor asignación posible de recursos se defiende a través del principio de no discriminación, que desempeña un papel central (a pesar de algunas excepciones), especialmente en el GATT y en otros Acuerdos de la OMC.¹³³ Con ello, se contrarresta la distorsión de la libre competencia que supone el conceder ventajas a Estados particulares. Un instrumento para alcanzar el objetivo del trato igualitario entre Estados es el tratamiento de nación más favorecida (*most favoured nation treatment*), fundamentado en cláusulas convencionales (*most favoured nation clauses*).¹³⁴ Cuando tales cláusulas de nación más favorecida se incorporan en un convenio (el convenio de base), éstas confieren a un Estado contratante (y a sus ciudadanos) la posibilidad de reclamar beneficios que sobrepasan a los recogidos en el convenio de base y que el otro Estado ha concedido convencionalmente a un tercer Estado (y a sus ciudadanos). La aplicación de una cláusula de nación más favorecida presupone que el convenio con el Estado tercero cubre el mismo objeto que el convenio de base. El trato de la nación más favorecida reviste una importancia especial en el GATT (Artículo 1). Las cláusulas de nación más favorecida juegan también un papel importante en convenios de protección de inversiones.¹³⁵
- 6 Los principios rectores del tráfico económico internacional están integrados en un sistema de coordinación que vincula a los Estados soberanos entre sí. La aspiración de alcanzar una liberalización del comercio mundial y un intercambio lo más eficiente posible de bienes, servicios y capitales, ni tiene primacía frente a los Estados, ni puede pretender una vigencia absoluta. Más bien es la libertad de los Estados individuales para decidir por sí mismos sobre sus prioridades político-económicas la que es parte del orden económico internacional. Uno de los principios de la Carta de Naciones Unidas es el de la “igualdad soberana” de los Estados (art. 2.1). La libertad normativa de los Estados que deriva de este principio puede contraponerse a las tendencias liberalizadoras existentes. En la Carta de las Naciones Unidas, al concepto de autonomía estatal se superpone, sin embargo, la declaración a favor de la cooperación internacional, también en los ámbitos económicos y sociales [art. 1.3, 55.a) y 55.b) y 56], y del principio de la “buena vecindad” (art. 74). Los grandes documentos convencionales sobre la armonización de las relaciones comerciales y monetarias internacionales, como el GATT y el Convenio constitutivo del FMI, son expresión de esta cooperación. Sin embargo, muchas cláusulas de excepción que permiten

¹³³ V. arts. I, III, XIII y XVI del GATT, así como *infra*, tema 10, nota al margen 5 b.

¹³⁴ Ustor, E.: “Most-Favoured-Nation Clause”, EPIL, t. III (1997), pp. 468 y ss.

¹³⁵ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2 g.

hacer valer intereses nacionales y tendencias proteccionistas dejan un amplio margen de maniobra, a menudo peligroso.

A la demanda de eficiencia económica se une la idea de solidaridad con los Estados 7
económicamente más débiles. Aparte de las prestaciones directas, el trato preferen-
te a los países en vías de desarrollo previsto, por ejemplo, en el GATT (art. XXXVI),
en los Convenios de Lomé celebrados por la Unión Europea y sus Estados miem-
bros con los Estados ACP (de África, Caribe y Pacífico), o en el nuevo Acuerdo de
Asociación de Cotonú,¹³⁶ supone una forma importante de promocionar el desa-
rrollo. Una serie de organizaciones internacionales tiene como objetivo el asegurar
a las materias primas, desde la perspectiva de los Estados productores, unos pre-
cios adecuados. Cuestión extraordinariamente controvertida es la precisión de en
qué medida las intervenciones para dirigir el comportamiento del mercado, con el
fin de proteger a los países en vías de desarrollo, suponen un método adecuado de reparto
del bienestar y para el crecimiento económico de los países más pobres. La petición de
los países económicamente más débiles para que se tengan más en cuenta sus intereses,
constituye el núcleo de la discusión sobre un nuevo orden económico mundial.¹³⁷

El actual orden económico mundial está determinado por la transferencia al plano in- 8
ternacional de planteamientos rectores de la economía de mercado. En esta materia,
desempeña un papel fundamental la libertad de acción que los Estados dejan a los sujetos
económicos individuales, para que creen un orden autónomo y desligado de reglamenta-
ciones soberanas. El desarrollo de un orden de este tipo supone una contribución esencial
a la minimización de los costes de acceso al mercado, que están relacionados con la coexis-
tencia de los ordenamientos jurídicos nacionales. Requisitos para el desarrollo de este tipo
de ordenación “espontánea” son el reconocimiento de un amplio margen a la autonomía
privada, la garantía de la libertad de empresa y de la protección de la propiedad privada,
así como el aseguramiento de las pretensiones contractuales mediante una administración
de justicia eficiente. Estos elementos son susceptibles de generar seguridad jurídica para
los sujetos económicos extranjeros en las transacciones transfronterizas. La autonomía
contractual y la seguridad jurídica para los sujetos económicos extranjeros son el caldo
de cultivo de la “sociedad de Derecho privado” que, en gran medida, se autorregula, y que
constituye un ideal de la teoría económica liberal. La cristalización de los usos del comer-
cio internacional y el recurso al arbitraje privado internacional son formas de expresión
de esfuerzos de coordinación privada, al margen de la regulación estatal. No obstante,
sigue siendo indispensable la vinculación con un ordenamiento estatal, porque sólo los
Estados disponen de mecanismos de ejecución para hacer valer derechos individuales. Sin

¹³⁶ Nettesheim, M: *WTO-Recht und Globalisierung*, 2003.

¹³⁷ V. *infra*, tema 4, nota al margen 3.

embargo, no debe desconocerse que, por ejemplo en caso de inobservancia de un laudo arbitral, las sanciones no estatales “informales” pueden desplegar una eficacia considerable.

- 9 Una función central de ordenación que no puede ser confiada a la coordinación de sujetos económicos individuales, sigue siendo el control de la libre competencia. Los controles del libre juego de las fuerzas, a través del sometimiento del poder económico, sólo pueden dejarse en manos de instancias estatales o internacionales. Una internacionalización funcionalmente apta del control de la competencia sólo se ha alcanzado, hasta ahora, en la Unión Europea.¹³⁸ Las disposiciones de la Carta de La Habana sobre la prohibición de limitaciones a la libre competencia nunca entraron en vigor (arts. 46-54). Por tanto, en el plano internacional, la misión de controlar el mercado con ese fin se atribuye a los Estados individuales. La aplicación “extraterritorial” del Derecho de la competencia a supuestos transfronterizos no sólo constituye un potencial de conflicto entre los Estados implicados, sino que también desempeña una función de integración de lagunas a la vista de la ausencia de un control internacional efectivo. Las debilidades de los mecanismos de control nacional son consecuencia de su limitación territorial en cuestiones de ejecución. Estas consideraciones no sólo son válidas en el ámbito del Derecho de la competencia, sino que también rigen para otros sectores del control económico. Con razón, las crisis de deuda externa se relacionan con déficits de control bancario en el plano internacional.¹³⁹

2. Sujetos del Derecho Económico Internacional

Bibliografía recomendada: Fischer, P.: “Transnational Enterprises”, EPIL, t. IV, 2000, pp. 921 y ss.; Gramlich, L.: Internationales Wirtschaftsrecht, 2004, pp. y ss.; Kaltenborn, M.: Entwicklungs- und Schwellenländer in der Völkergemeinschaft, AVR 46 (2008), pp. 205 y ss.; Meerhaeghe, M. A. G.: International Economic Institutions, 7.^a ed., 1998; Seidl-Hohenveldern, I.: Corporations in and under International Law, 1987; Rode, R.: Regieren durch internationale Wirtschaftsorganisationen, 2001; Schermers, H. -G., Blokker, N. M.: International Institutional Law, 3.^a ed., 1995; Simmonds, K. R. (ed.), Legal Problems of Multinational Corporations, 1977; Schwartmann, R.: Private im Wirtschaftsvölkerrecht, 2005; Wildhaber, L., Großfeld, B., Sandrock, O., Birk, R.: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, t. 18, 1978.

a) Estados

Bibliografía recomendada: Bayle, N., Woolcock, S.: The New Economic Diplomacy: Decision-making and negotiation in international economic relations, 2003.

¹³⁸ V. *infra*, tema 17.

¹³⁹ Mestmäcker, E. J.: “Rechtsfragen einer Ordnung der Weltwirtschaft”, en AA. VV.: *Festschrift für Karl Carstens*, 1/1984, pp. 417 y ss., esp. p. 425.

En el orden económico mundial descentralizado, los Estados desempeñan un papel **10** preponderante en un doble sentido. Por un lado, son responsables del poder normativo; esta función normativa se plasma en la actividad legislativa nacional, la administración y la jurisprudencia, así como en la creación de reglas de Derecho internacional público y en la participación en organizaciones internacionales. Por otro lado, los Estados se involucran directamente en las transacciones económicas, por ejemplo, como propietarios de materias primas o de otros bienes económicos.

La comunidad de Estados se caracteriza por la gran heterogeneidad de sus miembros con **11** respecto al potencial económico y a su “Constitución económica” (*Wirtschaftsverfassung*). En principio, cada Estado es libre para estructurar su sistema económico; la prohibición de intervención del Derecho consuetudinario internacional,¹⁴⁰ protege esta libertad de opción frente a injerencias extranjeras.¹⁴¹ Sin embargo, con el hundimiento político y económico de los sistemas comunistas de Europa del Este, ha perdido su fuerza atractiva el modelo fundado en un orden económico dirigido centralmente y con monopolio estatal del comercio exterior.

Entre las asimetrías que caracterizan a la comunidad de Estados contemporánea destacan las diferencias existentes en términos de poder económico, que se expresan a través del producto interior bruto (esto es, el valor total de todas las mercancías y todos los servicios generados que una economía nacional pone a disposición del consumo final en un determinado periodo de tiempo).

Existe una estrecha correlación entre el poder económico y el consumo de energía. Por ello, la demanda de petróleo, de gran importancia en la actualidad, seguirá creciendo (así como la demanda de gas natural).

Oriente Próximo y, de manera creciente, América del Norte desempeñan un papel clave en el abastecimiento mundial de petróleo.

Existen asimetrías considerables entre los Estados, con respecto a la extracción y el consumo de petróleo.

La lucha por conseguir un orden económico mundial equilibrado se ve influenciada, **12** sobre todo, por la contraposición entre los pocos Estados altamente industrializados de Norteamérica, Europa Occidental y Asia (que cuentan con la decisiva influencia de la “triada”—Estados Unidos, la Unión Europea y Japón—), y los numerosos países en vías de desarrollo de Latinoamérica, África y Asia. Algunos países de Oriente (como “nuevos Estados industriales”) se han aproximado al nivel de productividad occidental (los llamados “tigres asiáticos”: Taiwán, Corea del Sur y Singapur). Actualmente, China e India son actores con gran peso en la economía mundial. Junto a ellos, existe un grupo de “países emergentes” latinoamericanos (como Argentina, Brasil, Chile y México).

¹⁴⁰ V. *infra*, tema 6, nota al margen 1.b).

¹⁴¹ V. Sent. CIJ, de 27 de junio de 1986, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, ICJ Reports, 1986, pp. 14 y ss., esp. p. 108.

- 13 Si los Estados intervienen en el tráfico económico internacional directamente, reglas especiales hallan en muchas ocasiones aplicación. Así, los Estados y sus subdivisiones pueden alegar, atendiendo a los principios de la inmunidad de los Estados,¹⁴² su no sometimiento a la jurisdicción extranjera, si lo que está en tela de juicio es una actuación soberana del Estado, o el patrimonio estatal dedicado a fines soberanos especiales.
- 14 Desde el punto de vista de la economía de mercado, los monopolios estatales del comercio y otros ámbitos, que en beneficio del Estado mantienen alejadas a las empresas privadas de la compra y venta de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios, se consideran “elementos discordantes” (art. XVII del GATT). El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prescribe la paulatina transformación de los monopolios comerciales existentes en interés del libre intercambio, y prohíbe la implantación de nuevos monopolios estatales que limiten el comercio (art. 37 TFUE).
- 15 El papel del Estado como oferente, o perceptor, de bienes y servicios en la estructura de la libre competencia constituye (no sólo en el ámbito de los monopolios estatales de comercio o prestación de servicios) un problema especial en un orden económico que pone énfasis en la liberalización y en la reducción de las restricciones de acceso al mercado. Esta situación se da no sólo en las prestaciones de servicios respecto del tráfico de personas y bienes, en el envío de correo o en el sector de las telecomunicaciones, sino también respecto de entes públicos de radio o televisión y en la prestación de servicios en el ámbito de la enseñanza. Que el Estado lleve a cabo una actividad económica en algunos ámbitos se justifica, sobre todo, porque, en interés de la colectividad, determinadas prestaciones no deben dejarse en manos de oferentes con intereses particulares, teniendo en cuenta la enorme responsabilidad del Estado en ofrecer un alto nivel de calidad en las mismas, o debido a su escasa rentabilidad. Por otro lado, las entidades estatales que acceden a la libre competencia no están sometidas al mismo riesgo empresarial que sus competidores, ya que cuentan con el respaldo del presupuesto público.
- 16 Según el TFUE, las empresas públicas encargadas de gestión de servicios “de interés económico general” sólo quedan sometidas a las normas sobre libre competencia de este Tratado, en la medida “en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada” (art. 106.2.1 TFUE). La aplicación a las empresas públicas de las reglas generales sobre competencia de los artículos 111 y ss. TFUE (por ejemplo, en el ámbito de correos, telecomunicaciones, radiodifusión o abastecimiento de energía) es uno de los problemas centrales del Derecho de la competencia europeo.¹⁴³ La doctrina reciente del TJUE tiende a limitar los privilegios de las empresas públicas en el ámbito del Derecho de la competencia, especialmente respecto

¹⁴² Al respecto, v. *infra*, tema 6, nota al margen 2.

¹⁴³ V. *infra*, tema 17.

de los monopolios estatales de prestación de servicios, que suponen un freno a los desarrollos innovadores y a la satisfacción de la demanda existente de prestaciones especiales.

b) Empresas estatales

Bibliografía recomendada: Fischer, P., von Hoffmann, B.: “Staatsunternehmen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 25, 1984; Mann, F. A.: “Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen”, *RIW* 1987, pp. 186 y ss.

Frecuentemente, los Estados no intervienen directamente en el tráfico económico, sino que lo hacen a través de empresas independientes. Entre ellas, se encuentran entes jurídicamente independientes, con formas de organización administrativa, y también sociedades de capital, que son gestionadas o controladas por el Estado. En general, esta independencia jurídica implica la separación de estos entes de la esfera estatal: son titulares de sus propios derechos y obligaciones. En casos especiales, a pesar de su independencia jurídica, las empresas públicas y sus actividades se imputan al Estado que se encuentra tras ellas. Esto ocurre si, por ejemplo, para escapar de la jurisdicción extranjera acudiendo a las reglas de inmunidad estatal, la empresa es, por decirlo gráficamente, “la prolongación del brazo” del Estado, y actúa soberanamente, o posee bienes que utiliza con fines soberanos (por ejemplo, un banco central jurídicamente independiente); en este sentido, la pretensión de inmunidad de la empresa estatal depende de su calidad de órgano estatal.¹⁴⁴ Las obligaciones de una empresa jurídicamente independiente sólo se pueden imputar al Estado que la controla si se dan determinadas circunstancias, en el sentido de un “levantamiento de velo” (*Haftungsdurchgriff*).¹⁴⁵ Se puede admitir entonces una imputación de responsabilidad si, por ejemplo, el Estado no ha dotado a la empresa controlada por él con los medios financieros necesarios para realizar su función (caso de la infracapitalización), o si la invocación de la independencia jurídica de la empresa responsable fuese abusiva.

En el caso del accidente del reactor de Chernóbil, los tribunales alemanes desestimaron la responsabilidad del Estado soviético respecto de los daños que se habían generado, dado que el explotador de la central nuclear era un ente con personalidad jurídica propia.¹⁴⁶

Por el contrario, sólo se puede tener en cuenta la responsabilidad de una empresa estatal por las obligaciones del Estado que está tras ella, si la separación entre ellos claramente no satisface el principio de equidad.¹⁴⁷

¹⁴⁴ V. *infra*, tema 5, nota al margen 2 y también Mann, F. A.: “Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen”, *RIW*, 1987, pp. 186 y ss., esp. pp. 187-188 y las referencias por él citadas.

¹⁴⁵ Böckstiegel, K.-H.: *Der Durchgriff auf den Staat*, 1972.

¹⁴⁶ Tribunal Local (Amtsgericht) de Bonn, 29 de noviembre de 1987, *NJW* 1988, pp. 1393 y ss., y Tribunal Distrital (Landgericht) de Bonn, 14 de diciembre de 1987, *NJW* 1989, p. 1225.

¹⁴⁷ V. Sent. de 17 de junio de 1983, Supreme Court de Estados Unidos, *First National City Bank c. Banco para*

- 19 En ocasiones, se plantea la cuestión de si una empresa estatal, para liberarse de obligaciones contractuales (alegando fuerza mayor o la desaparición de la causa del negocio), puede invocar que su propio Estado frustra el cumplimiento del contrato, o la causa del contrato, a través de limitaciones legales o administrativas (por ejemplo, impedir el suministro pactado de materias primas por medio de una prohibición a la exportación). Esta alegación sólo se le podrá denegar a una empresa extranjera si ésta, sobre la base de determinados indicios, no goza de una auténtica autonomía decisoria, o si el Estado crea el obstáculo a la prestación, a modo de cooperación oclusiva, especialmente para liberar al empresario de sus obligaciones contractuales.¹⁴⁸

c) Organizaciones internacionales

Bibliografía recomendada: Altman, J., Kulesa, M. E. (ed.): *Internationale Wirtschaftsorganisationen*, 1998; Seidl-Hohenveldern, I., Loibl, G.: *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7.ª ed., 2000.

- 20 En la vida económica internacional, las organizaciones internacionales, como forma de cooperación interestatal, juegan un papel clave. Su importancia se muestra en distintos planos. Especialmente, en su función normativa (elaboración de reglas vinculantes para sus miembros o de recomendaciones para los complejos económicos), en su función de foro para la coordinación y la consulta interestatal, y en su función de apoyo (para medidas de reestructuración económica o de mejora de la infraestructura, especialmente en países en vías de desarrollo). Además, las organizaciones internacionales actúan ocasionalmente en el mercado de una forma cuasi-empresarial, por ejemplo, mediante la compra o venta de materias primas en interés de una estabilización de precios.
- 21 Las organizaciones internacionales en sentido estricto (organizaciones intergubernamentales, *governmental international organizations*) tienen su origen en un tratado internacional fundacional firmado por los Estados miembros y poseen una personalidad jurídica propia en Derecho internacional público. Al mismo tiempo, gozan, generalmente, de capacidad jurídica según el Derecho del Estado de su sede y de los (otros) Estados miembros.¹⁴⁹ Algunas de estas organizaciones actúan en la vida económica de forma semejante a una sociedad anónima o a otras empresas privadas. De ello pueden derivarse

el Comercio Exterior de Cuba, U. S., vol. 462, pp. 611 y ss., y Sent. TS alemán de 28 de abril de 1988, BGHZ, t. 104, pp. 240 y ss.

¹⁴⁸ Al respecto, v. Seidl-Hohenveldern, I.: *Corporations in and under International Law*, 1987, pp. 55 y ss. y Sent. House of Lords de 6 de julio de 1978, C. Czarnikow LTD v. Rolimpex, A. C., 1979, pp. 351 y ss.

¹⁴⁹ Bekker, P. H. F.: *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, 1994; Reinisch, A.: *International Organizations Before National Courts*, 2000 y Rensmann, Th.: "Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr", AVR, 37/1998, pp. 305 y ss.

difíciles problemas de responsabilidad, en cuanto a la posición de los Estados miembros, si la organización no cumple sus obligaciones financieras.¹⁵⁰

El caso más conocido en esta materia es la insolvencia del Consejo internacional del estaño (*International Tin Council-ITC*).¹⁵¹ Este Consejo tenía por objeto alcanzar un precio adecuado del estaño en el mercado mundial, mediante la compra y venta de metales con la ayuda de un depósito regulador. Después de que el administrador del depósito realizase transacciones arriesgadas en la Bolsa de metales londinense, el Consejo del estaño ya no pudo hacer frente a sus cuantiosas obligaciones respecto de acreedores privados. Tras múltiples procesos judiciales ante los tribunales ingleses contra miembros individuales del Consejo del estaño (entre ellos, el Reino Unido, la República Federal de Alemania y la Comunidad Europea),¹⁵² y contra la Comunidad Europea ante el TJCE, se llegó a una solución extrajudicial del conflicto mediante un acuerdo transaccional.

La independencia de las organizaciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional público protege, generalmente, a sus miembros frente a la responsabilidad por las obligaciones de la organización. Una imputación de responsabilidad a los Estados parte (*piercing the corporate veil* - levantamiento del velo corporativo) sólo está excepcionalmente permitida si estos Estados miembros, en el momento fundacional de la organización, no la dotaron con suficiente capital, si los miembros no se oponen a una conducta de los órganos que sea manifiestamente incompatible con la finalidad de la organización o con los deberes de diligencia empresarial, o si el recurso a la autonomía jurídica de la organización fuese abusivo.¹⁵³ En esta materia, existen paralelismos con la figura del “levantamiento del velo” en el Derecho de sociedades nacional. A causa de las experiencias con el Consejo internacional del estaño, algunos convenios constitutivos de organizaciones internacionales sobre materias primas contienen limitaciones expresas de la responsabilidad. Así, por ejemplo, el Convenio internacional del caucho natural (*In-*

¹⁵⁰ V. Ebenroth, C. T./Fuhrmann, L.: “Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen”, JZ 1989, pp. 211 y ss.; Haltern, U.: “Die Haftung von Mitgliedstaaten für Verbindlichkeiten Internationaler Organisationen”, ZvglRWiss, 93/1994, pp. 221 y ss., Hartwig, M.: *Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen*, 1993; Herdegen, M.: “Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen”, ZaöRV, 47/1987, pp. 537 y ss., id.: “The Insolvency of International Organisations and the Legal Position of Creditors: Some Observations in the Light of the International Tin Council Crisis”, NILR, 1998, pp. 135 y ss.; Mann, F. A., Die juristische Person des Völkerrechts, ZHR, 152/1988, pp. 302 y ss., esp. pp. 311 y ss.

¹⁵¹ McFadden, E. J.: “The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement”, AJIL 80/1986, pp. 811 y ss e igualmente, v. Ebenroth/ Fuhrmann y Herdegen, citados ambos en la nota anterior.

¹⁵² Sent. House of Lords, 26 de octubre de 1989, J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd c. Department of Trade and Industry and others and related appeals, A. C., 1990, vol. II, pp. 418 y ss.

¹⁵³ Respecto a la responsabilidad de los Estados miembros de una organización internacional, tras haber sido decidida su disolución por parte de la mayoría de los miembros, v. el laudo arbitral del asunto Westland de 5 de marzo de 1984 (que fue parcialmente anulado por los tribunales suizos). Sobre este caso, v. Westland Helicopters Limited v. Arab Organizations for industrialization and others, ILM, 23/1984, pp. 1071 y ss.; Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedsprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, RIW, 1989, pp. 329 y ss., esp. p. 330 y Rensmann, Th: “Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr”, AVR, 1998, vol. 37, p. 337.

ternational Natural Rubber Agreement - INRA III) de 1995,¹⁵⁴ prevé que las obligaciones financieras de los miembros se limiten a la cuantía de sus obligaciones respecto de las cuotas para el presupuesto administrativo y para la financiación del depósito regulador de la Organización internacional del caucho natural (art. 48.4).

En este contexto, se debe diferenciar entre las obligaciones de Derecho internacional público de una organización internacional, por un lado, y las deudas frente a acreedores privados, por otro. Los criterios expuestos sobre el “levantamiento del velo” únicamente justifican una responsabilidad inmediata de los miembros respecto de las obligaciones internacionales. Para las deudas de Derecho privado (por ejemplo, las derivadas de contratos de préstamo o compraventa), el Derecho internacional público sólo regula los requisitos que han de darse para que sea posible extender la responsabilidad a los Estados miembros, esto es, las condiciones bajo las cuales un tribunal nacional puede pasar por alto la independencia jurídica de la organización internacional. Por lo demás, la decisión sobre si existe responsabilidad de los Estados miembros frente a acreedores privados se deja en manos del Derecho nacional.

23 Las organizaciones más importantes para la vida económica internacional son aquellas que, en calidad de “organismos especializados”, están vinculadas a las Naciones Unidas, por medio de acuerdos de cooperación concluidos por el Consejo Económico y Social (*Economic and Social Council - ECOSOC*) (arts. 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas). Para fomentar la cooperación económica en el marco de las Naciones Unidas, se crearon, como comités derivados de la Asamblea General, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development*), y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI) (*United Nations Commission on International Trade Law*), a la que se le encomendó la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional. La CNUDMI ha elaborado una serie de leyes modelo, por ejemplo la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito de 1992, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997, la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico de 1996/98, o la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001.

24 Juega un papel clave en materia de circulación internacional de capitales y pagos, especialmente con la actual crisis de la deuda externa, el Fondo Monetario Internacional (FMI) (*International Monetary Fund*),¹⁵⁵ cuya creación se decidió en 1944, en la Conferencia de Bretton Woods. Originariamente, el FMI debía asegurar una coordinación estable de los órdenes monetarios nacionales mediante un sistema más firme, en el que los tipos de cambio estuvieran controlados por el FMI sobre la base del patrón oro. Tras

¹⁵⁴ BOE n. 69 de 21 de marzo 1997, p. 9153 y ss (www.boe.es).

¹⁵⁵ Gold, J.: “International Monetary Fund”, *EPIL* 1995, t. II, pp. 1271 y ss.

el abandono por Estados Unidos del patrón oro y la introducción de tipos de cambio libres, las funciones del FMI han variado. Actualmente, sus cometidos son vigilar con un fin estabilizador las modificaciones de los tipos de cambio y conceder créditos a Estados miembros que presenten dificultades transitorias en su balanza de pagos. En 1969, se incorporó a los Estatutos del FMI (art. V. sección 6), el denominado “derecho especial de giro”. Se trata del derecho de un Estado miembro a adquirir divisas extranjeras pagándolas con su propia moneda. En el FMI, los Estados miembros están representados en la Junta de Gobernadores, que es competente para tomar las decisiones fundamentales. De las operaciones cotidianas se encarga un Directorio Ejecutivo, que se compone por ocho Directores, elegidos entre los Estados miembros financieramente más poderosos, y otros dieciséis procedentes del resto de los Estados. Mientras que en otras organizaciones internacionales rige el principio de la igualdad formal de voto de los Estados (*one State, one vote*), en el FMI, igual que sucede en la mayoría de las organizaciones del ámbito económico y financiero, los votos de los Estados miembros se ponderan (en función de las obligaciones de aportación).

Estrechamente vinculado con el FMI (especialmente por la coincidencia de miembros) 25 se encuentra el Banco Mundial (BIRD - Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo - *International Bank for Reconstruction and Development*).¹⁵⁶ Un aspecto muy destacado de su actividad es la concesión de préstamos a países en vías de desarrollo. A la financiación de proyectos concretos para mejorar las infraestructuras, se ha unido últimamente la promoción general del desarrollo en el tercer mundo. Como organización filial del Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional (CFI) (*International Finance Corporation*),¹⁵⁷ concede créditos a proyectos privados con independencia de las garantías de reembolso por parte del Gobierno de origen del tomador del préstamo. Al grupo del Banco Mundial también pertenece, por ejemplo, la Asociación Internacional de Fomento (AIF) (*International Development Association*),¹⁵⁸ que apoya con préstamos a países en vías de desarrollo especialmente pobres (y, a veces, también a empresas privadas de estos Estados), cuyas necesidades de financiación ya no pueden ser cubiertas por las condiciones de crédito habituales en el mercado. A causa de sus especiales ventajas (por ejemplo, larga duración, períodos de amortización diferida o el no devengo de intereses) los créditos de la AIF se asemejan a aportaciones a fondo perdido.

El compromiso del FMI y del Banco Mundial en relación con la crisis de la deuda externa 26 genera importantes motivos de conflicto político. Se trata de las condiciones de concesión de créditos a países especialmente endeudados, que se tienen que comprometer a adoptar determinadas medidas estructurales para reducir su déficit en la balanza de

¹⁵⁶ V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

¹⁵⁷ V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

¹⁵⁸ V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

pagos.¹⁵⁹ Muchos países en vías de desarrollo consideran que esto supone un amordazamiento político-económico incompatible con su concepto de soberanía.

- 27 Los bancos regionales de desarrollo, que son sustentados por los países donantes (que pueden ser también Estados industriales de otra región) y por los países receptores, desempeñan un papel importante en el fomento del desarrollo y en el apoyo a procesos de transformación económica y política. Entre ellos destacan el Banco Interamericano de Desarrollo (*Inter-American Development Bank*), el Banco Asiático de Desarrollo (*Asian Development Bank*), el Banco del Sur (creado por algunos países sudamericanos) y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (*European Bank for Reconstruction and Development*), que se dedica al desarrollo de Estados en la Europa oriental y Asia Central. Por su parte, el Banco Europeo de Inversión (art. 308 y ss. TFUE) fomenta el desarrollo de regiones económicamente débiles, así como proyectos comunes de varios Estados en el seno de la Unión Europea. Adicionalmente, el Banco Europeo de Inversión brinda su apoyo al desarrollo de Estados terceros, a través, por ejemplo, de acuerdos de asociación con los Estados ACP. El volumen de créditos del Banco Europeo de Inversión sobrepasa al del Banco Mundial.
- 28 Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (*Food and Agriculture Organization of the United Nations - FAO*), y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (*United Nations Industrial Development Organization - UNIDO*), tienen como objetivo elevar el nivel de vida de los países más pobres y fomentar el desarrollo industrial.
- 29 Como tercer pilar institucional, junto al FMI y al Banco Mundial, la Carta de La Habana había previsto la Organización Internacional de Comercio (OIC) (*International Trade Organization - ITO*).¹⁶⁰ En vista de las actitudes hostiles frente a la extensas regulaciones de la Carta de La Habana, los Estados participantes acordaron en 1947 una aplicación provisional del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio), con el objeto de establecer, en la fase previa a la entrada en vigor del Convenio sobre la Organización Internacional de Comercio, los presupuestos convencionales para la liberalización del comercio mundial. Este acuerdo fracasó debido al rechazo del Congreso estadounidense al Convenio sobre la Organización Internacional de Comercio. El GATT, con una estructura organizativa desarrollada gradualmente,¹⁶¹ lleva existiendo más de cuarenta años en calidad de “provisional”, por lo que se viene tratando desde hace tiempo como una organización internacional. La importante reforma del sistema GATT, con la creación de la Organización Mundial de Comercio (World Trade Organization - WTO), ha asentado

¹⁵⁹ V. por ejemplo, Meng, W.: “Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States?”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 21/1988, pp. 263 y ss. e igualmente v. *infra*, tema 26, nota al margen 3.

¹⁶⁰ Al respecto Jaenicke, G.: “Habana Charter”, en *EPIL*, 1995, t. II, pp. 679 y ss.

¹⁶¹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 1.

el orden económico mundial sobre una nueva base institucional.¹⁶² También desempeña un papel significativo en la vida económica internacional la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (*International Labour Organization, ILO*).¹⁶³ Esta Organización se compromete a generar condiciones de trabajo adecuadas, suprimir las discriminaciones injustificadas e impulsar la seguridad social de los trabajadores. Entre las funciones de la OIT, destacan la elaboración de acuerdos y recomendaciones internacionales, la supervisión del cumplimiento de las obligaciones convencionales por parte de los Estados miembros y la solución de diferencias. Las actividades de la OIT contribuyen, por medio de estándares convencionales, a la mejora progresiva de las condiciones de trabajo en el mundo y combaten, al mismo tiempo, el riesgo de que las diferencias de nivel en las condiciones laborales provoquen la búsqueda de ventajas competitivas, en el sentido de un *dumping* social.

Se encuentran vinculadas a Naciones Unidas, en calidad de “organizaciones especiales”, 30 otras organizaciones internacionales, cuyo campo de acción se centra en un sector determinado de la vida económica. A ellas pertenecen, por ejemplo, la Unión Postal Universal (*Universal Postal Union*) fundada ya en 1874,¹⁶⁴ la Unión Internacional de Telecomunicaciones (*International Telecommunications Union*),¹⁶⁵ y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (*World Intellectual Property Organization - WIPO*).¹⁶⁶

Junto a las organizaciones de carácter universal, existe una pluralidad de organizaciones 31 internacionales concebidas para un grupo limitado de miembros. Entre ellas, se cuentan las organizaciones económicas regionales. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (*Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD*)¹⁶⁷ constituye un foro para la cooperación de los treinta países más desarrollados industrialmente del mundo occidental, que producen más de la mitad de los productos manufacturados del mundo y en cuyas manos se encuentra más del 70% del comercio mundial. Son Estados miembros Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea del Sur, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. La verdadera importancia de la OCDE no se basa tanto en que dicte reglas vinculantes, sino en que coordina la política económica y monetaria de sus miembros. De gran relevancia es la promoción del crecimiento económico de los países en vías de desarrollo

¹⁶² V. *infra*, tema 10, nota al margen 2.

¹⁶³ Samson, K.T.: “International Labour Organisation”, EPIL, t. II/1995, pp. 1150 y ss.

¹⁶⁴ V. *infra*, tema 14, nota al margen 5.

¹⁶⁵ V. *infra*, tema 14, nota al margen 5.

¹⁶⁶ V. *infra*, tema 15.

¹⁶⁷ Hahn, H.J.: “Organisation for Economic Co-operation and Development”, en EPIL 1997, t. III, pp. 790 y ss.; Hahn, H.J./Weber, A.: *Die OECD—Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, 1976.

que llevan a cabo los veintidós Estados miembros de la OCDE y la Comisión Europea, que cooperan en el seno del Comité de Asistencia al Desarrollo (*Development Assistance Committee*).

- 32 Las organizaciones internacionales sobre materias primas, que deben garantizar un nivel de precios estable (sobre todo, en interés de los países en vías de desarrollo que dependen en gran medida de las exportaciones de materias primas), han alcanzado hasta ahora sólo un éxito limitado.¹⁶⁸
- 33 Entre las formas organizativas clásicas de la cooperación regional, se cuentan las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras.¹⁶⁹ No todos los acuerdos de este tipo dan lugar a una organización jurídicamente independiente, como sucede, por ejemplo, en el caso de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) (*European Free Trade Association*). En el marco de la Unión Europea, se ha logrado un grado de integración económica de los Estados miembros único hasta el momento.¹⁷⁰ Este grado de integración europea se ha alcanzado gracias, aparte de al alto nivel de industrialización y a la amplia homogeneidad de valores sociales, culturales y político-económicos, a la disposición de los Estados miembros a trasladar, en unas proporciones sin precedentes, derechos soberanos nacionales a instituciones interestatales. Inspirados por el modelo de la Unión Europea, algunos Estados latinoamericanos han constituido formas institucionalmente asentadas de cooperación económica (como, por ejemplo, la Comunidad Andina - CAN).¹⁷¹ Siguiendo el modelo del Tratado de la Comunidad Europea, en el seno de la Organización de la Unidad Africana se ha constituido la Comunidad Económica Africana (*African Economic Community - AEC*).¹⁷² En mayo de 2001 entró en vigor el Acta constitutiva de la Unión Africana.

d) Unión Europea (Comunidades Europeas)

- 34 La Unión Europea se caracteriza por haber alcanzado un grado de integración económica, jurídica y política de sus 27 Estados miembro, desconocido hasta el momento en el plano interestatal.¹⁷³ Su estructura institucional funciona a través de la actividad combinada de las instituciones políticas (Consejo, Comisión y Parlamento Europeo) y el TJUE. La Unión Europea y la CEEA están interrelacionadas a través de sus instituciones comunes. Esto significa que sólo existe un Consejo, una Comisión, un Parlamento y un Tribunal

¹⁶⁸ V. *infra*, tema 11.

¹⁶⁹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 1.

¹⁷⁰ V. *supra*, tema 3, nota al margen 2. *infra*, tema 4.

¹⁷¹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 5.

¹⁷² ILM 30 (1991), pp. 1241 y ss., esp. p. 1245.

¹⁷³ V. *supra*, tema 3, nota al margen 2.

de Justicia, y que estas instituciones, según el caso, actuarán en nombre de la Unión o de la CEEA (sobre la base de los preceptos del tratado correspondiente).¹⁷⁴

El Tratado de Lisboa de 2007 (que incorpora una gran parte del contenido del Tratado sobre una Constitución para Europa),¹⁷⁵ ha dado lugar a cambios sustanciales en la arquitectura de la Unión Europea. La Unión Europea dispone ahora de personalidad jurídica propia, habiendo absorbido a la Comunidad Europea (art. 1.3 TUE). La CEEA, a resultas de un protocolo especial, continúa existiendo. 35

La estructura de tres pilares (con las Comunidades Europeas como primer pilar, la Política Exterior y de Seguridad Común como segundo, y la Cooperación Policial y Judicial en materia penal como tercero), ha sido reemplazada por un marco único organizacional y de acción. Sin embargo, la Política Exterior y de Seguridad Común preserva su carácter intergubernamental, en el sentido de que las resoluciones tomadas en este marco sólo vinculan a la misma Unión Europea y a los Estados miembros. Para que nazcan obligaciones para los particulares, siempre es necesario un acto de implementación. 36

Así, una resolución en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común que imponga un embargo comercial contra un tercer Estado no tiene efecto inmediato (frente a determinadas empresas comerciales), sino a través de un acto de implementación de la Unión Europea (art. 215.1 TFUE).

El Consejo de la UE es la institución decisoria más importante. Está compuesto por los representantes de los Gobiernos nacionales. Durante mucho tiempo fue el auténtico “legislador” de la Unión. Entre tanto, el Parlamento participa en la producción de normas jurídicas en la gran mayoría de sectores normativos, en una posición de igualdad respecto al Consejo (procedimiento de codecisión). 37

En principio, el Consejo decide por mayoría simple, pero en cuestiones importantes se requiere mayoría cualificada o, incluso, unanimidad. En las decisiones por mayoría cualificada, los votos de los Estados miembros se ponderan. Ello hace que Estados pequeños estén claramente mejor posicionados que si se tuviese en cuenta su número de habitantes.¹⁷⁶ Sólo rara vez se precisa unanimidad para una decisión del Consejo. En particular, ésta se requiere en la utilización de la autorización amplia del Artículo 352.1 TFUE. El principio de mayoría es un instrumento importante para frenar los intereses estatales. 38

¹⁷⁴ Convenio sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas de 1957; Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas de 1965.

¹⁷⁵ Los cambios han sido incorporados bajo forma de una refundición del Tratado sobre la Unión Europea y del Tratado sobre la Comunidad Europea, que ahora se llama Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁷⁶ Art. 16. 4 TUE y Art. 3 del Protocolo No. 36.

- 39 La Comisión desempeña, sobre todo, importantes funciones de iniciativa y de ejecución (arts. 27, 244 ss. TFUE, 124 TCEEA). Está integrada por miembros independientes. El Presidente de la Comisión desempeña una posición eminente. El Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común, nombrado por el Consejo, es, a la vez, uno de los Vicepresidentes a la Comisión. En cuanto a su composición y su proceso de decisión, la Comisión (a diferencia del Consejo) no está vinculada por los intereses nacionales. La Comisión constituye, entre las instituciones políticas, el elemento de estímulo del proceso de integración. De gran importancia es su poder de iniciativa legislativa. Además, la Comisión desempeña competencias de ejecución significativas. En este sentido, puede proceder contra los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de posición dominante (también mediante multas coercitivas), o autorizar operaciones de concentración entre empresas. Como protectora de los intereses de la Unión, la Comisión puede, por ejemplo, presentar una demanda ante el TJUE por el incumplimiento del Tratado por los Estados miembros (art. 258 TFUE).
- 40 El Parlamento Europeo está compuesto por diputados elegidos directamente por los ciudadanos de cada uno de los Estados miembros (arts. 223 ss. TUE, 107 ss. TCEEA), y, por lo tanto, actúa como la única institución de la Unión con legitimación democrática directa. Junto con el Consejo, el Parlamento Europeo es uno de los órganos legislativos principales de la Unión. La codecisión es el procedimiento legislativo ordinario de la Unión Europea (art. 294 TFUE).
- 41 El TJUE asegura el carácter normativo del ordenamiento jurídico de la Unión (arts. 251 ss. TFUE, 136 ss. TCEEA). Frente al incumplimiento de un Tratado por un Estado miembro, la Comisión u otro Estado miembro pueden presentar una demanda ante el TJUE (arts. 258 ss. TFUE).
- 42 El TJUE puede ser requerido por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, mediante el denominado recurso de anulación (art. 263 TFUE), para examinar los actos jurídicos de los órganos comunitarios. En algunos casos, se permite también al Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas presentar un recurso de anulación para hacer valer sus derechos (art. 263.3 TFUE).
- 43 Bajo determinadas condiciones, los particulares también pueden recurrir actos jurídicos de las instituciones comunitarias que les afecten “directa e individualmente” (art. 263.4 TFUE). Así, las empresas pueden impugnar ante el TJUE una disposición de la Comisión que les suponga una carga en el ámbito de la libre competencia, como, por ejemplo, la inadmisión de una operación de concentración empresarial o la imposición de una multa. Un particular sólo se ve afectado directamente, en el sentido del Artículo 263.4 TFUE, por las decisiones que se dirigen a un Estado miembro o a otros terceros, cuando la decisión, a causa de circunstancias especiales o de determinadas cualidades personales,

le afecta de modo especial y, de este modo, le individualiza de una manera similar que al destinatario mismo.

El procedimiento prejudicial reglamentado en el Artículo 267 TFUE juega un papel 44
extraordinariamente importante. En él, el TJUE, a propuesta de un órgano jurisdiccional
nacional, decide sobre la interpretación del Derecho de la Unión y sobre la validez de los
actos jurídicos de órganos de la Unión.

En el examen de los actos jurídicos de las instituciones de la Unión, que se ha de basar 45
en un juicio valorativo de situaciones económicas complejas, el TJUE suele ser comedi-
do y admite un margen de apreciación económico-político por parte de las instituciones
decisorias de la Unión Europea.¹⁷⁷ El reconocimiento de un margen de este tipo en va-
loraciones globales complejas se ponía de manifiesto en la referencia contenida en el (ya
derogado) Artículo 33. I. inciso 2.º TCECA, que podía entenderse como expresión de
una concepción jurídica general.¹⁷⁸

Desde hace tiempo, el TJUE viene siendo auxiliado por un Tribunal de Primera
Instancia, que, en determinados casos, es competente en relación con demandas de parti-
culares (personas físicas y jurídicas), y cuyas decisiones pueden ser revisadas por el TJUE
en caso de defectos legales (arts. 256 TFUE, 140 TCEEA).

El TJUE ha entendido su misión de salvaguardia del Derecho de la Unión Europea de 46
un modo muy dinámico, y practica constantemente el desarrollo judicial del Derecho. En
particular, su doctrina sobre el efecto directo de las disposiciones del Tratado, la primacía
del Derecho de la Unión, la aplicación directa de directivas, la responsabilidad de los Es-
tados y los principios generales del Derecho, ha dado un impulso decisivo al desarrollo
de la Unión. De esta forma, el TJUE ha compensado, justamente en fases complicadas,
la “inmovilidad” de las instituciones políticas.

La Unión Europea es miembro de un gran número de organizaciones internacionales, 47
como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de las Nacio-
nes Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), u organizaciones de materias
primas. En el caso de la OMC, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros
pertenecen a ella.

¹⁷⁷ V., por ejemplo, las sent. TJUE, As. 43/72 (Mercur), Rec., 1973, p. 1055 (esp. p. 1074), As. 197-200, 243, 245 y 247/80 (Ludwigshafener Walzmühle, Rec., 1981, p. 3211 (esp. p. 3251)); As. 42/84 (Remia), Rec. 1985, p. 2545, n. marg. 34; As. 12/03 (Tetra Laval), Rec. 2005, p. I-987 y ss.

¹⁷⁸ Art. 33. I, inciso 2 TCECA limitaba el control judicial en la revisión de actos jurídicos de la Comisión: “No obstante, el examen del Tribunal de Justicia no podrá referirse a la apreciación de la situación resultante de hechos o circunstancias económicas en consideración a la cual se hubieren tomado tales decisiones o formulado tales recomendaciones, excepto cuando se acuse a la Comisión de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su ejecución”.

e) Agrupaciones de Estados basadas en intereses económicos comunes

- 48 La globalización económica ha generado múltiples formas de cooperación interestatal, tanto dentro como fuera de organizaciones internacionales.

Así los siete poderes económicos más grandes del mundo –Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón– han formado el llamado “Grupo de los siete” (G7). Este grupo, que no cuenta con un aparato institucional fijo, sirve como foro de cooperación para discutir cuestiones de orden económico internacional. Con la adhesión de Rusia, el G7 se transformó en G8. En los encuentros del G7/G8 también está representada la Unión Europea (según el tema tratado, es representada por el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente de la Comisión Europea, el Presidente del Banco Central Europeo o el Presidente del Eurogrupo). En los encuentros regulares del G7/G8, que persiguen sintonizar la política financiera y configurar la arquitectura financiera internacional, los Estados están representados por sus respectivos ministros de hacienda y por los presidentes de los bancos centrales. La Unión Europea está representada por el Presidente de turno del Consejo de ministros de hacienda pública y finanzas (ECO-FIN) y el Presidente del Banco Central Europeo. También asisten a dichos encuentros el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

- 49 En la actualidad, el G20 es la agrupación de intereses más influyente en materia de desarrollo de la economía global. Este grupo, que surgió del G8, está conformado por los 20 países industrializados y emergentes más importantes. Sus miembros son: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Rusia, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea. En sus reuniones periódicas (“Cumbres Económicas”), los jefes de Estado y de gobierno del G20 discuten cuestiones de política económica y monetaria global.

El G20 nació en 1998 a raíz de una resolución de la cumbre de los ministros de finanzas del G7, celebrada en Colonia. La Cumbre Económica de Pittsburgh, en 2008, resolvió reemplazar al G8 por el G20, como grupo de cooperación en asuntos de la economía mundial.

- 50 En aras de la cooperación en materia de política monetaria, los países más importantes del mundo occidental se unieron para formar el “grupo de los 10” (G10). Los miembros de este grupo han decidido poner ciertos créditos a disposición del Fondo Monetario Internacional. En la actualidad, el G10 está formado por Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, los Países Bajos, Suecia (y se unió más tarde, como undécimo miembro, Suiza).

- 51 En 1964, 77 países emergentes y en vías de desarrollo crearon dentro de la UNCTAD un grupo con el objetivo de aunar sus intereses económicos frente a los países industrializados, el G77. En la actualidad, este grupo cuenta con más de 130 Estados miembros.

En el seno de la Organización Mundial del Comercio, algunos miembros han formado grupos que les permitan formular intereses comunes y defenderlos en las negociaciones. En vísperas de la Conferencia de Cancún, nació un grupo denominado G21, que engloba a una serie de países emergentes y en vías de desarrollo liderados por Brasil, China, India y Sudáfrica. De esta forma, surgió un nuevo bloque de Estados que compite con Estados Unidos y la Unión Europa, y cuyo objetivo principal es hacer valer ciertos intereses agrarios. Entre las reclamaciones del G21 destacan la de posibilitar un mejor acceso a los mercados agrarios, la eliminación de subvenciones a las exportaciones y una reducción de ayudas estatales domésticas que tome en cuenta los intereses especiales de los países en desarrollo. La formación del G21 deja entrever que, en el seno de la Organización Mundial del Comercio, se están produciendo importantes cambios. Adicionalmente, se ha creado el G33 un grupo aún más amplio de países emergentes y en vías de desarrollo liderado por China e India. Este G33, por un lado reclama una mayor apertura de mercados en los países industrializados, y por otro lado aspira a proteger sus propios sectores agrarios. El G90, un grupo conformado por un gran número de países menos desarrollados, se opone a ciertos procesos de liberalización, por ejemplo en cuanto a servicios o inversiones. El denominado “Grupo Cairns” (entre cuyos miembros se encuentran, por ejemplo, Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, India y Nueva Zelanda) aboga por una mayor apertura de los mercados agrarios (reducción de aranceles sobre importaciones y desmantelamiento de subvenciones que distorsionan la competencia).

f) Cooperación internacional de entidades administrativas

Bibliografía recomendada: Barr, M. S., Miller, G. P.: “Global Administrative Law: The View from Basel”, *European Journal of International Law*, 17/2006), pp. 15 y ss.; Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R. B., Wiener, J. B. (ed.): *Law and Contemporary Problems (Duke University School of Law)*, t. 68, vol. 3-4 (2005); Kinney, E. D.: “The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential”, *Administrative Law Journal*, 54/2002, pp. 415 y ss.; Krisch, N., Kingsbury, B.: “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, 17/2006, pp. 1 y ss.; Möllers, Ch.: “Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung”, *ZaöRV* 65 (2005), pp. 351 y ss.; Murphy, S. D.: “Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level”, 43/2005, pp. 389 y ss.; Picciotto, S.: “Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 17, 1996/97, pp. 1014 y ss.; Raustiala, K.: “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 43/2002, pp. 1 y ss.; Slaughter, A. -M.: *A New World Order*, 2004; *id.*; “Governing the Global Economy through Government Networks”, en: Byers, M.: *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, 2000; Stewart, B.: “Administrative Law in the Twenty-First Century”, *NYU Law Review*, 78/2003, pp. 437 y ss.; Tietje, C.:

“Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law”, *JWT*, 36/2002, pp. 501 y ss.; Vofskuhle, A., Möllers, C., Walter, C. (ed.): *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007; Zaring, D.: “International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations”, *Texas International Law Journal*, 33/1998, pp. 281 y ss.; *id.*: “Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration”, *Chicago Journal of International Law*, 5/2005, pp. 547 y ss.

53 La cooperación internacional entre entidades administrativas juega un papel cada vez más relevante en el ámbito de la regulación y ejecución de normas administrativas en distintos sectores del Derecho económico. Esta cooperación desencadena, en cierta medida, una vida institucional propia de los órganos estatales involucrados, que hace que el Estado ya no sea la unidad monolítica de acción. La “desmembración” del Estado que ello conlleva concede un amplio margen de maniobra a la competencia de las autoridades. Por otro lado, esta cooperación no esta exenta de dificultades si se analiza bajo los parámetros de legitimación democrática y control político. De todas maneras, las autoridades nacionales, a través de la información mutua y la sintonización de sus modos de actuación, están contribuyendo a una armonización “blanda” de la práctica administrativa que va más allá de los estándares internacionales vinculantes.

54 En el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea se reúnen los Presidentes de los bancos centrales del G10, Luxemburgo y España así como –desde 2009– los de Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, la República Popular de China, Corea del Sur, Hong Kong, India, Indonesia, México, Singapur, Suráfrica, Rusia y Turquía. También participan los Presidentes de los respectivos órganos de supervisión bancaria. Este comité concluye por consenso estándares, por ejemplo, sobre el capital propio de bancos o la concesión de crédito.¹⁷⁹ Aunque estos estándares no son vinculantes de acuerdo con el Derecho internacional público, sí son de altísima relevancia práctica, como aportaciones a la legislación nacional (o a la de la Unión Europea).

El Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board, FSB*), cuyo objetivo es asegurar la estabilidad del sistema financiero, reúne a representantes de las autoridades pertinentes de los Estados miembros (como bancos centrales, ministerios de hacienda pública o finanzas, o también autoridades de supervisión financiera). Además participan en el FSB, el Banco Central Europeo, la Comisión Europea, el Banco de Pagos Internacionales (*Bank for International Settlements –BIS–*), el FMI, la OCDE y el Banco Mundial.

55 Las autoridades de supervisión de valores de más de 100 países cooperan en el seno de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*IOSCO – International Organization of Securities Commissions*). IOSCO ha sido incorporada de acuerdo con el Derecho del Estado de Quebec (Canadá) como una organización sin ánimo de lucro. Mediante

¹⁷⁹ V. *infra*, tema 14, nota al margen 4.

memorandos, el Comité Técnico de la IOSCO enuncia estándares para la supervisión de los oferentes de valores. Las autoridades nacionales de supervisión de seguros cooperan en el seno de la Asociación Internacional de Supervisión de Seguros (*LAIS - International Association of Insurance Supervisors*), que se ha constituido como una asociación de Derecho suizo y tiene sede en Basilea. Además, existen varios foros de cooperación entre las autoridades de regulación de telecomunicaciones y servicios postales.

La Red Internacional de Competencia (*ICN - International Competition Network*) brinda un foro para el intercambio de experiencias a más de 80 autoridades nacionales de competencia, y promueve así la convergencia de las prácticas de supervisión en los respectivos países. En cuanto a la cooperación en la aplicación del Derecho de competencia, un acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos ha creado una base novedosa en el Derecho internacional público para la cooperación entre autoridades *antitrust*.¹⁸⁰ 56

g) Organizaciones internacionales no gubernamentales

Bibliografía recomendada: Amerasinghe, C. F.: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2.^a ed., 2008; Hofmann, R., Geissler, N. (ed.): *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999; Hummer, W.: “Internationale nicht-staatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 39; Klein, E.: “Die internationalen Organisationen als Völkerrechtssubjekte”, en Vitzthum, W. Graf (ed.): *Völkerrecht*, 4.^a ed., 2007, pp. 265 y ss.; Jordan, L., van Tuijl (ed.): *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*, 2006; Schermers, H. -G., Blokker, N. M.: *International Institutional Law*, 4.^a ed., 2003; Sarooshi, D.: *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, 2007; Weiß, N.: *Kompetenzlehre internationaler Organisationen*, 2009.

Junto a las organizaciones internacionales de base convencional, existen abundantes organizaciones internacionales no gubernamentales - ONGs (*non-governmental international organizations*), sin las cuales la vida económica internacional sería ya inconcebible. La constitución de estas ONGs se rige por el Derecho de un determinado Estado (generalmente, el del Estado de su sede), del cual deriva su capacidad jurídica. Como ejemplo de tales pueden citarse la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) (*International Chamber of Commerce*),¹⁸¹ la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (*International Air Transport Association - IATA*),¹⁸² la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (*FIDIC - International Federation of Consulting Engineers*), así como las federaciones sindicales o patronales internacionales. Existen organizaciones que desempeñan un papel relevante en la protección del medio ambiente (por ejemplo, 57

¹⁸⁰ V. *infra*, tema 17.

¹⁸¹ Stödter, R.: “International Chamber of Commerce”, *EPIL*, 1995, t. II, pp. 1066 y ss.

¹⁸² Hailbronner, K.: “International Air Transport Association”, *EPIL*, 1995, t. II, pp. 1047 y ss.

Greenpeace) y los derechos humanos (como Amnistía Internacional), o en la lucha contra la corrupción (como *Transparency International*).

- 58 Desde hace mucho tiempo, las ONGs interconectadas a nivel internacional influyen en el comportamiento de actores estatales y privados, compitiendo de esta manera con órganos estatales (y, a través de ello, también con mecanismos de control fundamentados en la legitimidad parlamentaria).¹⁸³ Algunos ya consideran a las ONGs, con una dosis de exageración eufórica, como las fuerzas directrices de una emergente “sociedad civil internacional”.

Las ONGs pueden generar una considerable presión internacional. Recuérdese, por ejemplo, la lucha de Greenpeace contra el hundimiento en alta mar de la plataforma petrolífera Brent Spar, propiedad de la compañía multinacional Shell. Greenpeace basó su campaña en una evaluación empíricamente deficiente de los riesgos implicados y terminó causando un impacto ambiental aún mayor.¹⁸⁴ Semejantes campañas y la cruzada de algunas ONGs contra los alimentos genéticamente manipulados han suscitado fuertes críticas, culminando en la acusación de practicar un “imperialismo ecológico”.¹⁸⁵

- 59 Éxito reseñable de las ONGs es el desarrollo e implementación de estándares medioambientales, gracias, por ejemplo, a su participación, con estatus de observadoras, en conferencias gubernamentales, o a su intervención en litigios medioambientales.¹⁸⁶

La influencia de las ONG se muestra, por ejemplo, en la Convención de Aarhus sobre el acceso a información, la participación pública en procesos de decisión, y el acceso a tribunales en asuntos de medio ambiente (*UNECE - Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters*),¹⁸⁷ que en gran medida tuvo su origen en una iniciativa de organizaciones no gubernamentales. La Convención asegura a las ONGs que trabajan a favor de la protección del medio ambiente (art. 2. 6), un amplio acceso a informaciones sobre el medio ambiente (arts. 4 y ss.). Además, les otorga derechos de participación en la toma de decisiones con relevancia medioambiental (art. 6 y ss.), y les habilita a presentar recursos en determinados supuestos (arts. 9 y ss.).

¹⁸³ Al respecto Reinisch, “Governance through Accountability”, *GYIL* 44 (2001), pp. 270 y ss.; Risse-Kerpen, T. (ed.): *Bringing Transnational Relations Back In - Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*, 1995; Thomas, D. C.: “International NGOs, State Sovereignty and Democratic Values”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 2 (2001), pp. 389 y ss.

¹⁸⁴ Prins, G., Sellwood, E.: “Global Security Problems and the Challenge to Democratic Process”, en: Archibugi, D., Held, D., Köhler, M. (eds.): *Re-imagining Political Community*, 1998, pp. 252 y ss., esp. p. 257.

¹⁸⁵ Driessen, P.: *Eco-Imperialism*, 2003, pp. 19 y ss.

¹⁸⁶ Beyerlin, U.: “The Role of NGOs in International Environmental Litigation”, *ZaöRV* 61 (2001), pp. 357 y ss.; Riedinger, S.: *Die Rolle nichtstaatlicher Organisationen bei der Entwicklung und Durchsetzung internationalen Umweltrechts*, 2001, pp. 131 y ss.

¹⁸⁷ BOE n. 40 de 16 de febrero de 2005, pp. 5535 y ss.

También se tienen cada vez más en cuenta las opiniones de las ONGs ante tribunales 60 internacionales, o instancias extrajudiciales como el órgano de solución de diferencias de la OMC.¹⁸⁸

h) Empresas privadas y códigos de conducta para empresas transnacionales

Bibliografía recomendada: Brewer, T. L., Young, S.: *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, 1998; Muchlinski, P. T.: *Multinational Enterprises and the Law*, 2.^a ed., 2007; Ramsey, M.: “International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation”, *Harvard International Law Journal* 80 (2009), pp. 271 y ss.; Simmonds, K. R.: *Legal Problems of Multinational Corporations*, 1977; Steeg, H.: “Internationale Verhaltensregeln für internationale Investitionen und multinationale Unternehmen”, *ZGR* 1985, pp. 1 y ss.; Wallace, C. C.: *Legal Control of the Multinational Enterprise*, 1982; Wildhaber, L., Großfeld, B., Sandrock, O., Birk, R.: “Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 18, 1978.

Las empresas privadas son las principales promotoras del tráfico internacional de bienes, 61 servicios y pagos. La concesión de créditos por parte de bancos privados juega un papel decisivo para la liquidez de los países más débiles financieramente. Normalmente, las empresas privadas están sujetas al control público, a través del poder normativo estatal en su Estado de origen, o en el Estado extranjero en el que desarrollan sus actividades. Frente a intervenciones de Estados extranjeros (por ejemplo, la expropiación de bienes de una empresa), las empresas privadas dependen de la protección diplomática de su Estado de origen. En estos casos, su nacionalidad se determina atendiendo bien al lugar de su sede, bien al lugar de constitución.

En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) se ocupó, como consecuencia de una demanda de Bélgica contra España, de medidas concursales adoptadas en España contra una sociedad anónima que desarrollaba sus actividades en España. La sociedad se había creado conforme al Derecho canadiense y la mayoría de las acciones pertenecía a nacionales belgas. La CIJ negó a Bélgica el derecho a la protección diplomática a favor de los accionistas belgas: teniendo en cuenta la independencia jurídica de la sociedad, el mero control por parte de accionistas belgas (si no concurren otras circunstancias especiales, como la incapacidad para actuar de la sociedad) no puede fundamentar la protección jurídico-internacional por parte de su Estado de origen.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Shelton, D.: “The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *AJIL*, 88/1994, pp. 611 y ss.; Trachtman, J. P., Moremen, P. M.: “Cost and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right is it Anyway?”, *Harvard International Law Journal* 44 (2003), pp. 221 y ss.

¹⁸⁹ V. Sent. CIJ, de 5 de febrero de 1970, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports, 1970, pp. 3 y ss.

- 62 Sólo en casos especiales, a pesar de la independencia jurídica de una empresa, se tiene en cuenta, en materia de protección diplomática, la nacionalidad de los socios que controlan la empresa. En el caso de medidas contra una sociedad, es admisible la protección diplomática llevada a cabo por el Estado de origen de los accionistas mayoritarios, si un convenio internacional para la protección de los nacionales de los Estados miembros también abarca los derechos de participación en sociedades.¹⁹⁰
- 63 Para las denominadas empresas transnacionales (o “multinacionales”) se ha apuntado la necesidad de una valoración especial. Se trata de empresas que, con la sede de su administración, sucursales, filiales u otras formas de participación en unidades empresariales independientes, están operativamente presentes en dos o más Estados y que se caracterizan por tener un importante peso económico (dada su cifra de negocios o el número de trabajadores). De los cien agentes económicos con mayor capital del mundo, casi la mitad son empresas transnacionales. Estas empresas, gracias a la interconexión de sus estructuras decisorias y empresariales, pueden eludir mucho más fácilmente que otros sujetos económicos privados el control del Derecho nacional. Esta flexibilidad, por ejemplo, se aprecia en los traslados de la producción, o en la transferencia de beneficios, dentro de grupos de empresas.
- 64 La internacionalización de las estructuras empresariales se corresponde con la división internacional del trabajo y la especialización. Su finalidad es una optimización de las funciones empresariales transfronterizas en el intercambio de bienes e información, y también en la transferencia de capitales. La competencia global hace necesaria una presencia en diversos mercados nacionales, que va más allá de sencillas formas del comercio exterior o de las concesiones.
- 65 La actividad de las empresas transnacionales suscita, sobre todo desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, una valoración ambivalente. Con frecuencia, frente a este tipo de empresas, los intereses normativos nacionales legítimos sólo se ejecutan de forma insuficiente, debido a la limitación territorial. Algunas empresas transnacionales cuentan, frente a concretos países en vías de desarrollo, con supremacía política y económica en las negociaciones contractuales, o en la persecución de sus propios intereses. Junto a ello, existe la preocupación de que se una la fuerza económica con la influencia en la política interna del Estado receptor. La catástrofe en la fábrica química de Bhopal (India) ha puesto de relieve con toda nitidez la problemática de la responsabilidad de las empresas transnacionales en materia de estándares de seguridad en los países en vías de desarrollo y de responsabilidad respecto a los accidentes laborales.¹⁹¹ También en los países indus-

¹⁹⁰ V. Sent. CIJ, de 20 de julio de 1989, Case Concerning Elettronica Sicula S p A (United States v. Italy), ICJ Reports, 1989, pp. 15 y ss.

¹⁹¹ Respecto a la catástrofe de Bhopal, v. varios artículos en el Texas International Law Journal, 20/1985, pp. 269 y ss.

trializados, el comportamiento de las empresas transnacionales ha sido con frecuencia objeto de vivas disputas. Piénsese, por ejemplo, en la negativa de una sociedad matriz a hacerse responsable de las obligaciones de una sociedad filial insolvente, lo que hubiese permitido asegurar un plan de reestructuración en beneficio de los trabajadores (Caso Bagder),¹⁹² o en la falta de disposición de la dirección de la empresa para negociar con los representantes de los trabajadores de una filial extranjera que va a cerrarse.

Pero, por otro lado, las inversiones de las empresas transnacionales suponen una contribución esencial para el desarrollo industrial y tecnológico de los países más pobres, y que poseen una infraestructura más débil. La presencia de empresas de este tipo constituye un factor fundamental para la activación del mercado laboral y la mejora de la balanza de pagos.

Mientras que, desde el punto de vista del país en vías de desarrollo que actúa como “Estado anfitrión” de la empresa extranjera, tiene un especial interés la “domesticación” del poder empresarial, para las empresas originarias de Estados industrializados se trata de proteger sus inversiones y de garantizar la seguridad jurídica. Desde la perspectiva de casi todos los países industrializados, las expropiaciones sólo se deben admitir si la indemnización es completa (respecto del valor de mercado). Muchos países en vías de desarrollo quieren, en cambio, dejar en gran parte a la apreciación del Derecho nacional los presupuestos para la expropiación. En contratos entre una empresa y un Estado extranjero que se rijan por el Derecho nacional de ese Estado, se plantea la cuestión de si existe una autovinculación efectiva del Estado, como “dueño y señor” de su propio Derecho nacional, ya que puede modificarlo en cualquier momento. A veces, las empresas transnacionales con una posición negociadora fuerte consiguen “internacionalizar” los derechos que se les han reconocido en contratos con un Estado extranjero, esto es, en virtud de un acuerdo contractual especial, se sustraen de la intervención del Derecho nacional de la otra parte. Según una opinión en auge, los acuerdos de este tipo son posibles y conceden a las empresas una subjetividad internacional limitada.¹⁹³

Uno de los puntos nucleares de la discusión en torno a un nuevo “orden económico mundial”,¹⁹⁴ es la contradicción de intereses entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados, en la tensión entre protección y control. Por parte de los países en vía de desarrollo, su posición respecto de las empresas transnacionales se ha modificado con el paso del tiempo. La desconfianza predominante en la década de los setenta en los países en vías de desarrollo frente a empresas occidentales se ha visto desplazada, sobre todo como consecuencia de la crisis del endeudamiento, por la competencia para

¹⁹² Horn, N.: “Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien”, *RabelsZ*, 44/1980, pp. 423 y ss., esp. p. 436.

¹⁹³ V. *infra*, tema 22.

¹⁹⁴ V. *infra*, tema 4, nota al margen 3.

lograr inversiones de los países industriales. La nueva actitud respecto de inversiones extranjeras directas se refleja, por ejemplo, en la sustitución de la restrictiva Decisión núm. 24 de la Comisión del Pacto Andino (1970¹⁹⁵) por la Decisión núm. 220 (1987¹⁹⁶), y, recientemente, por la aún más liberal Resolución núm. 291 (1991¹⁹⁷) que, al renunciar a restricciones esenciales, demuestra su apertura a este tipo de inversiones.¹⁹⁸

69 A falta de mecanismos interestatales de vigilancia sobre las empresas transnacionales, diversas organizaciones internacionales han reaccionado confeccionando códigos de conducta (*codes of conduct*), que se esfuerzan por lograr un adecuado equilibrio de intereses.¹⁹⁹ Reglas de conducta de este tipo, con carácter de recomendación, han dictado, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, la Organización Internacional del Trabajo,²⁰⁰ y los países miembros de la OCDE (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*).²⁰¹

Las *OECD Guidelines* contienen una enumeración de los deberes de conducta generales de las empresas transnacionales (inciso II):

1. *Contribute to economic, social and environmental progress with a view to achieving sustainable development.*
2. *Respect the human rights of those affected by their activities consistent with the host government's international obligations and commitments.*
3. *Encourage local capacity building through close co-operation with the local community, including business interests, as well as developing the enterprise's activities in domestic and foreign markets, consistent with the need for sound commercial practice.*
4. *Encourage human capital formation, in particular by creating employment opportunities and facilitating training opportunities for employees.*

¹⁹⁵ Publicado con modificaciones posteriores en ILM, 16/1977, pp.138 y ss. Al respecto, v. Lahera, E.: *Quince años de la Decisión 24: Evaluación y Perspectivas*, 1986, Oliver, C. T.: "The Andean Foreign Investment Code", ÁGIL, 66/1972, pp. 763 y ss. y Sáchica, L. C., *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito 1985.

¹⁹⁶ ILM, 1988, vol. 27, pp. 974 y ss.

¹⁹⁷ ILM, 1991, vol. 30, pp.1283 y ss., esp. p. 1288.

¹⁹⁸ V. también la decisión de la Comisión de la Comunidad Andina sobre reglas de conducta para empresas multinacionales, ILM, 30/1991, pp. 1295 y ss.

¹⁹⁹ Blanpain, R.: *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Labour Relations 1979-1982*, 1983; Bryde, B-O.: *Internationale Verhaltensregeln für Private*, 1981, Ebenroth, C.T.: *Code of Conduct-Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen*, 1987; Hailbronner, K.: "Völkerrechtliche und staatsrechtliche Überlegungen zu Verhaltenskodizes für transnationale Unternehmen, en Münch, I v. (ed.): *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag*, 1981, pp.329 y ss.; Horn, N. (ed.): *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, 1980; Petersmann, E. U.: "Codes of Conduct", EPIL, t. I, 1992, pp. 627 y ss.; Schetting, G.: "UNO-Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen", RIW, 1983, pp. 287 y ss.; Steeg, H.: "Internationale Verhaltensregeln für internationale Investitionen und multinationale Unternehmen", ZGR, 1985, pp. 1 y ss.; Weimar, R.: "Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung internationaler Verhaltensregeln in Weltwirtschaftsrecht", RIW, 1993, pp. 85 y ss.

²⁰⁰ *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, ILM, 17/1978, pp.422 y ss.

²⁰¹ ILM, 40/2000, pp. 237 y ss.

5. *Refrain from seeking or accepting exemptions not contemplated in the statutory or regulatory framework related to environmental, health, safety, labour, taxation, financial incentives, or other issues.*
6. *Support and uphold good corporate governance principles and develop and apply good corporate governance practices.*
7. *Develop and apply effective self-regulatory practices and management systems that foster a relationship of confidence and mutual trust between enterprises and the societies in which they operate.*
8. *Promote employee awareness of, and compliance with, company policies through appropriate dissemination of these policies, including through training programmes.*
9. *Refrain from discriminatory or disciplinary action against employees who make bona fide reports to management or, as appropriate, to the competent public authorities, on practices that contravene the law, the Guidelines or the enterprise's policies.*
10. *Encourage, where practicable, business partners, including suppliers and sub-contractors, to apply principles of corporate conduct compatible with the Guidelines.*
11. *Abstain from any improper involvement in local political activities.*

En el capítulo VI, la OCDE formula también estándares de comportamiento para la lucha contra la corrupción. Los Estados miembros de la OCDE han establecido puntos de contacto nacionales (*National Contact Points*), a los que se les ha asignado la tarea de supervisar el cumplimiento con las reglas de conducta de la OCDE. Los entes nacionales de supervisión no disponen de poder para tomar decisiones vinculantes.²⁰²

En el asunto *Global Witness v. Afrimex Ltd.*, el *National Contact Point* del Reino Unido constató que una empresa británica había realizado pagos a grupos rebeldes y había recido materias primas de minas en las que se permitía el trabajo infantil y los trabajos forzados. Con esta actividad, la empresa había violado las reglas de conducta de la OCDE. Refiriéndose a la cadena de suministro, la decisión resalta el deber de diligencia (*due diligence*) de las empresas respecto de las consecuencias de su actividad comercial.

La iniciativa para la transparencia en las industrias de extracción (*EITI - Extractive Industries' Transparency Initiative*) ha formulado principios para la extracción de recursos naturales.²⁰³

En el marco de Naciones Unidas, son destacables los esfuerzos de un grupo de trabajo constituido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, para elaborar reglas de conducta para empresas transnacionales.²⁰⁴ El Código de conducta de Naciones Unidas contiene parámetros para el comportamiento de las empresas transnacionales y para su tratamiento por parte del Estado receptor. Estos parámetros, como directrices

²⁰² *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Afrimex (UK) Ltd.* (2008), <http://www.oecd.org/dataoecd/40/29/43750590.pdf>

²⁰³ *EITI Principles and Criteria*: www.eitransparency.org/eiti/principles

²⁰⁴ Respecto a estos proyectos, v. ILM, 1984, vol. 23, pp. 626 y ss. e ICSID Review, 4/1989, pp. 135 y ss.

para la política de la empresa, sirven para configurar las relaciones contractuales y para el ejercicio del poder normativo por parte del Estado receptor, persiguiendo un sistema equilibrado de derechos y deberes. El Código de conducta de Naciones Unidas ha de adoptar la forma de una resolución no vinculante. Su contribución como *soft law* a la concreción del Derecho consuetudinario vigente, a la interpretación de los contratos y al desarrollo de los principios generales del Derecho, dependerá del grado de aceptación que encuentre una resolución de este tipo, no sólo entre los numerosos países en vías de desarrollo, sino también entre los países industriales.

Según los proyectos existentes, este Código de conducta de Naciones Unidas, junto con el preámbulo y los preceptos generales sobre el ámbito de aplicación (incluyendo algunas definiciones), presentará tres partes operativas: reglas sobre los deberes de conducta de las empresas transnacionales (*Activities*), preceptos sobre su tratamiento por parte del respectivo Estado receptor (*Treatment*) y, finalmente, disposiciones sobre la cooperación interestatal para la realización de los objetivos del código. En un lugar muy destacado dentro de los deberes de conducta de la empresa, se encuentran los esfuerzos por integrarse en el sistema de prioridades económicas y sociales del Estado receptor. A este respecto, se pretende que las unidades empresariales establecidas en el Estado receptor gocen de una autonomía de decisión reforzada, que se tenga especialmente en cuenta a los nacionales de este Estado en materia de empleo y de gestión, así como que los precios internos de transferencia se ajusten a las relaciones de libre mercado (*arm's length principle*). Respecto a la prohibición de medidas que limiten la competencia, el proyecto de Código remite al *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, que fue elaborado por la UNCTAD y adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución de 5 de diciembre de 1980.²⁰⁵ Este documento trata especialmente de la observancia de los deberes de cooperación y la prohibición de acuerdos sobre precios y cuotas, de comportamientos discriminatorios y de prácticas de *dumping*. Además, el Código de Naciones Unidas establece que las empresas transnacionales deben contribuir a la transferencia de tecnología.²⁰⁶ En esta materia, se discute, por ejemplo, la inclusión de la transferencia de tecnología dentro de un grupo empresarial. Otras disposiciones de este proyecto se ocupan de la protección del medio ambiente y del consumidor, así como de amplios deberes de información. En cuanto a los preceptos de la parte de *Treatment*, hay una controversia en torno a cómo formular que la sumisión de la empresa nacional al Derecho interno del Estado receptor prevista debe ser limitada mediante la referencia a estándares del Derecho convencional y consuetudinario internacional. También son objeto de un vivo debate los requisitos de la expatriación, especialmente en cuanto a la indemnización preceptiva.

²⁰⁵ ILM, 19/1980, pp. 813 y ss.

²⁰⁶ En esta materia, el Código de las Naciones Unidas se refiere al Código de conducta en materia de Transferencia de Tecnología elaborado por UNCTAD, v. *infra*.

La antigua subcomisión para la promoción y la protección de los Derechos humanos (un sub-órgano del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) presentó en el año 2003 un proyecto para elaborar *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*.²⁰⁷ Estas “normas” abarcan, entre otras cosas, el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades, a un trato no discriminatorio en cuanto a raza, color de piel, género, religión, discapacidad, el derecho a la seguridad física y los derechos de los trabajadores. También incluyen el respeto a la soberanía nacional y a los derechos humanos, así como compromisos con la protección del consumidor y del medio ambiente. Con la pretendida vinculación de empresas privadas al respeto de los derechos humanos, el proyecto articuló unas aspiraciones políticas que (todavía) no cuentan con suficiente apoyo en el Derecho consuetudinario y en la práctica convencional. Este proyecto no fue aprobado por las Naciones Unidas. El enviado especial para los derechos humanos y las empresas multinacionales, designado por el Secretario General de las Naciones Unidas, ha elaborado varios informes sobre el tema.²⁰⁸

En el año 2011 el enviado especial *John Ruggie* presentó su informe definitivo (*“Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”*²⁰⁹).

Los principios clave de los *Guiding Principles on Business and Human Rights* son los siguientes:

I. The State duty to protect human rights

A. Foundational principles

1. States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication.

2. States should set out clearly the expectation that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations.

B. Operational principles

General State regulatory and policy functions

3. In meeting their duty to protect, States should:

²⁰⁷ U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2(2003); al respecto Weissbrodt, D., Kruger, M.: “Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, *AJIL* 97 (2003), pp. 901 y ss.

²⁰⁸ V., por ejemplo, Ruggie, J.: “Business and Human Rights: Further steps toward the operationalization of the ‘protect, respect and remedy’ framework. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational cooperations and other business enterprises”. UN Document A/HRC/14/27, 2010.

²⁰⁹ V. Ruggie, J.: “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, U.N. Doc A/HRC/17/31, Distr. 03/31/2011.

Fundamentos

- (a) Enforce laws that are aimed at, or have the effect of, requiring business enterprises to respect human rights, and periodically to assess the adequacy of such laws and address any gaps;*
- (b) Ensure that other laws and policies governing the creation and ongoing operation of business enterprises, such as corporate law, do not constrain but enable business respect for human rights;*
- (c) Provide effective guidance to business enterprises on how to respect human rights throughout their operations;*
- (d) Encourage, and where appropriate require, business enterprises to communicate how they address their human rights impacts.*

[...]

II. The corporate responsibility to respect human rights

A. Foundational principles

11. Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.

12. The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights – understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.

[...]

Human rights due diligence

17. In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed. Human rights due diligence:

- (a) Should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships;*
- (b) Will vary in complexity with the size of the business enterprise, the risk of severe human rights impacts, and the nature and context of its operations;*
- (c) Should be ongoing, recognizing that the human rights risks may change over time as the business enterprise’s operations and operating context evolve.*

[...]

Remediation

22. Where business enterprises identify that they have caused or contributed to adverse impacts, they should provide for or cooperate in their remediation through legitimate processes.

Los *Guiding Principles on Business and Human Rights* fueron “recomendados” (*endorsed*) por el *Human Rights Council* en su Resolución 17/4.²¹⁰

En 1977, la Organización Internacional del Trabajo (OIT - *International Labour Organization*) presentó la denominada *Tripartite Declaration of Principles concerning Multi-national Enterprises and Social Policy*. Este documento se refiere fundamentalmente a la protección de los derechos individuales y colectivos de los empleados, tal y como resultan de los acuerdos y recomendaciones de la OIT. 72

Por iniciativa de su Secretario General, Naciones Unidas ha elaborado el denominado *Global Compact*, un documento invitando a las empresas multinacionales a comprometerse, de forma voluntaria, con ciertos estándares de protección de los derechos humanos, del medio ambiente y de los derechos sociales.²¹¹ El objetivo de esta iniciativa es el establecimiento de una red conformada por entidades de las Naciones Unidas y empresas. Esta red se pondría al servicio de ciertos objetivos que se encuentran recogidos, en particular, en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos básicos en el trabajo, la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo, y, finalmente, el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la corrupción.²¹² Sobresale en este proceso un conjunto de diez principios que deberían guiar a las empresas en su actividad comercial mundial. Esencialmente, se trata de: 73

- la protección de los derechos humanos (apoyo a, y respeto de, los derechos humanos internacionalmente reconocidos, evitando cualquier involucramiento de empresas en violaciones de derechos humanos)
- el cumplimiento con ciertos estándares laborales (respeto de la libertad de asociación y de la negociación colectiva de salarios, eliminación de toda forma de trabajo forzado, abolición del trabajo infantil, no discriminación en el ámbito laboral y profesional)
- la protección del medio ambiente (prevención de daños ambientales, desarrollo de iniciativas que potencien una mayor responsabilidad ambiental, apoyo al desarrollo y uso de tecnologías con menor impacto ecológico), y
- la lucha contra la corrupción (incluyendo todas las formas de corrupción, como la extorsión y el soborno).

²¹⁰ U.N. Doc. A/HRC/RES/17/4 Resolución adoptada por el *Human Rights Council* y titulada *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*.

²¹¹ V., por ejemplo, Blüthner, A.: “Ein Globalisierungspakt über Werte und Effizienz”, en: Hobe, Stefan (ed.): *Kooperation oder Konkurrenz internationaler Organisationen*, 2001, pp. 72 y ss. V. también www.unglobalcompact.org.

²¹² V. *infra*, tema 7, nota al margen 1.

74 Debido a su carácter privado, las empresas transnacionales no están vinculadas de forma inmediata por los estándares del Derecho consuetudinario internacional en materia de derechos humanos.²¹³ Tampoco los códigos de conducta elaborados por organizaciones internacionales son suficientes para crear semejante vínculo, ya que no alcanzan a hacer de las empresas multinacionales sujetos del Derecho internacional público. Sin embargo, hay un núcleo de deberes básicos, en el ámbito de los derechos humanos, que también vincula a las personas individuales y cuya violación es sancionable por parte del Derecho internacional público (piénsese, por ejemplo, en la prohibición del genocidio y en deberes elementales de comportamiento en conflictos armados). Los tratados universales y regionales de derechos humanos vinculan a los Estados miembros. Con respecto a violaciones por parte de personas privadas, derivan de estos tratados, a lo sumo, unos deberes de protección imputables a los Estados miembros. La propuesta de extender la competencia de la Corte Internacional Penal a los crímenes perpetrados por personas jurídicas no se llegó a imponer. Sin embargo, existen tendencias –sobre todo en Estados Unidos– a someter el comportamiento de empresas privadas fuera de su Estado de origen a la jurisdicción de los tribunales estadounidenses y de aplicar parámetros de derechos humanos en estos litigios.²¹⁴ En el seno de Naciones Unidas se hicieron esfuerzos para formular obligaciones más amplias para las empresas multinacionales, respecto de la protección de derechos humanos.²¹⁵

La práctica reciente de las empresas multinacionales muestra una sensibilidad considerable a favor de observar estándares de comportamiento internacionalmente reconocidos, especialmente respecto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Puede servir como ejemplo la declaración conjunta emitida por los Estados y el consorcio empresarial encargado de la construcción de un oleoducto, desde Bakú (Azerbaiyán) hasta Ceyhan (Turquía).²¹⁶ Mediante una declaración especial, el consorcio se comprometió a no hacer valer posiciones jurídicas que fuesen incompatibles con

²¹³ Al respecto v. Knox, J. H.: “Horizontal Human Rights Law”, AJIL 102 (2008), pp. 1 y ss.; Schmalenbach, K.: “Multinationale Unternehmen und Menschenrechte”, AVR 39 (2001), pp. 57 y ss.; Ruggie, J. G.: “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, AJIL 101 (2007), pp. 819 y ss.; Teubner, G.: “Die anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure”, Der Staat, 2006, pp. 171 y ss.

²¹⁴ V. *infra*, tema 9, nota al margen 3 d., y también Ward, H.: “Securing Transnational Corporate Accountability thorough National Courts”, Hastings International & Comparative Law Review 24 (2001), pp. 451 y ss.; Weschke, M.: “Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad?”, ZaöRV 65(2006), pp. 625 y ss.

²¹⁵ *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2(2003), al respecto Weissbrodt, D., Kruger, M.: “Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, AJIL 97 (2003), pp. 901 y ss.

²¹⁶ *Joint Statement on the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project* (16.05.2003), <http://subsites.bp.com/caspian/Joint%20Statement.pdf>; al respecto Dolzer, R.: “Menschenrechte im internationalen Wirtschaftsrecht”, en: Herdogen, M., Klein, H., Papier, H.-J., Scholz, R. (eds.): *Festschrift für Roman Herzog*, 2009, pp. 55 y ss.

estándares de derechos humanos o de Derecho medioambiental, en el sentido definido por la declaración conjunta.²¹⁷

Con motivo de la presunta participación en el asesinato y maltrato de activistas de derechos humanos por parte del antiguo gobierno militar de Nigeria, familiares de las víctimas presentaron una demanda contra la empresa multinacional Shell.²¹⁸ Durante mucho tiempo, una sucursal de la sociedad petrolera holandesa Shell Petroleum había extraído petróleo en la región nigeriana de Ogoni. Esta actividad y la contaminación medioambiental generada causaron intensas revueltas entre la población, que fueron brutalmente reprimidas por las fuerzas nigerianas de seguridad. En el proceso, éstas cometieron graves violaciones de los derechos humanos.²¹⁹ El grupo Shell negó cualquier responsabilidad en el asunto, pero se comprometió, en un acuerdo transaccional celebrado en 2009, a pagar varios millones de dólares.²²⁰ Algunos ven en este acuerdo un precedente importante respecto de la responsabilidad de empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos.

Las directrices para realizar inversiones éticas, como las que rigen algunos fondos de inversiones estatales, son un nuevo instrumento de influencia indirecta sobre el comportamiento de las empresas, en relación con los derechos humanos y otros tópicos de interés internacional. 75

Según normativa del gobierno de Noruega, los fondos de pensiones estatales de este país no pueden realizar inversiones en empresas cuando exista un “riesgo inaceptable” de que tales empresas estén implicadas en violaciones de derechos humanos, graves contaminaciones del medio ambiente, corrupción masiva u otras violaciones graves de normas éticas fundamentales.²²¹

3. La discusión sobre un nuevo orden económico internacional

Bibliografía recomendada: Caldera, R.: “The Juridical Basis of a New International Order”, RdC, t. 196, 1986 I; Carreau, D.: “Le nouvel ordre économique international”, Clunet, 104/1977, pp. 595 y ss.; Castañeda, J.: “La Charte des droits et devoirs écono-

²¹⁷ *BTC Human Rights Undertaking* del 22 de septiembre de 2003, <http://subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf>.

²¹⁸ V. la sent. de la United States District Court, Southern District of New York, <http://ccrjustice.org/files/04.23.09%20Judge%20Wood%20Order%20regarding%20SMJ.pdf>, así como la sentencia de la *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/7c4b93ca-ae06-46b5-9ba0-65836ffc1787/1/doc/08-1803-cv_so.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/7c4b93ca-ae06-46b5-9ba0-65836ffc1787/1/hilite/

²¹⁹ V. *infra*, tema 6, nota al margen 3.

²²⁰ www.wlwavshell.org/documents/Wiwa_v_Shell_SETTLEMENT_AGREEMENT.Signed.pdf

²²¹ *Guidelines for observation and exclusion from the Government Pension Fund Global's Investment Universe*, art. 2. <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/the-government-pension-fund/responsible-investments/Guidelines-for-observation-and-exclusion-from-the-Government-Pension-Fund-Globals-investment-universe.html?id=594254>

miques des États”, AFDI, 20/1974, pp. 31 y ss.; Dicke, D. Ch. (ed.): *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order*, 1986; Ferrer, R. R. (ed.): *Exégese de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, 1976; Makarczyk, J.: *Principles of a New Interantional Economic Order*, 1988; Oppermann, T.: “Neue Weltwirtschaftsordnung’ und internationales Wirtschaftsrecht”, en: *Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag*, t. I, 1984, pp. 449 y ss.; Oppermann, T., Petersmann, E. U.: *Reforming the International Economic Order*, 1987; Petersmann, E. -U, “Charter of Economic Rights and Duties of States”, EPIL, t. I, 1992, pp. 561 y ss.; Tomuschat, Ch.: “Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten”, ZaöRV, 36/1976, pp. 444 y ss.; Virally, M.: “La Charte des droits et devoirs économiques des États”, AFDI, 20/1974, pp. 57 y ss.; Wälde, T. W.: “A Requiem for the New International Economic Order”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern*, 1998, pp. 771 y ss.

- 76 El abismo existente entre el nivel de bienestar de los países industrializados y los países en vías de desarrollo, y el esfuerzo de estos últimos por aumentar su peso en las relaciones económicas internacionales, han desencadenado un llamamiento a favor de un “nuevo orden económico mundial” (*new economic order*). En conexión con este concepto, existe todo un conjunto de reivindicaciones políticas y económicas. La expresión más duradera de estas demandas de los países en vías de desarrollo se ha recogido en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, que se adoptó como Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por una gran mayoría de los Estados miembros, pero con el rechazo o la abstención de los países industriales más importantes.²²² La Carta acentúa especialmente la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y su poder normativo respecto de los sucesos económicos que ocurran en su territorio, particularmente en torno a inversiones extranjeras de empresas transnacionales. Los Estados pueden nacionalizar bienes extranjeros si otorgan una indemnización apropiada [*appropriate compensation*, art. 2.2.c)]. En particular, la Carta se declara a favor de la solidaridad de la comunidad de Estados, sobre todo respecto de los países económicamente más débiles, y del fomento de su desarrollo. En este contexto, la Carta destaca, por ejemplo, su deseo de promover una transferencia tecnológica internacional (art. 13.2), la garantía de precios estables y adecuados de las materias primas (arts. 5 y 14), y el trato preferente a los países en vías de desarrollo por parte de los Estados industrializados, sobre todo a través del otorgamiento de preferencias arancelarias unilaterales (art. 18). Tras la petición de una preferencia, se halla la consideración de que un trato formalmente igual a los miembros individuales de la comunidad de Estados haría que persistiese el trato discriminatorio a los países en vías de desarrollo. Un trato preferente en las relaciones económicas internacionales se pone a menudo en relación con el proceso de descolonización.

²²² GA Res. 3281 (XXIX), UNYB, 1974, pp. 402 y ss.

Al igual que sucede con resoluciones similares para reestructurar las relaciones económicas internacionales, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados no tiene carácter vinculante. Su importancia para la conformación de opinión en la comunidad de Estados se va a reducir categóricamente a causa del comportamiento en cuanto al voto de los países industrializados. La Declaración de Seúl de 1986, de la *International Law Association*, sobre el desarrollo progresivo de principios del Derecho internacional público referidos a un nuevo orden económico mundial (*Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order*), puede reclamar para sí un grado de consenso mayor.²²³ En su esfuerzo por lograr un equilibrio adecuado entre los intereses de los Estados industrializados y los países en vías de desarrollo, esta resolución se rige, en mayor medida que la Carta de Naciones Unidas de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, por estándares de Derecho internacional público consuetudinarios reconocidos hasta el momento, por ejemplo, en cuanto al trato a los inversores extranjeros y a los mecanismos de protección jurídica convencionalmente pactados. 77

El reconocimiento de un derecho al desarrollo (*right to development*) se encuentra estrechamente vinculado a esta llamada a un nuevo orden económico mundial, que se deduce especialmente del derecho de autodeterminación de los pueblos y, en muchas ocasiones, se utiliza para fundamentar un deber de apoyo por parte de los países económicamente ricos.²²⁴ Sin embargo, los contornos de un derecho de este tipo son aún muy inciertos. 78

Algo más concreta que el vago derecho al desarrollo es la demanda de los países en vías de desarrollo respecto de una transferencia de tecnología, en el sentido de una participación en el *know-how* económico y técnico, y en la adquisición misma de los procesos técnicos de producción.²²⁵ El acceso de los países en vías de desarrollo a las nuevas tecnologías debe llevarse a cabo por parte de los mismos países industrializados, a través de organizaciones internacionales y por parte de empresas transnacionales. En el marco de las Naciones Unidas, la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo ha elaborado un Código de conducta sobre la transferencia de tecnología (*Code of Conduct on Transfer of* 79

²²³ International Law Association (ILA), Report of the Sixty-Second Conference (1986), pp. 2 y ss. y Oppermann, T.: "Die Seoul-Erklärung der International Law Association vom 29-30. August 1986 über die fortschreitende Entwicklung von Völkerrechtsprinzipien einer neuen Weltwirtschaftsordnung", en AA. VV.: *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, pp. 449 y ss.

²²⁴ V. por ejemplo, Parte I, núm. 6 de la ILA Resolución de Seúl (v. *supra*, n. marg. 77); M'Baye, K.: "Le droit au développement comme un droit de l'homme", *Revue des droits de l'homme* 5/1972, pp. 505 y ss.; Petersmann, H.: "The Right to Development in the United Nations: An Opportunity for Strengthening Popular Participation in Development", en AA. VV.: *Festschrift für Karl Josef Patsch zum 75. Geburtstag*, 1989, pp. 125 y ss. y Tomuschat, Ch.: "Das Recht auf Entwicklung", *GYIL*, 25/1982, pp. 85 y ss.

²²⁵ Al respecto, v. por ejemplo, Ballreich, H.: "Technologietransfer als Völkerrechtsproblem", *GYIL*, 24/1981, pp. 329 y ss.; Weiss, F.: "Technology Transfer", en *EPIL*, 2000, t. IV, pp. 776 y ss. y Stoll, P. T.: *Technologietransfer, Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen*, 1994.

Technology).²²⁶ En esta materia, hay que tener en cuenta que una forma de transferencia de tecnología consiste en que los derechos de propiedad industrial están limitados temporalmente y, tras la expiración de un plazo determinado, según la descripción de la patente, el descubrimiento se convierte en un bien común. La utilización de este tipo de conocimiento presupone, sin duda, que se dispone del instrumental técnico necesario para su explotación. Generalmente, las bases para una utilización de este tipo se establecen por medio de un contrato de licencia, vinculado, en muchas ocasiones, con la organización de instalaciones de producción completas (*turnkey contracts*). Es interesante la *International Institutional Machinery* prevista en el Código UNCTAD, que se encarga de vigilar la aplicación de las directrices de conducta y debe ofrecer una evaluación de su eficacia. Con una dotación adecuada de personal y desarrollo procedimental, parece posible que un instrumento de este tipo ofrezca una contribución fundamental al equilibrio de intereses en el ámbito del avance tecnológico. Por otra parte, esto dependerá de que, en el marco de una transferencia de tecnología, se mantengan incentivos a la inversión para las empresas de los países industrializados y su disponibilidad a la cooperación, así como de que éstos no sufran porque los derechos de propiedad industrial se vean mermados.

- 80 Un problema también importante y delicado es el de la regulación de la transferencia de tecnología para su utilización en los fondos marinos, en alta mar y más allá de los límites de los derechos soberanos de los Estados costeros. Se trata, sobre todo, de la explotación de manganeso y de otras formas de explotación minera submarina, que únicamente está indicada para empresas que cuenten con el nivel de desarrollo tecnológico más moderno. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (UNCLOS III),²²⁷ considera que los fondos marinos y los recursos de su subsuelo son “patrimonio común de la humanidad” (*common heritage of mankind*), y asigna a una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (con sede en Jamaica) la competencia normativa plena para regular su utilización (Parte XI de la Convención). La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos no sólo regula el acceso a la explotación económica (concediendo licencias onerosas de exploración y explotación), sino que también ella misma contribuye a la explotación minera submarina por medio de una empresa propia (*Enterprise*). Especialmente controvertido es el régimen de transferencia de tecnología controlado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.²²⁸ La Convención sobre el Derecho del Mar prevé que la Autoridad debe promover la transferencia de tecno-

²²⁶ ILM, 19/1980, pp. 773 y ss.; Fikentscher, W.: *The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, 1980 y Roffe, P.: “UNCTAD: Code of Conduct on Transfer of Technology”, JWT, 19/1985, pp. 669 y ss.

²²⁷ V. <http://www.un.org/Depts/los/index.htm>. La Convención entró en vigor en noviembre de 1994 (texto en castellano: BOE número 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4966 y ss.). En esta materia, v. Trigo Chacón, M.: *Derecho internacional marítimo. La III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, 1996; Saura Estapà, J., “Entrada en vigor de la convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar”, REDI 2/1994, pp. 873 y ss. e id.: “España ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar”, REDI 2/1996, pp. 368 y ss.

²²⁸ Yarn, S. D.: “The Transfer of Technology and UNCLOS III”, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 14/1984, pp. 121 y ss.

logía en beneficio de los Estados en desarrollo (art. 144). Además, la Convención establece que los Estados contratantes deben cooperar para fomentar activamente la transferencia de la tecnología marina según modalidades y condiciones equitativas y razonables (Parte XIV, art. 266). Es determinante, sobre todo, la obligación de las empresas mineras de poner a disposición de la “Empresa” la tecnología que utilicen al realizar actividades en la Zona, “según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables”, en los casos en que este órgano determine que no puede obtener en el mercado libre, en condiciones equitativas, la misma tecnología u otra igualmente útil y eficiente (Anexo III, art. 5.3.a). Desde la perspectiva de algunos países industrializados, este régimen de transferencia coactiva de tecnología grava a la industria minera submarina con condiciones claramente prohibitivas, y supuso el motivo decisivo para que importantes países tecnológicamente desarrollados rechazasen la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. Además, una serie de países industrializados occidentales temía quedar en minoría en la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Otro recelo de los países industrializados era una posible modificación de la Convención, en su detrimento, mediante la mayoría cualificada. Estas preocupaciones obstruyeron el camino hacia la necesaria aceptación generalizada de la Convención sobre el Derecho del Mar. Por eso, antes de que entrase en vigor la Convención, el Secretario General de las Naciones Unidas promovió la negociación de un acuerdo complementario a la Parte XI de 1994.²²⁹ Este convenio adicional tuvo muy en cuenta las peticiones de los países industrializados. En especial, se fortaleció claramente la posición de los países industriales en el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (por su parte, revalorizado). Al apartarse del principio de estricta igualdad formal y privilegiar a algunos países industriales y a grupos de países, se ponen las bases de un interesante enfoque para el desarrollo del Derecho de las organizaciones internacionales en interés de la aceptación universal.²³⁰ Las condiciones de las concesiones de explotación se configuran, para los inversores, de una forma mucho más atractiva que en el sistema originario (véase Anexo, Sección 5.^a del Acuerdo sobre la Parte XI de la Convención de Derecho del Mar). Además, será prácticamente imposible realizar una modificación en el (nuevo) sistema de explotación minera submarina, si se resisten a ello los países industrializados. Es interesante reseñar que esta profunda modificación

²²⁹ Texto en castellano: BOE número 38, de 13 de febrero de 1997, pp. 4831 y ss. En esta materia, v. Anderson, D. H.: “Resolution and Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: A General Assessment”, *ZaöRV*, 55/1995, pp. 277 y ss.; Jaenicke, G.: “The United Nations Convention on the Law of the Sea and the Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the Convention”, AA. VV.: *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, pp. 121 y ss.; Oxman, B. H. *et al.*: “Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of Seabed Provisions of the Convention of the Law of Sea”, *AJIL*, 88/1994, pp. 687 y ss.; Saura Estapá, J., “Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar”, *REDI* 2/1994, pp. 876 y ss. y Jiménez Piernas, C.: “La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la Parte XI: nuevos riesgos de la codificación del Derecho Internacional”, *REDI*, 2001, pp. 105 y ss.

²³⁰ V. por ejemplo, Wolfrum, R.: “The Decision-Making Process According to Sec. 3 of the Annex to the Implementation Agreement: A Model to be Followed for other International Economic Organisations?”, *ZaöRV*, 55/1995, pp. 310 y ss.

de la Convención sobre el Derecho del mar no se aprobó en el proceso de modificación previsto, sino que es objeto de una resolución de la Asamblea General. El preámbulo de este nuevo Acuerdo señala, de manera discreta, los cambios que se han producido en el clima político y económico desde la adopción de la Convención sobre el Derecho del mar, “entre ellos, los sistemas orientados al mercado” (*market-oriented approaches*). Este acuerdo complementario a la Convención sobre el Derecho del mar demuestra que hay realismo económico en la comunidad de Estados y, exagerando un poco, se puede ver como un réquiem por el nuevo orden económico mundial. La primera solicitud aprobada por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, a mediados del año 2005, fue presentada por Alemania, y tenía por objeto la exploración del fondo marino.

- 81 El tema de la transferencia de tecnología es de gran importancia en los convenios internacionales referidos a la protección del medio ambiente.²³¹ El Protocolo de Montreal, asociado al Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono,²³² compromete a los Estados, en una cláusula notablemente amplia (art. 10A), a adoptar “todas las medidas factibles” para llevar a cabo una transferencia expeditiva de tecnología. Sin embargo, en la subsiguiente práctica, los Estados industrializados y sus sectores económicos privados no han cumplido este compromiso mediante una transferencia directa de tecnología, sino mediante aportes financieros a un fondo multilateral establecido para proporcionar cooperación financiera y técnica (art. 10 del Protocolo de Montreal). De la misma manera, la obligación a la transferencia de tecnología, formulada en términos más abiertos, que se encuentra en el Acuerdo de Naciones Unidas sobre la protección del clima (art. 4.5),²³³ fue puesta en práctica mediante un mecanismo de financiación que está vinculado al Fondo para el Medio Ambiente del Banco Mundial. Estos mecanismos de financiación son muestra de la posición relativamente fuerte de los Estados industrializados, que tienen un interés pronunciado en la toma de medidas eficientes de protección ambiental por parte de los países en desarrollo.
- 82 Se plantean también importantes preguntas sobre la transferencia de tecnología en el ámbito de la “biotecnología”. El Convenio de Río de Janeiro, sobre la diversidad biológica,²³⁴ prevé una transferencia de tecnología para el uso económico y de otra naturaleza de los recursos genéticos e, igualmente, un reparto adecuado de los rendimientos entre los respectivos países de origen y sus socios convencionales (art. 15.7).

²³¹ Bloch, F.: *Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz*, 2007.

²³² Protocolo de Montreal al Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono, BOE n. 276 de 15 de noviembre de 1996.

²³³ BOE n. 27, 1 de febrero de 1994; ILM 31/1992, pp. 848 y ss.

²³⁴ ILM, 31/1992, pp. 818 y ss.; BOE n. 27, de 1 de febrero de 1994. Vozmediano, J.: *Hacia una estrategia para la biodiversidad*, 1998 y v. *infra*, tema 8, nota al margen 6.

Tema 5 Orden Económico Europeo

1. Mercado interior europeo y libertades de mercado

Bibliografía recomendada: Dausés, M. A. (ed.): *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (junio, 2010); Franz, W.: *Handbuch Europarecht*, t. 1: *Europäische Grundfreiheiten*, 2004; más referencias en tema 3, nota al margen 2.

La Unión Europea dispone de competencias económicas bastante amplias. El objetivo económico central de la Unión Europea es la consecución del mercado interior (art. 26 TFUE). De acuerdo con el Artículo 26.2 TFUE, el mercado interior implica “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. Por consiguiente, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituye el núcleo esencial del mercado interior. 1

La base de la Unión Europea es una unión aduanera, que abarca la totalidad de los intercambios de mercancías (art. 28. 1 TFUE), y en la que la libre circulación de mercancías queda asegurada a través de la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como de las medidas de efecto equivalente (arts. 34-35 TFUE).²³⁵ 2

La libre circulación de personas comprende la libre circulación de trabajadores (arts. 45 TFUE) y el derecho de establecimiento con el fin de desarrollar una actividad empresarial (arts. 49 ss. TFUE). A la libre circulación de trabajadores pertenece especialmente la protección de la entrada y el derecho de residencia en otros Estados miembros, así como la supresión de discriminaciones por razón de la nacionalidad en la vida laboral. El derecho de establecimiento abarca la iniciación y el ejercicio de actividades no asalariadas, incluida la constitución de sucursales o de sociedades filiales (v. art. 49.2 TFUE). Una pluralidad de directivas y reglamentos ha mejorado, entretanto, las condiciones jurídicas marco para la libre circulación de personas, por ejemplo, a través de preceptos sobre el derecho de residencia de los trabajadores y de los autónomos, así como de sus familiares, sobre la coordinación de las reclamaciones relativas a la seguridad social, la armonización del Derecho de sociedades y el reconocimiento de las cualificaciones profesionales. 3

Los principios estructurales del mercado interior se corresponden con los de la economía de mercado. Sin embargo, se aprecian elementos de economía planificada en las disposiciones sobre política agrícola (arts. 38 ss. TFUE y el Derecho secundario promulgado 4

²³⁵ Al respecto *infra*, tema 12, nota al margen 2.

al respecto), y en los preceptos del Tratado CECA (v., por ejemplo, los arts. 58-59 y 61, aunque ya no están en vigor).

- 5 El Tratado de Maastricht confiere a todos los “ciudadanos de la Unión”, es decir, a los nacionales de los Estados miembros (art. 20.1 TFUE), el derecho a circular y residir libremente en el territorio comunitario, bajo el paraguas de una libertad de circulación general (art. 21 TFUE). Fundamental a día de hoy en esta materia es la Directiva 2004/38/CE.²³⁶
- 6 Cada vez adquiere más importancia la libre de prestación de servicios entre los Estados miembros (arts. 56 ss. TFUE).²³⁷ Además, el TFUE procura la consecución de la libre circulación de capitales y pagos (arts. 63-64 TFUE). La libre circulación de capitales comprende especialmente las inversiones directas en otro Estado miembro, por ejemplo, para la constitución de sociedades o la adquisición de participaciones en una sociedad, la adquisición de inmuebles, o la realización de operaciones crediticias. Entretanto, se ha avanzado mucho en la liberalización del tráfico de capitales.²³⁸ La libre circulación de pagos se refiere, sobre todo, a los aspectos financieros del comercio de mercancías, servicios y personas, porque estas libertades no pueden realizarse plenamente sin el pago transfronterizo de las mercancías y las prestaciones. En este sentido, la libre circulación de capitales tiene carácter accesorio.
- 7 Aspecto importante del mercado interior es la elaboración de condiciones jurídicas uniformes para la vida económica en los Estados miembros. La aproximación de las normas jurídicas permite garantizar condiciones de competencia equivalentes. El TFUE otorga al Consejo una competencia general para dictar normas de armonización que sirvan al funcionamiento del mercado interior (arts. 114-115 TFUE). En este sentido, para lograr la armonización, el Consejo ha promulgado Directivas sobre responsabilidad por productos,²³⁹ y para restringir la publicidad sobre el tabaco,²⁴⁰ o un Reglamento sobre la comercialización de nuevos alimentos (*Novel Food*).²⁴¹ La aproximación de legislaciones mediante directivas en el ámbito de la contratación pública es muy relevante, como en la

²³⁶ DO L 158, p. 77.

²³⁷ Al respecto *infra*, tema 12, nota al margen 2 y tema 14.

²³⁸ V. Directiva 88/361/CE, del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del art. 67 del Tratado sobre la Comunidad Europea (DO L 178, p. 5). V. también arts. 63 ss. TFUE.

²³⁹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210 1985, p. 29).

²⁴⁰ Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DO L 359, 1989, p. 1). Los límites de la competencia para la aproximación de legislaciones los ha fijado el TJUE en su sentencia sobre publicidad de productos del tabaco (sent. TJUE, C-376/98, Rec. 2000, pp. I-8419 ss.).

²⁴¹ Reglamento (CE) 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios (DO L 43, 1997, p. 1).

contratación de servicios en el sector de la construcción, o de la provisión de agua, energía y transporte, así como de servicios de telecomunicación. Teniendo en cuenta el inmenso volumen de la contratación pública, estas directivas sobre la creación de condiciones de competencia uniformes son de capital importancia. A lo que se añade una serie de autorizaciones especiales para la aproximación de legislaciones en determinados ámbitos, como para la armonización de los impuestos indirectos (art. 113 TFUE).

La reciente doctrina del TJUE ha introducido (de forma similar a como lo hace en el marco de la libre circulación de mercancías) cierta flexibilización en la admisión de restricciones a la libre circulación de servicios. Esta doctrina refleja el máximo respeto a las peculiaridades nacionales. Así, el TJUE permite justificar, con base en la protección de los jugadores y del orden social “de conformidad con las especialidades socioculturales de cada Estado miembro”,²⁴² la prohibición de determinadas loterías impuesta por el Derecho Nacional.

Dentro de la Unión Europea, los nacionales de los Estados miembros tienen derecho a 8 gozar ampliamente de los mismos derechos que los ciudadanos del Estado de su residencia. El TFUE, completando los preceptos especiales sobre igualdad de trato, contiene un principio general de no discriminación: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad” (art. 18.1 TFUE). Actualmente, la nacionalidad ha perdido importancia en casi todos los ámbitos de la vida económica de los ciudadanos de la UE (contrariamente a lo que ocurre respecto de la formación de la voluntad política o el ejercicio de funciones públicas). El principio general de no discriminación del Artículo 18 TFUE abarca casi todas las prestaciones públicas.

A este respecto, el TJUE ha resuelto que a un turista británico atracado en París le había sido indebidamente denegada una reclamación por los daños y perjuicios sufridos sobre la base de requisitos especiales impuestos por el Derecho francés para los extranjeros.²⁴³ El turista británico gozaba de la protección del principio general de no discriminación en tanto que beneficiario de una prestación de servicios en el sentido del TFUE.

La libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea (art. 21 TFUE) ha traído consigo una amplia aplicación de la prohibición de discriminación.²⁴⁴

2. Unión económica y monetaria

Bibliografía recomendada: Brinsler, S.: *Eintritt in die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion*, 2005; Griller, S. (ed.): *Auf dem Weg zur Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 1993; Häde, U.: “Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion”,

²⁴² Sent. TJUE, As. C-275/92 (Schindler), Rec., 1994, p. I-1039, esp. fundamentos 60 ss., comentada por Stein, T., en *EuZW*, 1994, p. 315.

²⁴³ Sent. TJUE, As. 186/87 (Cowan), Rec. 1989, p. 195.

²⁴⁴ V. Herdegen, M.: *Europarecht*, 12.^a ed., tema 12, n. marg. 7 y ss.

EuZW 1992, pp. 171 y ss.; Hahn, H. J.: *Währungsrecht*, 1990, §§ 13-14; *id.*: *Vom EWS zur Europäischen Währungsunion*, 1990; *id.* (ed.): “Das Entstehen der Eurowährung – Szenarien ihrer Einführung”, *J. Z.* 1996, pp. 321 y ss.; Hahn, H. J., Häde, U.: “Europa im Wartestand: Bemerkungen zur Währungsunion”, en: *Festschrift für Ulrich Everling*, t. I, 1996, pp. 381 y ss.; Herdegen, M.: “Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom”, *CMLRev.* 35 (1998), pp. 9 y ss.; *id.*: *Die Währungsgemeinschaft als dauerhafte Rechtsgemeinschaft – Ausstiegsszenarien aus rechtlicher Perspektive*, *EWU-Monitor* 92 (1998), *id.*: *Europarecht*, 8.^a ed., 2008, §§ 24-25; Jochimsen, R.: *Perspektiven der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 1998; Konow, Ch.: *Der Stabilitäts- und Wachstumspakt*, 2002; Kortz, H.: *Die Entscheidung über den Übergang in die Endstufe der Währungsunion*, 1996; Mentgen, J.: *Beschäftigungsförderung und Stabilitätsverpflichtung in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 2004; Pipkorn, J.: “Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the Economic and Monetary Union”, *CMLRev.* 31 (1994), pp. 263 y ss.; Roth, W. -H.: “Der rechtliche Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion”, *Europarecht* 1994, Beiheft 1, pp. 45 y ss.; Smits, R.: *The European Central Bank*, 1997.

- 9 Con la crisis del sistema de Bretton Woods,²⁴⁵ y el esfuerzo para construir la integración económica entre los Estados miembros, ganó terreno en la entonces Comunidad Europea la aspiración hacia una cooperación más estrecha en el ámbito de la política económica. Un primer paso importante en esta dirección lo constituyó la creación de la “serpiente monetaria europea”. Dentro de esta asociación monetaria regían paridades fijas, mientras que los tipos de cambio exteriores de las divisas asociadas eran libres (*block floating*). Posteriormente, este mecanismo halló un fundamento convencional, con la modificación del Convenio Constitutivo del FMI (art. IV. 2. b).
- 10 Con base en una decisión del Consejo Europeo de diciembre de 1978, se creó el Sistema Monetario Europeo (SME), en marzo de 1979. Este sistema perseguía crear una zona monetaria estable, con tipos de cambio fijos y con deberes de intervención de los bancos centrales participantes, dentro de la Comunidad Económica. Más allá de la estabilización de los cursos cambiarios, el SME servía para reforzar la coordinación de la política económica y monetaria de los Estados miembros. Las experiencias con el régimen monetario de Bretton Woods habían mostrado que un sistema de tipos de cambio fijos sólo puede funcionar si existe una estrecha coordinación de la política económica nacional y una progresiva aproximación de las condiciones económicas. Una característica esencial del mecanismo de tipos de cambio del SME es que las respectivas cotizaciones diarias de las divisas sólo podían oscilar dentro de un margen de fluctuación en relación a un tipo de cambio de base. Este sistema, de oscilaciones controladas de los tipos de cambio

²⁴⁵ V. *infra*, tema 24, nota al margen 2.

dentro de la Unión Europea, todavía es relevante para las monedas de los Estados que no han ingresado en la zona euro (SME II).

Las bases de la Unión Económica y Monetaria (UEM), con el euro como moneda común, se establecieron en el Tratado de Maastricht de 1992 (arts. 120 y ss. TFUE). Un elemento central de ésta es la creación de un espacio monetario único con estándares que aseguran estabilidad a la política presupuestaria de los Estados miembros. La UEM descansa sobre cinco pilares: 11

- La creación de un Banco Central Europeo (BCE) con plena independencia.
- La garantía de la estabilidad de precios como fin prioritario de la política monetaria.
- Los criterios de convergencia que se requieren para acceder a la Unión monetaria.
- La coerción constante para lograr la disciplina presupuestaria, y
- La responsabilidad individual de cada Estado miembro respecto de sus propios compromisos.

A inicios de 1999 se alcanzó la fase final de la Unión económica y monetaria con el euro como moneda única. En un primer momento, participaron once Estados miembros que, con el ingreso de Estonia el 1 de enero de 2011, se han convertido en 17. 12

Para que un Estado miembro accediese a la tercera fase de la UEM había de cumplir los denominados “criterios de convergencia” del Artículo 140.1 3 2.º inciso TFUE, que se concretaron en su momento en un Protocolo. Tales criterios de convergencia son los siguientes: 13

- Un alto grado de estabilidad de precios (que se medirá a través de la tasa de inflación).
- Una situación sostenible de las finanzas públicas [relación entre el déficit público anual y el producto interior bruto (PIB) inferior al 3%, y relación entre la deuda pública bruta y el PIB inferior al 60% al final del anterior ejercicio presupuestario].²⁴⁶
- El respeto, durante dos años como mínimo, sin que se haya producido devaluación frente a la moneda de ningún otro Estado miembro, de los márgenes normales de fluctuación que establece el mecanismo de tipos de cambio del sistema monetario europeo, y
- El carácter duradero de la convergencia conseguida por el Estado miembro deberá verse reflejado en los niveles de los tipos de interés a largo plazo.

²⁴⁶ Art. 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

- 14 Los criterios presupuestarios deben alcanzarse, al menos en el sentido de una aproximación asintótica. En la decisión sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única (arts. 140.1.3, 2.º inciso TFUE), el Consejo, conformado por Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, ha mostrado una considerable generosidad en la aplicación de los criterios de convergencia respecto de la situación presupuestaria de algunos Estados miembros (primero con Bélgica e Italia y, posteriormente, con Grecia).
- 15 Para la Unión Económica y Monetaria juegan un papel clave las obligaciones de los Estados miembros de evitar déficits públicos excesivos (art. 126.1 TFUE), de conseguir la estabilidad de los precios (arts. 119.2, 127.1.1 TFUE) y de asegurar la disciplina presupuestaria. Esta última se rige por los siguientes criterios (art. 126.2.2 TFUE y art. 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo):
- el déficit público no debe exceder un máximo de 3% del PIB.
 - el endeudamiento público no debe exceder el 60% del PIB.
- 16 Para asegurar de manera duradera la disciplina presupuestaria y, por ende, aumentar la estabilidad monetaria, el Consejo Europeo adoptó, en su reunión de Amsterdam en junio 1997, el denominado “Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, que se apoya en los siguientes instrumentos:
- la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de Estabilidad y de Crecimiento (D.O. 1997 C 236, p. 1)
 - el Reglamento (CE) 1466/97 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (D.O. 1997, L 209, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) 1055/2005 (D.O. 2005 L 174, p. 1)
 - el Reglamento (CE) 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (D.O. 1997 L 209, p. 6), modificado por el Reglamento (CE) 1056/2005 (D.O. 2005 L 174, p. 5).
- 17 El TFUE prevé una amplia gama de posibles reacciones frente a la existencia de un “déficit excesivo”, e incluso el mero riesgo de que se produzca tal déficit. Declaraciones públicas de la Comisión con carácter informativo o admonitivo, como el dictamen acerca de un déficit excesivo según el Artículo 126.5 TFUE, constituyen la medida menos incisiva. A éstas siguen otras de creciente intensidad, que serán impuestas por el Consejo y culminan en sanciones bastante importantes, como la consignación ante la Unión de un depósito que no devengará intereses o la imposición de una multa (art. 126.6 a 11 TFUE). La decisión del Consejo sobre la existencia de un “déficit excesivo” reviste una importancia especial (art. 126.6 TFUE), ya que fija los hechos de forma legalmente vinculante.

El criterio decisivo para constatar un déficit excesivo es la existencia de déficit presupuestario, que se produce al exceder en un 3% el PIB. Este exceso sólo es permitido por el TFUE a condición de una reducción continuada del déficit, o en el caso de que el exceso ocurra “excepcional y temporalmente”, pero siempre y cuando el déficit presupuestario, en ambos casos, se mantenga cercano al valor de referencia (art. 126.2 lit. a, segundo guión TFUE). En su “valoración global”, el Consejo tendrá que tomar en cuenta, además, el nivel del endeudamiento público. 18

Tras la reiterada superación por parte de Alemania y Francia del valor de referencia del 3% del PIB, fue adoptada en 2005 una reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Tras esta reforma, un Estado miembro no sólo puede invocar una “grave recesión económica”, sino también períodos de estancamiento económico prolongados, así como otras circunstancias exonerantes, para no cumplir el citado valor de referencia (art. 2.2. F del Reglamento 1467/97, en su versión modificada).

Sólo los Estados miembros de la zona euro están plenamente sometidos al régimen de vigilancia de la disciplina presupuestaria y a las respectivas sanciones (art. 139. 2 lit. b TFUE). Dentro de la Unión Europea, los Estados participantes conforman el denominado “Eurogrupo”, el cual utiliza sus representantes en el Consejo de ministros de economía y finanzas (ECOFIN), como plataforma para sintonizar de manera informal sus políticas económicas. 19

Uno de los principios fundamentales de la UEM es el de responsabilidad exclusiva de los Estados miembros por sus deudas, consagrado en la llamada “prohibición del *bail-out*” (art. 125 TFUE). Según esta regla, ningún Estado puede reclamar asistencia financiera de la Unión Europea, o de los demás Estados miembros, para pagar sus deudas. El objetivo de esta exclusión de responsabilidad es incentivar a los Estados al mantenimiento de la disciplina presupuestaria. 20

Con base en esta –controvertida– interpretación del Artículo 125 TFUE, los Estados miembros de la UE resolvieron en 2010 apoyar a Grecia mediante créditos bilaterales coordinados, para evitar la insolvencia de este país. Al mismo tiempo, en la primavera de 2010, la Unión Europea y sus Estados miembros establecieron un régimen europeo de estabilización financiera (“paraguas de rescate”). Este régimen de estabilización descansa, por un lado, en un mecanismo propio de la Unión Europea, de carácter ilimitado, que prevé ayudas financieras en forma de préstamos o facilitación de una línea de crédito; la concesión de estas ayudas depende del cumplimiento de ciertas condiciones, en particular, la aprobación de programas de saneamiento financiero; el mecanismo de estabilización financiera cuenta con un volumen de más de 60 mil millones de euros.²⁴⁷ La base legal de este mecanismo es la autorización del Artículo 122.2 TFUE a brindar ayuda financiera a Estados que experimenten una emergencia económica.

²⁴⁷ Reglamento (UE) 407/2010, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DO L 118, 2010, p. 1 y ss.).

Por otro lado, el sistema de estabilización se sustenta en las ayudas bilaterales coordinadas de los Estados euro; estas ayudas se pueden conceder a un Estado miembro de la zona euro a través de un fondo administrado por una sociedad vehículo con sede en Luxemburgo, la Facilidad Europea de Estabilización Financiera. La primera fase de este sistema de estabilización vence en 2013. La sociedad vehículo proporciona apoyo financiero en situaciones de crisis, y se refinancia con empréstitos respaldados por avales de los Estados participantes (en una cuantía, tras un aumento de los fondos en 2011, de más de 800 mil millones de euros). Las funciones de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera deben ser asumidas en 2013 por el Mecanismo Europeo de Estabilización (MEE). Este mecanismo duradero de asistencia mutua rompe con la lógica previa de la Unión Económica y Monetaria Europea, derivada del principio de responsabilidad exclusiva de los Estados euro por sus deudas. Por ello, está prevista la siguiente enmienda del TFUE con el fin de crear una base legal para este nuevo mecanismo (nuevo art. 136.3 TFUE):

Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas.

3. Política comercial común

Bibliografía recomendada: Bischoff, J. A.: “Just a Little *BIT* of ‘Mixity’? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law”, *CMLRev.*, 2011, pp. 1527 ss.; Grabitz, E., von Bogdandy, A., Herrmann, C.: “Common Commercial Policy after Nice”, *CMLRev.* 2002, pp. 7 y ss.; Grabitz, E., von Bogdandy, A., Nettesheim, M.: (ed.): *Europäisches Außenwirtschaftsrecht*, 2001; Herrmann, C., Krenzler, H. G., Streinz, R. (ed.): *Die Außenwirtschaftspolitik nach dem Verfassungsvertrag*, 2006; Konstadinides, S.: *The External Trade Law of the EU*, 2001; Taraschka, K.: *Die Kompetenzen der EU im Bereich der Handelspolitik*, 2001.

- 21 La política comercial común, de conformidad con los Artículos 206 y ss. TFUE, tiene una importancia destacada para las relaciones exteriores de la Unión Europea. Una coordinación de la política comercial se presupone ya a través del establecimiento de un arancel común exterior frente a terceros Estados (art. 3.1.e TFUE). De acuerdo con el Artículo 206.1 TFUE, los Estados miembros, a través de la unión aduanera, se proponen “contribuir, conforme al interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias”. La idea del bloqueo del mercado interior hacia el exterior (“fortaleza europea”), constantemente criticada, no es compatible con esta declaración a favor de una liberalización del comercio mundial.

El precepto central para la política comercial común es el Artículo 207 TFUE. El Artículo 207.1 TFUE prevé que la política comercial común está conformada por principios uniformes. Esto se debe aplicar 22

en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de *dumping* y subvenciones.

Se aplican reglas complejas a la competencia para celebrar acuerdos de comercio de servicios, aspectos comerciales de la propiedad intelectual, comercio de servicios culturales y audiovisuales, así como en los sectores educativos, sociales y de salud (v. art. 207.4 TFUE). El Artículo 207.1 TFUE confiere a la Unión una competencia nueva para celebrar acuerdos sobre inversiones extranjeras directas.

El TJUE sostiene una idea amplia de la política comercial común, que va más allá de las normas tradicionales del comercio exterior.²⁴⁸ A tal efecto, se sitúa en primera línea el comercio de mercancías con terceros Estados. Pero también se incluyen las prestaciones de servicios y la realización de pagos vinculados con el intercambio de mercancías y servicios. Son instrumentos importantes, por ejemplo, las normas sobre importaciones o exportaciones, la imposición de aranceles *antidumping*, las subvenciones a la exportación para reforzar la capacidad competitiva de los exportadores con sede en la Unión Europea, así como los acuerdos interestatales. De acuerdo con la doctrina del TJUE, la política comercial común en el sentido del Artículo 207 TFUE también cubre la conclusión de acuerdos sobre materias primas,²⁴⁹ que deben asegurar, por medio de la creación de una organización de mercado que opere a nivel mundial, una relación adecuada entre oferta y demanda, así como un nivel de precios estable.²⁵⁰ 23

La competencia para configurar la política exterior no ha sido transferida a la Unión Europea y permanece en manos de los Estados miembros. En el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), los Estados miembros pueden decidir la adopción de un embargo comercial contra terceros Estados (como acción común del Artículo 28 TUE). Una decisión de este tipo requiere su incorporación mediante un acto jurídico de la Unión Europea. El TFUE prevé expresamente competencias de la Unión para adoptar medidas de embargo y otras de coerción económica (arts. 215, 75 TFUE). Estas competencias (complementadas por la cláusula de imprevisión y competencias subsidiarias del 24

²⁴⁸ Dictamen 1/78 del TJUE, Acuerdo internacional sobre el caucho natural, Rec., 1979, p. 2871, en esp. p. 2913.

²⁴⁹ V. *infra*, tema 11.

²⁵⁰ Dictamen 1/78 (nota 257), p. 2871.

Artículo 352 TFUE) conforman también la base de la transposición de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas imponiendo sanciones.²⁵¹ En la medida que las normas sancionadoras de la Unión Europea contra terceros Estados tengan carácter definitivo, los Estados miembros no pueden establecer restricciones más amplias a la libre circulación de mercancías, capitales y pagos, invocando su competencia en política exterior.²⁵² Cuando se ven afectados intereses especiales de un Estado miembro, el Artículo 347 TFUE permite una acción nacional en solitario, si se cumplen determinados requisitos.²⁵³ En este sentido, existe una competencia concurrente de los Estados miembros y de la Unión Europea. Finalmente, debe tomarse en consideración que los Estados miembros pueden limitar el comercio de material militar conforme al Artículo 346.1.b TFUE, para proteger intereses consustanciales a su seguridad.

Tema 6 “Buen gobierno”, estructuras estatales e integración en la economía mundial

- 1 A largo plazo, una economía de mercado no puede funcionar sin una protección eficaz de, al menos, los derechos fundamentales clásicos. A la inversa, la viabilidad de un orden jurídico basado en la libertad presupone la observancia de ciertas leyes económicas; un cierto nivel de pluralismo político y afianzamiento de derechos no se puede materializar sin una economía de mercado. Así, la interacción entre Estado de derecho, democracia, y un orden económico eficiente depende en gran medida de las relaciones políticas, económicas y sociales. La experiencia histórica sugiere que un mínimo de desarrollo económico (medido, por ejemplo, en términos del PIB per cápita) y de equidad social constituye condición básica de capacidad y estabilidad duradera de las instituciones estatales.²⁵⁴ A su vez, un crecimiento económico sostenible y la lucha contra la pobreza descansan en instituciones eficientes, garantes de un marco legal fiable y que protejan derechos subjetivos. David Hume formuló tres principios fundamentales derivados de la naturaleza humana:²⁵⁵ (1.) el derecho a la propiedad, (2.) el derecho a transferir consensuadamente la propiedad, y (3.) el respaldo normativo del cumplimiento de prome-

²⁵¹ Respecto a la revisión judicial, de acuerdo con los principios fundamentales de la Unión Europea, de actos legislativos de la Unión Europea, cuya finalidad es la transposición de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, v. sent. TJUE, As. 84/95 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret As.), Rec. 1996, I-3953, n. marg. 19 y ss.; sobre el alcance de semejante revisión v. TJUE, asuntos acumulados C-402/05 P y C-41/05 P (Kadi y Al Barakat), Rec. 2008, I-6351, n. marg. 280 y ss. Sobre la compatibilidad de sanciones con la Convención Europea de Derechos humanos (CEDH), v. sent. TEDH, As. Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret As. v. Irlanda, NJW 2006, p. 197.

²⁵² V. sent. TJUE, As. C-124/95, Centro-Com, Rec., 1997, p. I-81.

²⁵³ V. sent. TJUE, As. C-120/94 (Comisión v. Grecia), Rec., 1996, p. I-1513: procedimiento por incumplimiento contra Grecia, ante la adopción de embargo comercial contra Macedonia, finalizado por desistimiento de la demanda.

²⁵⁴ V., por ejemplo, Zakaria, F.: *The Future of Freedom*, 2003, pp. 69 y ss. *passim*.

²⁵⁵ Hume, D.: *A Treatise on Human Nature*, 1739-40, Book III, Part II, Sect. IV *Of the transference of property by consent*.

sas. Estos tres principios son también los presupuestos básicos de un orden social que posibilita la existencia de mercados eficientes y generadores de bienestar. Para alcanzar una competencia eficaz e integrar a un país en la economía mundial, seguridad jurídica y cierta ética oficial de la administración pública son aspectos que, en una primera fase, se revelan igual de importantes que la plena realización de principios democráticos. Cuando un Estado está formalmente constituido como una democracia, pero no cuenta con garantías institucionales para consolidar una sociedad pluralista, las libertades económicas y personales no están a salvo del dictado de la mayoría. Al menos, la existencia de un Estado de Derecho, aunque sólo sea en el sentido formal, es clave para constituir un orden económico eficiente. A largo plazo, es indispensable, además, que ciudadanos e inversores confíen en los órganos legales representativos. En general, lo recientemente expuesto deja patente la fuerte dependencia que el desarrollo económico tiene respecto de los fundamentos del orden jurídico.

La Carta de París por una nueva Europa, nacida de la cumbre de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), celebrada en París el 21 de noviembre de 1990,²⁵⁶ enfatiza en extremo la correlación entre libertad económica y pluralismo político en el desarrollo de una economía de mercado:

La libertad y el pluralismo político son elementos necesarios en nuestro común objetivo de desarrollar economías de mercado para un crecimiento económico sostenible, con prosperidad, justicia social, expansión del empleo y uso eficaz de los recursos económicos. El éxito que en la transición hacia la economía de mercado alcancen los países que se esfuerzan por lograrlo es importante y nos interesa a todos (...).

1. Los estándares del “buen gobierno”

Bibliografía recomendada: Dolzer, R.: “Good Governance: Neues transnationales Leitbild der Staatlichkeit”, *ZaöRV*, 64/2004, pp. 535 y ss.; Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B. (eds.): *Good Governance*, 2007; Grindle, M. S.: “Good Enough Governance: Poverty Reduction and Reform in Developing Countries”, *Governance* 17/2004, p. 525; Herdegen, M.: “Der Beitrag des Internationalen Wirtschaftsrechts zu *Good Governance* und Rationalität des Staatshandelns”, Giegerich, Th. (ed.): *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, pp. 229 y ss.; Hofmann, R., Pfaff, C. (eds.), *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2007; Sayed, A.: *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, 2004.

²⁵⁶ EuGRZ 1990, p. 517; ILM, 30/1991, p. 190.

- 3 El concepto del buen gobierno, que representa una aspiración clave del Derecho internacional público del desarrollo, está estrechamente conectado a la implantación de estándares de democracia y Estado de Derecho. Este concepto rige tanto la cooperación al desarrollo entre países industrializados y países en vías de desarrollo, como la promoción del desarrollo por parte del Banco Mundial y otras organizaciones internacionales. El “buen gobierno” va más allá de mecanismos democráticos de repartición del poder, y comprende también pretensiones a una “buena” política de gobierno. La Resolución de 1991 del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Estados miembros reunidos en su seno, relativa a derechos humanos, democracia y desarrollo,²⁵⁷ intenta resumir los diversos componentes del “buen gobierno”:

5. El Consejo hace hincapié en la importancia del buen gobierno. Si bien los Estados soberanos tienen derecho a crear sus propias estructuras administrativas y a establecer sus propias disposiciones constitucionales, el desarrollo equitativo sólo puede alcanzarse de forma eficaz y duradera si se acatan varios principios generales de gobierno: políticas económicas y sociales sensatas, mecanismo de toma de decisiones democrático, transparencia gubernamental suficiente y responsabilidad financiera, creación de un entorno favorable al mercado en pro del desarrollo, medidas para combatir la corrupción, así como respeto del Estado de derecho y de los derechos humanos y libertad de prensa y de expresión. La Comunidad y sus Estados miembros apoyarán los esfuerzos de los Estados en vías de desarrollo para hacer progresar el buen gobierno, y los principios mencionados ocuparán un lugar en sus relaciones de cooperación para el desarrollo, sean nuevas o ya existentes.

- 4 Una noción similar de “buen gobierno” se encuentra en el Acuerdo de la Asociación de Cotonou entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y los Estados ACP por el otro (art. 9.3).²⁵⁸
- 5 Para asegurar que la administración pública se ajusta al principio de legalidad, y actúa con base en una ética de transparencia, es de suma importancia la supresión de todas las formas de corrupción; el soborno y la corrupción pasiva constituyen el mayor obstáculo al crecimiento económico, y afectan decididamente a la atracción de inversión. Son, precisamente, algunos de los países en vías de desarrollo más endeudados los que más sufren de un grado de corrupción especialmente elevado.²⁵⁹ Desde un punto de vista normativo, un Derecho poco sofisticado, autorizaciones legales que requieren concreción, y un control judicial insuficiente de la actuación administrativa, aumentan el riesgo de

²⁵⁷ Boletín CE 11/1991, p. 128.

²⁵⁸ DO, L 317, p. 3.

²⁵⁹ V. el informe anual *Transparency International Corruption Perceptions Index* presentado por la ONG *Transparency International*, <http://www.transparency.org>.

que los funcionarios abusen de su autoridad con miras a enriquecerse. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2002 contiene una amplia gama de medidas preventivas y represivas contra el soborno y otras formas de corrupción;²⁶⁰ el trasfondo de todas ellas es la necesidad de asegurar una “ética oficial” de las administraciones públicas. Los Estados miembros deben, además, prevenir la corrupción en el sector privado (art. 12). En esta dirección y en el marco de la cooperación internacional, la recuperación de activos ilegalmente transferidos constituye un mecanismo interesante (arts. 51 y ss.).

En el plano regional, cabe destacar el papel precursor de la Convención Interamericana contra la Corrupción.²⁶¹ La OCDE ha elaborado, por su parte, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales,²⁶² de 1997, a la cual pueden también adherirse Estados no miembros. En el seno del Consejo de Europa, podemos citar el Convenio Penal contra la corrupción, de 27 de enero de 1999,²⁶³ y el Convenio Civil contra la corrupción, de 4 de noviembre de 1999.²⁶⁴ La Unión Europea ha adoptado una amplia gama de medidas para luchar contra el soborno y la corrupción pasiva, entre las que se cuenta, por ejemplo, la Decisión marco 2003/568/JI del Consejo, de 22 julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.²⁶⁵ En África, la Convención de la Unión Africana ampara convencionalmente la lucha contra la corrupción.²⁶⁶

En la actualidad, el cohecho de empleados públicos es considerado una violación del orden público reconocido por la comunidad internacional de Estados. En consecuencia y por regla general, las pretensiones legales basadas en actos de corrupción no pueden hacerse valer ante tribunales internacionales y cortes arbitrales, como así ha sido defendido, por ejemplo, por el tribunal arbitral del CIADI, en el asunto *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenya*.²⁶⁷

In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based

²⁶⁰ ILM, 43/2004, pp. 37 y ss.; al respecto Dell, G.: “Eindämmung von Bestechung und Bestechlichkeit”, VN 2004, pp. 77 y ss.; Hofmann, R., Pfaff, C. (eds.): *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2007; Webb, P.: “The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?”, JIEL, 8/2005, pp. 191 y ss.

²⁶¹ ILM, 35/1996, pp. 724 y ss.

²⁶² BOE n 46, de 22 de febrero de 2002.

²⁶³ *Criminal Law Convention on Corruption*, ETS n. 173 (1999) = ILM, 38/1999, pp. 505 y ss.

²⁶⁴ *Civil Law Convention on Corruption*, ETS n. 174 (2000).

²⁶⁵ DO 2003, L 119, pp. 22-23.

²⁶⁶ ILM, 43/2004, pp. 5 y ss.

²⁶⁷ Asunto CIADI, *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenia*, No. ARB/00/7, ILM, 46/2007, pp. 339 y ss., n. marg. 157 y ss.

on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal (núm. 157).

En consecuencia, ha de asumirse que este principio constituye un principio general tanto del Derecho internacional público, como del Derecho internacional de contratos.

Es cuestionable la afirmación en el laudo arbitral dictado en el asunto *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenya* que un acto de corrupción sólo conduce a la ineficacia de pretensiones cuando es el Estado quien la invoca. Con base en este punto de vista, no importa si el acto de corrupción fue iniciado por un servidor público. Sin embargo, con esta interpretación, el tribunal arbitral pretende atender al interés de la población, generalmente pobre, que es la verdadera víctima de la corrupción:

as regards public policy, is that the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world (núm. 181).

2. Integración económica mundial y orden constitucional

Bibliografía recomendada: Berkovitz, D., Moenius, J., Pistor, K.: *Legal Institutions and International Trade Flows*. Michigan Journal of International Law 26 (2004), pp. 163 y ss.; Daniels, R. J., Trebilcock, M.: *The Political Economy of Rule of Law Reform*, in: *Developing Countries*, Michigan Journal of International Law 26 (2004), pp. 99 y ss.; Hilf, M., Petersmann, E. -U. (ed.): *National Constitutions and International Economic Law*, 1993; Jackson, J. H., Louis, J. -V., Matsushita, M.: "National Constitutions and the International Economic System", AA. VV.: *Implementing the Tokyo Round-National Constitutions and International Economic Rules*, 1984, pp. 198 y ss.; McKenzie, R. B. (ed.), *Constitutional Economics*, 1984; Petersmann, E-U.: *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, *id.*: "Constitutional Law and European Integration", *Außenwirtschaft*, 46/1991, pp. 247 y ss.

- 6 La capacidad de integración en la economía mundial de una economía nacional y su apertura a la competencia internacional dependen, de manera decisiva, de cómo esté estructurado su orden constitucional. Entre las condiciones normativas marco de un sistema de economía de mercado funcionalmente capaz,²⁶⁸ se encuentran, especialmente, la garantía de la propiedad privada y de la libertad contractual, y una tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos. También son importantes las disposiciones institucionales para luchar contra la influencia de grupos y para garantizar la estabilidad político-económica, como, por ejemplo, la existencia de un banco central independiente del gobierno, o las limitaciones constitucionales al endeudamiento estatal. El desarrollo

²⁶⁸ V., por ejemplo, Eucken, W.: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 2003, 7.ª ed., pp. 254 y ss.

económico de la República Federal Alemana, por ejemplo, no puede desvincularse de las condiciones constitucionales que la Ley Fundamental ha ofrecido –como biotopo normativo– a la economía social de mercado. La fórmula del Tribunal Constitucional alemán de la supuesta “neutralidad político-económica de la Constitución”,²⁶⁹ nacida de una actitud excesivamente reservada, oscurece el significado para el sistema económico de los principios constitucionales rectores. Como ha puesto de manifiesto Hernando de Soto, en su ya famoso libro *El otro sendero*,²⁷⁰ la inseguridad jurídica, una jungla normativa impenetrable con una tendencia excesiva a regular por decreto, la ineficiencia de la administración y la falta de una ética del funcionariado, provocan una gran inseguridad en la vida jurídica y conducen a los poderes empresariales a adentrarse en la oscuridad de una economía sumergida. La discusión sobre las nuevas Constituciones en algunos países sudamericanos ha fortalecido la convicción de que la garantía de la propiedad privada y otros derechos fundamentales, junto con la previsibilidad del Derecho, son presupuestos esenciales para lograr el compromiso de inversores nacionales y extranjeros. La encíclica papal *Centesimus Annus* de 1991, con su reconocimiento no especialmente entusiasta de la economía social de mercado y de la propiedad privada, ha contribuido a la comprensión de estas interacciones. La importancia del orden constitucional para el funcionamiento del orden económico y la capacidad de los países a integrarse en la economía mundial se puso de manifiesto en la transición de los países de Europa del Este, de una economía planificada y centralizada, a una economía de mercado.²⁷¹ Para el éxito de esta transición, hoy en día concluida en la mayoría de los casos, fueron indispensables un fundamento constitucional y un orden jurídico adecuado.

Desde hace algún tiempo, se extiende también la concepción de que no sólo el desarrollo económico mundial, la división internacional del trabajo y la libre competencia internacional exigen que el sistema estatal se adapte a ellos, sino que también el moderno Derecho internacional público económico establece directrices para el Derecho público y administrativo nacional.²⁷² Esto sucede especialmente con los principios que rigen en el marco de la OMC, el FMI y el BIRD.²⁷³

El denominado “Consenso de Washington” indica una serie de pasos para una reforma política y económica, al servicio de una política de desarrollo exitosa. En su sentido original, el término, concebido por el economista estadounidense John Williamson, se refiere a los elementos comunes de la estrategia política de desarrollo y finanzas públicas

²⁶⁹ Sent. BVerfGE, de 20 de julio de 1954, vol. 4, pp. 7 y ss., esp. p. 17-18.

²⁷⁰ De Soto, H.: *El otro sendero*, 1986.

²⁷¹ V., por ejemplo, Kloten, N.: *Die Transformation von Wirtschaftsordnungen*, 1991, y Meyer, Ch. G.: “The Constitutional Development on Eastern Europe: Integration through Reformation”, *Virginia Journal of International Law*, 32/1992, pp. 431 y ss.

²⁷² V., especialmente, Petersmann, E. -U.: *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, esp., pp. 61 y ss., 210 y ss. y 288 y ss.

²⁷³ Schlemmer-Schulte, S.: “The World Bank’s Role in the Promotion of the Rule of Law in Developing Countries”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shibata*, 2001, pp. 677 y ss.

para los países latinoamericanos perseguida por algunas instituciones con sede en Washington, D. C. (como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional).²⁷⁴ Concretamente, son elementos del “Consenso de Washington” la disciplina presupuestaria, el uso de los gastos públicos en interés de un mayor rendimiento económico y un mejor reparto de ingresos (por ejemplo, a través de inversiones en salud pública, educación escolar e infraestructuras), reformas en el sistema tributario, liberalización comercial, facilidades al flujo de inversión extranjera directa, privatización y garantía de los derechos de propiedad. Recientemente, el Consenso de Washington ha sido blanco de críticas, debido a que reflejaría una política “neoliberal”, esto es, una política demasiado preocupada por el crecimiento económico como fin en sí mismo y poco orientada a la mejora constante de las condiciones sociales. Sin embargo, no puede decirse que políticas de otro signo, fundadas en el proteccionismo comercial y las restricciones a la inversión extranjera directa como las que han sido puestas en práctica en algunos países de América Latina, hayan conducido a la deseada mejora en las condiciones de vida e ingresos de la gran mayoría de la población.

En una conferencia internacional sobre la financiación para el desarrollo, celebrada en marzo de 2002, los jefes de Estado y de Gobierno allí reunidos aprobaron una resolución conocida como el “Consenso de Monterrey”.²⁷⁵ Con miras a fomentar la afluencia de capital extranjero, la declaración enumera varios elementos que se consideran relevantes para atraer inversiones y que también se encuentran en el “Consenso de Washington”:

21. To attract and enhance inflows of productive capital, countries need to continue their efforts to achieve a transparent, stable and predictable investment climate, with proper contract enforcement and respect for property rights, embedded in sound macroeconomic policies and institutions that allow businesses, both domestic and international, to operate efficiently and profitably and with maximum development impact. Special efforts are required in such priority areas as economic policy and regulatory frameworks for promoting and protecting investments, including the areas of human resource development, avoidance of double taxation, corporate governance, accounting standards, and the promotion of a competitive environment. Other mechanisms, such as public/private partnerships and investment agreements, can be important. We emphasize the need for strengthened, adequately resourced technical assistance and productive capacity-building programmes, as requested by recipients.

²⁷⁴ Williamson, J.: “What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?”, *The World Bank Research Observer*, vol. 15, no. 2 (Agosto 2000), pp. 251 y ss.

²⁷⁵ Naciones Unidas, *Report of the International Conference of the Financing for Development*, 2002, pp. 1 y ss.

Tema 7 Derechos y obligaciones fundamentales de los Estados

1. Soberanía y relaciones económicas internacionales

Bibliografía recomendada: Bowett, D. W.: “International Law and Economic Coercion”, *Virginia Journal of International Law*, 16/1976, pp. 245 y ss.; Chayes, A., Handler Chayes, A.: *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995; Dicke, D. Ch.: *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht*, 1978; Hobe, S.: *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; Kewenig, W. A.: “Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht”, en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 22/1982; pp. 7 y ss.; Kreijen, G. (ed.): *State, Sovereignty, and International Governance*, 2002; Oeter, S.: “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, en: *Festschrift für H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.; Orsi, G., Seelmann, K., Smid, S., Steinvorh, U. (ed.): *Internationale Gerechtigkeit*, 1997.

a) El concepto moderno de soberanía

Los Estados pueden recurrir al principio de plena competencia respecto de su territorio y de sus propios nacionales. Como titulares de la soberanía territorial y personal, los miembros de la comunidad de Estados son independientes entre sí: rige el principio de igualdad soberana de los Estados.²⁷⁶ Pero, en el ejercicio de los derechos ligados a la soberanía, los Estados están sujetos al sistema de coordinación del Derecho internacional público. En este sentido, el Derecho internacional público influye de forma creciente en el ámbito del Derecho nacional, por ejemplo, a través de tratados de protección de los derechos humanos.

Es compatible con la esencia de la soberanía que el Estado se someta libremente a una limitación de su autonomía en beneficio de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o que, incluso, transfiera determinados derechos soberanos. Esto ha ocurrido, con un alcance sin igual, en el caso de la Unión Europea, a la que han sido transferidas abundantes competencias de los Estados miembros en el ámbito económico. Entre tanto, ya no hay una cuestión político-económica de relevancia que no afecte a competencias de la Unión, desde la regulación de la tecnología genética hasta la imposición de un embargo comercial contra terceros Estados.

Mientras no haya limitaciones especiales, los Estados son libres en el ejercicio de su soberanía territorial y personal. En este ámbito rige, sin embargo, la prohibición del abuso de derecho. Además, una opinión que va ganando terreno en la doctrina internacional-

²⁷⁶ V. *supra*, tema 4, nota al margen 2 a.

publicista defiende el principio de toma en consideración, que debe aplicarse especialmente en el Derecho internacional del medio ambiente, como, por ejemplo, en la construcción de centrales eléctricas fronterizas con efectos dañinos para el medio ambiente. La idea de la toma en consideración también se halla tras la ponderación de intereses en la aplicación de Derecho económico nacional a supuestos con elementos extranjeros.²⁷⁷

b) El principio de no intervención

- 4 El principio de igualdad soberana de los Estados supone que cada Estado es libre para decidir independientemente y sin presión externa, sobre su propio sistema político, económico, social y cultural.²⁷⁸ Una injerencia inadmisibles en los asuntos internos de un Estado extranjero viola el principio de no intervención.²⁷⁹ Según ello, está prohibido, por ejemplo, que un Estado regule un suceso ocurrido en el extranjero que no presente suficientes puntos de conexión con su territorio. La prohibición de intervención en los asuntos ajenos engloba también el intento de influir sobre otro Estado con medios inadmisibles, especialmente, mediante la amenaza o el uso de la fuerza.²⁸⁰ El empleo de medidas económicas de presión, por ejemplo un embargo comercial, no implica “fuerza” según la opinión mayoritaria, ya que esta noción sólo comprende medios de presión físicos.²⁸¹ Pero no deja de ser una cuestión extraordinariamente controvertida en qué medida el principio de no intervención impone límites al empleo de medidas económicas para influir sobre otro Estado; dado que la presión económica no es inadmisibles *per se*, depende, sobre todo, del peso de los intereses subyacentes del Estado y de la observancia de la proporcionalidad. El Artículo 32 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados prohíbe el empleo de medidas de coacción de este tipo,²⁸² que tengan por objeto someter a otro Estado en el ejercicio de sus derechos soberanos. Con frecuencia se recurre al principio de no intervención, desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, para oponerse a las condiciones a las que están ligadas los préstamos o prestaciones financieras similares del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, y que obligan a reformas económicas estructurales.²⁸³ Pero, dado que aquí se trata de pagos sin una pretensión concreta y preexistente, no puede fundamentarse de un modo general el reproche de que es una intervención inadmisibles en los asuntos internos del Estado receptor.

²⁷⁷ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5 c.

²⁷⁸ Al respecto, v. el art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas y sent. de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de noviembre de 1984, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports, 1984, p. 108.

²⁷⁹ Respecto a la prohibición de intervención, v. Oppermann, T., “Intervention”, en EPIL, 1995, t. II, pp. 1436 y ss.

²⁸⁰ V. art. 2.4 de la Carta de la ONU.

²⁸¹ Schröder, M.: “Non-Intervention, Principle of”, EPIL, 3/1997, pp. 619 y ss.

²⁸² United Nations Yearbook 1974, p. 402; v. *supra*, tema 3, nota al margen 3.

²⁸³ V. por ejemplo, Meng, W.: “Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States?”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 21/1988, pp. 263 y ss. y v. *infra*, tema 25, nota al margen 1.

2. Inmunidad de los Estados

Bibliografía recomendada: Fox, H.: *The Law of State Immunity*, 2.^a ed., 2008; Hafner, G., Köhler, U.: “The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *Netherlands Yearbook of International Law* 35 (2004), pp. 3 y ss.; Steinberger, H.: “State Immunity”, en: *EPIL*, t. IV (2000), pp. 615 y ss.

Del principio de igualdad soberana de los Estados se ha concluido que un Estado no está 5
sometido a la jurisdicción de otro Estado (inmunidad de los Estados). En este sentido, inmunidad significa que es inadmisibles el ejercicio de acciones judiciales (por ejemplo, derivadas de un contrato o de un acto ilícito) frente a un Estado extranjero (inmunidad de jurisdicción). Por otro lado, la inmunidad estatal impide que se ejerciten medidas coercitivas frente al patrimonio estatal, especialmente en la ejecución de decisiones judiciales (inmunidad de ejecución); la inmunidad de ejecución significa, por ejemplo, que el activo bancario de la embajada de un Estado extranjero no puede ser embargado. Pero un Estado siempre puede renunciar a invocar su inmunidad, incluso antes de que se produzca el evento que suscita su invocación. Así, semejantes declaraciones de renuncia son frecuentes en el contexto de la emisión de empréstitos estatales.²⁸⁴

Originariamente, en el Derecho internacional público consuetudinario regía el principio 6
de la inmunidad estatal absoluta, que abarcaba todos los ámbitos de la actividad estatal. Las excepciones eran restringidas (por ejemplo, el consentimiento del Estado extranjero, o la reconvencción contra el Estado, admisible si concurrían determinados requisitos). Desde hace algún tiempo, se ha impuesto una concepción limitada de la inmunidad estatal, en tanto que sólo asociada a la protección funcional de las actividades soberanas extranjeras; según esta concepción, un Estado extranjero sólo puede recurrir a la inmunidad respecto de actos soberanos (*acta iure imperii*). En el ámbito no soberano, especialmente en su participación en la vida económica general (*acta iure gestionis*), el Estado extranjero está sometido a la jurisdicción estatal como un particular. La noción de soberanía estatal limitada,²⁸⁵ ha sido admitida entre tanto en diversas leyes nacionales sobre inmunidades estatales,²⁸⁶ en el Convenio europeo de 1972 sobre inmunidad de los Estados,²⁸⁷ y en la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*UN - Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*).²⁸⁸ De hecho y desde el fracaso del comunismo en el bloque del Este, el

²⁸⁴ Respecto a empréstitos argentinos, v. *Kammergericht* Berlin, NJOZ 2004, p. 3382.

²⁸⁵ Desde hace bastante tiempo, el Tribunal Constitucional alemán también sigue el principio de la inmunidad estatal limitada, v. sent. BVerfGE t. 16, pp. 27 ss.; sent. BVerfGE t. 46, pp. 342 y ss.

²⁸⁶ V. por ejemplo, *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 (ILM, 15/1976, pp. 1388 y ss.), y *State Immunity Act* británica de 1978 (Law Reports. Statutes, 1978, pp. 715 y ss.).

²⁸⁷ ILM, 11/1972, pp. 470 y ss. (este Convenio no está en vigor en España).

²⁸⁸ UN GA Res. 59/38 (Annex), UN Dok. A/Res/59/38 (16. 12. 2004).

número de países de comercio estatal aferrados al criterio de la inmunidad absoluta sigue disminuyendo.

- 7 La adscripción de un acto estatal al ámbito de la soberanía no plantea dificultades si se trata de un ejercicio de soberanía “clásico”, por ejemplo, el uso del ejército en conflictos armados. Esta situación se puede ilustrar con un caso en el que la aviación argentina bombardeó y dañó en alta mar un barco cisterna durante la guerra de las Malvinas; frente a la demanda del propietario y del fletador del buque ante los tribunales estadounidenses, Argentina invocó con éxito la inmunidad.²⁸⁹ La delimitación entre actos soberanos y no soberanos se torna problemática en los casos en que el Estado persigue fines públicos utilizando formas del tráfico económico privado. Para estos casos, se ofrecen dos criterios de calificación: por un lado, la finalidad del acto estatal (test subjetivo) y, por otro, el objeto de una determinada transacción (test objetivo). El análisis basado principalmente en elementos subjetivos conduce fácilmente a una extensión inadecuada de la inmunidad estatal, por ejemplo, en el suministro de tabaco a ejércitos extranjeros.²⁹⁰ En el desarrollo actual del Derecho internacional público parece imponerse el examen según el cual hay que atender a la “naturaleza” del negocio jurídico o de otros actos estatales.²⁹¹ Evidentemente, una valoración “objetiva” de este tipo también debe considerar el contexto funcional correspondiente. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 establece:

Para determinar si un contrato o transacción es una “transacción mercantil” según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción (art. 2. 2).

- 8 A este respecto es decisiva la relación directa con funciones específicamente estatales; así, los fines perseguidos de forma mediata no se tendrán en cuenta. En este sentido, el suministro de material militar sirve directamente a fines soberanos, pero el suministro de tabaco al ejército no. El encargo de realizar reparaciones en el edificio de una embajada no supone el desempeño directo de funciones soberanas, sino que únicamente se trata de garantizar unas condiciones básicas y adecuadas para el ejercicio de la actividad

²⁸⁹ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation et al.*, Sent. de 23 de junio de 1989, S. Ct., 1989, t. 109, pp. 683 y ss. El Tribunal Supremo norteamericano decidió también que, según el Derecho estadounidense, los demandantes no podían alegar frente a la inmunidad de Argentina que la conducta del ejército argentino había violado el Derecho internacional público.

²⁹⁰ V. Sent. de 19 de diciembre de 1961 de la Cour de Cassation francesa (asunto *Guggenheim v. State of Vietnam*), *Clunet*, 89/1962, pp. 432 y ss.

²⁹¹ V. por ejemplo, la sección 1603 (d) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 y también la sección 3 (2) de la *State Immunity Act* británica de 1978.

diplomática.²⁹² La explotación de una central nuclear o de un laboratorio de ingeniería genética, que en muchos Estados se encuentra en manos privadas, se puede considerar una actividad no soberana cuando se trata de daños medioambientales provocados por la violación de los modernos estándares de diligencia. Sin embargo, también se puede defender otra solución, atendiendo a la especial responsabilidad del Estado respecto de riesgos técnicos de carácter especial.

Si un Estado actúa en los mercados financieros de la misma forma que una empresa privada, con el fin de mejorar su liquidez, se tiende a la inclusión de tales negocios en el ámbito no soberano (comercial); por sí sola, la finalidad pública subyacente no permite fundamentar la pretensión de inmunidad.

Así, la Corte suprema estadounidense decidió que la emisión de obligaciones en dólares americanos por parte del Banco Central de Argentina era una actividad no soberana (*commercial activity*);²⁹³ el pago en virtud del título obligacional debía realizarse en dólares, en cuentas bancarias de Estados Unidos, Alemania o Suiza. Frente a la reclamación de estas obligaciones, la Corte Suprema estadounidense negó a Argentina el recurso a la inmunidad, ya que, con la emisión de los bonos, se había presentado en el mercado como un actor privado, sin ejercitar ningún poder normativo estatal.

Las leyes de inmunidad de algunos Estados,²⁹⁴ y la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, contienen “listas negativas” de actividades que no pueden ser consideradas como soberanas (por ejemplo, contratos sobre suministro de bienes, contratos de préstamo, contratos que se deben cumplir en el foro).²⁹⁵ La Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados contiene, en su Artículo 2.1 lit. c, una definición que engloba:

- i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios;
- ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción;
- iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo.

Tampoco se puede alegar inmunidad en litigios respecto a bienes inmuebles que estén situados en el foro. En cambio, cuando se trata de bienes muebles, el tratamiento de las

²⁹² Sent. de 30 de abril de 1963, BVerfGE, t. 16, pp. 27 y ss., esp. p. 64.

²⁹³ Republic of Argentina and Banco Central de La República Argentina, v. Weltover Inc *et al.*, Sent. De 12 de junio de 1992, S. Ct. 1992, t. 112 b, pp. 2160 y ss.

²⁹⁴ V., por ejemplo, sec. 3 (3) del *State Immunity Act* británica.

²⁹⁵ V. por ejemplo los arts 4 y ss. de la Convención Europea sobre inmunidad estatal.

inmidades estatales es más matizado.²⁹⁶ Según una tendencia de creciente aceptación, pero cuestionada por el Derecho consuetudinario internacional, un Estado extranjero está también sometido a la jurisdicción de otro Estado si ha provocado ilícitamente daños a una persona presente en el Estado del foro.²⁹⁷ Tal ruptura de la inmunidad de Estados es problemática, por ejemplo, en caso de demandas alegando que una expropiación con base en las leyes de los Estados Unidos constituye una violación del Derecho internacional público.²⁹⁸

- 10 El principio de la inmunidad estatal limitada también se aplica respecto de la ejecución de los bienes de un Estado extranjero.²⁹⁹ Tal ejecución sólo es admisible si el elemento patrimonial afectado no está dedicado a fines soberanos.³⁰⁰ Si falta una adscripción a un fin concreto, por ejemplo en el caso de una cuenta bancaria de una embajada, la inmunidad estatal debería poder invocarse con éxito frente a la ejecución, siempre que el Estado no preste su consentimiento.³⁰¹ En una sentencia de 1992, el Tribunal Constitucional español –basándose en la teoría de la inmunidad de ejecución limitada– ha excluido de la ejecución bienes patrimoniales pertenecientes a una representación diplomática.³⁰² La legislación y jurisprudencia de algunos Estados exigen para la ejecución que, junto a la vinculación de los bienes a una finalidad no soberana, la utilización de los respectivos bienes esté relacionada con la actividad no soberana del Estado, de la cual resulta la pretensión a ejecutar.³⁰³ Esta exigencia de conexidad excede, sin embargo, los presupuestos del Derecho consuetudinario internacional en torno a la ejecución.³⁰⁴ Nuevas tendencias se inclinan por someter por completo el patrimonio de los bancos centrales extranjeros a la protección de la inmunidad de ejecución.³⁰⁵ Además hay que tener en cuenta las reglas sobre inmunidad de diplomáticos y cónsules, así como la protección de misiones diplomáticas, que se añaden a las reglas generales sobre las inmidades estatales. Así, establece el Artículo 22.3 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas,³⁰⁶ que

²⁹⁶ Art. 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados.

²⁹⁷ Art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados.

²⁹⁸ § 1605 Sec. 3 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* 1974, al respecto la sent. Tribunal Supremo de los Estados Unidos (As. Republic of Austria v. Altmann), U.S., vol. 541, 2004, pp. 677 y ss.

²⁹⁹ Sent. de 13 de diciembre de 1977, BVerfGE, t. 46, pp. 342 y ss. y Sent. de 12 de abril de 1983, BVerfGE, t. 64, pp. 1 y ss., con sus referencias a la jurisprudencia de otros tribunales nacionales.

³⁰⁰ Art. 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados.

³⁰¹ Sent. de 13 de diciembre de 1977, BVerfGE, t. 46, pp. 342 y ss., esp. pp. 392 y ss. y *House of Lords*, *Alcom Ltd v. Republic of Colombia*, A. C 1984, pp. 580 y ss.

³⁰² Sent. TC 107/1992, de 1 de julio, *Abbot c. Republic of South África*, Boletín de Jurisprudencia constitucional, 1992, número 135, pp. 155 y ss., esp. p. 166.

³⁰³ V. por ejemplo, la sección 1610 (a) (2) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976.

³⁰⁴ Sent. de 12 de abril de 1983, BVerfGE, t. 64, pp. 1 y ss., esp. pp. 40-41; v. también Art. 19 lit. c de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados

³⁰⁵ V. el art. 21 (1) (c) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados, y la sección 1611 (b) (1) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense.

³⁰⁶ BOE n. 21, de 24 de enero de 1968.

los locales de una misión diplomática no pueden ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución;³⁰⁷ así, la renuncia incondicionada a la inmunidad estatal probablemente no permita sin más la ejecución en los locales de la misión diplomática en cuestión.³⁰⁸

Las empresas estatales y otros entes autónomos de Estados extranjeros gozan de una inmunidad similar a la del Estado mismo, en la medida en que desempeñen funciones soberanas. En los procedimientos de ejecución, estos entes pueden invocar la inmunidad si los bienes sirven directamente a un objetivo estatal específico. Así, con respecto a la ejecución de las cuentas bancarias de la compañía petrolera estatal de Irán (*National Iranian Oil Company*), el Tribunal Constitucional alemán no admitió la alegación iraní según la cual los rendimientos de la empresa influían de forma relevante en el presupuesto nacional.³⁰⁹ 11

De especial relevancia práctica es la cuestión de si, ante una adscripción dudosa del acto estatal, o de los bienes estatales, al ámbito soberano o al no soberano, existe una especie de presunción a favor de la inmunidad extranjera. Si se trata de conductas o bienes del mismo Estado extranjero, la inmunidad estatal será la regla general y el sometimiento a la jurisdicción extranjera la excepción (*in dubio pro immunitate*).³¹⁰ Sin embargo, otra presunción debe regir respecto de las unidades jurídicas independientes, que están organizadas como sociedades de capital o utilizando formas jurídicas de Derecho privado; respecto de este tipo de empresas estatales, la adscripción a la esfera soberana del Estado (tanto desde el punto de vista de la inmunidad como respecto de la responsabilidad del Estado) requiere una fundamentación especial. 12

También las organizaciones internacionales pueden alegar la inmunidad, en cierta medida, ante los tribunales nacionales.³¹¹ En relación con el Estado de su sede, la inmunidad está, en muchas ocasiones, regulada convencionalmente. Por lo demás, se discute con qué alcance las organizaciones internacionales pueden gozar de inmunidad. Según una concepción muy amplia, la pretensión de inmunidad debe abarcar todos los actos que estén cubiertos por las funciones de la organización previstas en el tratado fundacional. Según ello, gozarían de inmunidad todas las actividades que sirvan al cumplimiento de la finalidad de la organización; la distinción entre las actividades soberanas y las comerciales devendría superflua. Por otro lado, es difícil de entender por qué una organización internacional puede invocar el no sometimiento a una jurisdicción extranjera en mayor 13

³⁰⁷ Esta protección debería también impedir el registro de una hipoteca del crédito embargado. Una opinión opuesta la sostiene el *Oberlandesgericht Köln*, NJOZ 2004, pp. 2064, esp. p. 2067.

³⁰⁸ Respecto a la renuncia a la inmunidad en el contexto de la emisión de empréstitos argentinos, v. sent. del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE, t. 117, pp. 141 y ss.

³⁰⁹ Sent. de 12 de abril de 1983, BVerfGE, t. 64, pp. 1 y ss., esp. p. 44.

³¹⁰ Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados; v. también sent. del *Oberlandesgericht Frankfurt a M.* de 4 de mayo de 1982, RIW 1982, pp. 439 y ss., esp. p. 441.

³¹¹ Wenckstern, M.: *Die Immunität internationaler Organisationen*, 1994.

grado que los Estados que la constituyeron. Ello habla a favor de que la inmunidad dependa de si la correspondiente actividad de la organización, pensada como si fuese estatal, tiene naturaleza soberana o no.³¹²

3. Los derechos humanos y su significado en el ordenamiento económico internacional

Bibliografía recomendada: Carstens, M.: Indigene kollektive Land- und Ressourcenrechte in der 'Awás Tingni-Entscheidung' des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs, VRÜ 2004, pp. 236 y ss.; Cottier, T., Pauwelyn, J., Bürgi, E. (ed.): *Human Rights and International Trade*, 2006; Dolzer, R.: Menschenrechte im internationalen Wirtschaftsrecht, en: Herdegen, M., Klein, H. -H., Papier, H. J., Scholz, R. (ed.): *Festschrift für Roman Herzog* (2009), pp. 55 y ss.; Downes, C.: Must the Losers of Free Trade Go Hungry? Reconciling WTO Obligations and the Right to Food, *Virginia Journal of International Law* 47 (2007), pp. 619 y ss.; Dupuy, P. -M., Petersmann, E. U., Francioni, F. (ed.): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009; Hoffmeister, F.: *Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft*, 1998; Hestermeyer, H.: *Human Rights and the WTO*, 2007; Mechlem, K.: Harmonizing Trade in Agriculture and Human Rights. Options for the Integration of the Right to Food into the Agreement on Agriculture, *MPYUNL* 10 (2006), pp. 127 y ss.; Ruffert, M.: "The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights", *GYIL*, 43/2000, pp. 1166 y ss.; Ruggie, J. G.: Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, *AJIL* 101 (2007), pp. 819 y ss.; Schmalenbach, K.: Multinationale Unternehmen und Menschenrechte, *AVR* 39 (2001), pp. 57 y ss.; de Schuller, O. (ed.): *Transnational Corporations and Human Rights*, 2006; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999, pp. 130 y ss.; Stoll, P. T.: "Handel und Menschenrechte in der internationalen Ordnung", en: *Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 1019 y ss.; Tomuschat, C.: *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2003; Wolfrum, R.: The Protection of Indigenous Peoples, *ZaöRV* 59 (1999), pp. 369 y ss.

- 14 De gran importancia es la incidencia que tienen sobre el orden económico nacional los derechos humanos reconocidos por el Derecho internacional. El estándar consuetudinario de los derechos humanos (con la garantía de un espacio de libertad "existencial"), los convenios universales de derechos humanos (como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966), y los acuerdos regionales sobre derechos humanos (por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y sus protocolos adicionales) aseguran la posición del individuo como titular responsable

³¹² V. § 288 (a) de la *International Organisations' Immunity Act* estadounidense de 1945 y sent. Corte Cassazione italiana, de 18 de octubre 1982, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1983, pp. 187 y ss.

de derechos subjetivos. De forma similar a lo que sucede respecto de la protección de los derechos fundamentales en el plano constitucional, la protección internacional de los derechos humanos no se limita a la estrecha esfera privada, sino que también se extiende a la actividad empresarial. Además, las garantías sociales y los derechos colectivos, como la libertad de asociación, influyen también de forma determinante en el orden económico y laboral. Sin embargo, la influencia de los “derechos humanos clásicos” sobre la vida económica aún no se reconoce hoy en día en toda su extensión.

Suscitan viva discusión las implicaciones comerciales del derecho a una alimentación adecuada, garantizado en el Artículo 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. En conexión con el derecho a la propiedad intelectual y la producción de medicamentos genéricos para abastecer de los mismos a países en vías de desarrollo, se menciona el derecho a la salud recogido en el Artículo 12 del mismo Pacto. Sin embargo, de ellos no se derivan pretensiones interestatales contra países industrializados o empresas multinacionales.

Donde más claramente se destaca la relación entre las libertades y la vida económica es en aquellos convenios de derechos humanos que se basan en la fuerte homogeneidad política y económica de los Estados contratantes. 15

Un ejemplo interesante de la expansión “dinámica” de las libertades tradicionales lo constituye la derivación de la libertad de radiodifusión a favor de los particulares, a partir de la libertad de expresión recogida en el Artículo 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH).³¹³ En vista del moderno desarrollo técnico, sería incompatible con tal libertad la existencia de un monopolio estatal en materia de radio y televisión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) ha decidido, en una reciente sentencia, que el monopolio de la radiodifusión ejercido por la emisora estatal austriaca, y la prohibición de establecimiento y funcionamiento de estaciones privadas de radio y televisión, son incompatibles con el Artículo 10 del CEDH.³¹⁴

El libre desarrollo de la personalidad presupone las condiciones materiales para la realización del proyecto de vida individual; aquí radica el significado del derecho a la propiedad privada como tal derecho humano. Sin embargo, en el Derecho consuetudinario internacional tradicional sólo se protege la propiedad privada de los extranjeros. La heterogeneidad ideológica en la comunidad de Estados (también a causa de la influencia de la doctrina marxista-leninista en muchos de ellos) ha frenado durante mucho tiempo un reconocimiento universal de la libertad patrimonial como derecho humano.³¹⁵ Con la caída de los 16

³¹³ Sent. Tribunal Europeo Derechos Humanos (TEDH), As. Groppera Radio AG, serie A, t. 173, 1990, §§ 57 y ss.

³¹⁴ Sent. TEDH, Asunto Informationsverein Lentia v. Austria, serie A, Human Rights Law Journal 15/1994, pp. 36 y ss.; EuGRZ 1994, pp. 549 y ss.

³¹⁵ Al respecto, v. Dolzer, R.: *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985.

sistemas socialistas en el Este de Europa se ha iniciado también en estos países una nueva evolución.

El Tribunal Constitucional alemán acierta, no obstante, con su actitud de reserva ante las propuestas de derivar del Derecho consuetudinario internacional un derecho humano a la propiedad privada.³¹⁶

- 17 En el plano convencional, la propiedad privada como derecho humano, no sólo a favor de los extranjeros, está protegida especialmente en el Artículo 1 del Primer Protocolo adicional del CEDH. La jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo exige que en la expropiación de los propios nacionales se dé una indemnización que suponga un equilibrio razonable entre los intereses individuales y el bien general.³¹⁷ Aunque la indemnización pertinente en caso de expropiaciones sectoriales no necesita alcanzar el valor de mercado del bien afectado,³¹⁸ la exigencia de indemnización adecuada actúa como contrapeso frente a la tentación de utilizar la expropiación de todo un ramo de empresas como instrumento para lograr una reestructuración radical de la economía.
- 18 Ciertas actividades económicas, como la extracción de recursos minerales, provocan conflictos con los intereses de la población local en muchos países. Piénsese en los perjuicios a los derechos humanos de grupos indígenas y otros pueblos tribales con formas propias de vida, reconocidos en varios convenios. En este contexto, la protección de la propiedad privada juega un papel destacado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó en el asunto *Mayagna (Sumo), Awas Tingni Community v. Nicaragua*,³¹⁹ la importancia que tiene este derecho para los grupos indígenas y otras comunidades tribales, en la medida en que es la base tanto de su existencia económica como de su vida cultural:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben

³¹⁶ Tribunal Constitucional alemán, sent. BVerfGE 112, pp. 1 y ss., en esp. p. 32 y ss.

³¹⁷ Sent. TEDH, Asunto Sporrang y Lönnroth v. Schweden, serie A, vol. 52, §§ 69 z ss. = EuGRZ 1983 pp. 523 y ss.; TEDH, Asunto Lithgow v. United Kingdom, serie A, vol. 102 (1986), §§ 120 y ss.

³¹⁸ Sent. TEDH, Asunto Lithgow, serie A, vol. 102, 1986, §§ 121-122.

³¹⁹ Corte Interamericana de Derechos humanos, serie C, vol. 79 (2001); v. también Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, serie C, vol. 146 (2006). Respecto de la relación entre la protección convencional de los derechos humanos y los tratados de protección de inversiones, v. apartado 140.

gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.³²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió en este asunto que la concesión de un permiso de deforestación en el territorio de una comunidad indígena constituía una violación de su derecho a la propiedad (art. 21), y de otros derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos; a pesar de que la propiedad de tales comunidades está reconocida en la Constitución de Nicaragua, no fue respetada de manera adecuada.

En el asunto *Saramaka People v. Suriname*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuye un alcance más amplio al derecho de las comunidades indígenas a la propiedad; el Alto Tribunal extendió este derecho al uso tradicional de los recursos terrestres y subterráneos, habida cuenta de la relevancia del uso de la tierra en la supervivencia económica y cultural de las comunidades tribales:

debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el Artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al Artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos.³²¹

Sin embargo, la tutela convencional de la propiedad sobre áreas tradicionales de asentamiento no es absoluta, y no prohíbe totalmente la concesión de permisos para la deforestación o la explotación minera. Concretamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige tres requisitos para que sea admisible la intervención en la propiedad indígena, a través de la explotación de sus recursos naturales por terceros:

³²⁰ Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, serie C, vol. 79 (2001), apartado 149.

³²¹ Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto *Pueblo Saramaka v. Suriname*, serie C, vol. 172 (2007), apartado 122.

- La efectiva participación de la comunidad afectada en las decisiones sobre el uso de la tierra
- la adecuada repartición de los beneficios obtenidos
- la evaluación previa de su compatibilidad con el medio ambiente y la sociedad.³²²

Citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido condiciones estrictas para privar de su territorio a grupos indígenas en el asunto *Endorois Welfare Council v. Kenya*; en el caso concreto, con el fin de establecer un parque natural protegido. Según la Comisión, la protección de la propiedad en el marco del Artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos requiere:

- un control estricto de la proporcionalidad de la medida
- una consulta previa de la población afectada y
- una compensación adecuada.³²³

Con su fallo, la Comisión Africana de Derechos Humanos extendió el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales (art. 21 de la Carta Africana de Derechos), para incluir también a aquellos recursos cuya utilización no está relacionada con formas tradicionales de vida, en el caso concreto, la explotación de rubíes. Por ende, según la Comisión, la explotación de tales recursos por terceros requiere el pago de compensación.³²⁴

En el asunto *Sawhoyamaxa*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la relación entre la protección convencional de los derechos humanos y los acuerdos de protección de inversiones, constatando la primacía de los derechos humanos.³²⁵

La inadecuada tutela de la salud y del medio ambiente, y aún más el empleo de medidas de intimidación, o incluso violencia represiva, por parte de las fuerzas estatales de seguridad, son factores que conducen con frecuencia a la violación de los estándares mínimos de derechos humanos.

- 19 El asunto *Ogoni*, que fue planteado ante la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, ofrece material muy amplio para ilustrar violaciones de derechos humanos de este tipo.³²⁶

³²² Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto Pueblo Saramaka v. Suriname, apartado 129.

³²³ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, ILM, 49 (2010), p. 861 y ss., apartados 174 y ss.

³²⁴ Centre for Minority Rights Development v. Kenya, apartados 252 y ss.

³²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto Comunidad indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, serie C, vol. 146 (2006), apartado 140.

³²⁶ The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic, and Social Rights v. Nigeria, www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html. Al respecto Coomans, F.: "The Ogoni Case before the African Commission on Human and People's Rights", ICLQ 52 (2003), pp. 749 y ss.

El caso concierne a la extracción de petróleo por un consorcio nigeriano-europeo en la región habitada por el pueblo Ogoni, en Nigeria. El antiguo gobierno militar no había llevado a cabo ninguna evaluación fiable e independiente del impacto ambiental y social del proyecto. La extracción del petróleo resultó, según lo determinado por la Comisión, en contaminación grave del aire, agua y suelo, causando perjuicios a la salud humana. Además, los procesos de decisión del Estado se realizaron sin la participación del pueblo Ogoni. Las fuerzas de seguridad nigerianas destruyeron casas y hasta pueblos enteros de los Ogoni; los residentes que querían volver a sus asentamientos fueron maltratados y, en algunos casos, asesinados. La Comisión constató violaciones de varias de las garantías de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (por ejemplo, del derecho a la salud, art. 16, el derecho colectivo a un *generally satisfactory environment*, art. 24, el derecho de los pueblos a decidir de forma autónoma sobre el uso de sus recursos naturales, art. 21, el derecho a la propiedad, art. 14, y el derecho a la protección de la familia, art. 18. 1). No le correspondió a la Comisión decidir acerca de una posible corresponsabilidad de las empresas petrolíferas privadas. Pero merece atención, en este contexto, la demanda contra el grupo Shell presentada por familiares de activistas en derechos humanos de la región de los Ogoni, y el subsiguiente acuerdo transaccional,³²⁷ por el cual Shell se comprometió a unos pagos considerables.³²⁸

Entre tanto, el tema de los derechos humanos ha adquirido una dimensión considerable en los acuerdos de cooperación e integración económica. Los acuerdos de la Unión Europea con países en vías de desarrollo o emergentes listan entre sus objetivos el del respeto a los derechos humanos.³²⁹ 20

El Tratado de la Comunidad Surafricana de Desarrollo (*South African Development Community*, en adelante *SADC*) compromete a este organismo al respeto de los derechos humanos, la democracia y los principios del Estado de Derecho. Además, contiene el compromiso de los Estados miembros a abstenerse de adoptar cualquier medida que ponga en peligro la esencia de los principios acordados o la realización de los objetivos del Tratado (art. 6.1). 21

En el asunto *Campbell v. Republic of Zimbabwe*, el Tribunal de la *SADC* ha interpretado el Artículo 4 lit. c del Tratado en el sentido de que los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva y un proceso justo frente a intervenciones estatales que perjudiquen derechos individuales.³³⁰ Según el Tribunal, el respeto debido a los de-

³²⁷ El acuerdo transaccional ha sido publicado en el sitio web http://wiwavshell.org/documents/Wiwa_v_Shell_SETTLEMENT_AGREEMENT.Signed.pdf.

³²⁸ V. *supra*, tema 4, nota al margen 2 h.

³²⁹ V. Hoffmeister, F.: *Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft*, 1998.

³³⁰ Tribunal de la SADC, asunto Mike Campbell and others v. Republic of Zimbabwe, ILM, 48/2009, pp. 530 y ss.

rechos humanos implica la prohibición de discriminaciones por razón de raza, incluidas discriminaciones de hecho. Por ello, el Tribunal consideró violación del Tratado de la *SADC* el cambio en la Constitución de Zimbabwe dirigido a expropiar a hacendados blancos, privándoles de protección judicial.

En el Tratado de la Comunidad Económica de África Occidental (*Economic Community of West African States, ECOWAS*), los Estados miembros profesan su reconocimiento a los derechos humanos y de los pueblos, así como su voluntad de promoverlos y protegerlos, de acuerdo con la Carta Africana de los Derechos humanos y de los Pueblos (art. 4 lit. g). Los particulares pueden recurrir al Tribunal de la Comunidad por la violación de los derechos humanos (art. 10 lit. d del Protocolo suplementario relativo al Tribunal de la *ECOWAS*), tal y como ya ha ocurrido en el caso *Koraou v. The Republic of Niger*, sobre formas tradicionales de esclavitud femenina en el Níger.³³¹

4. Derecho de extranjería y protección diplomática

Bibliografía recomendada: Amerasinghe, C. F.: *Diplomatic Protection*, 2008; Doehring, K.: *Die Pflicht des Staates zur Gewährleistung diplomatischen Schutzes*, 1959; *id.*: “Aliens, Admission”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 109 y ss.; Dolzer, R.: *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985; Frowein, J. A. *et al.* (ed.): *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, 1987; Hailbronner, K. (ed.): *Die Allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts*, 2000; Ress, G., Stein, T. (ed.): *Diplomatischer Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996; Geck, W. K.: “Diplomatic Protection”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 1045 y ss.; V. las referencias del tema 20.

- 22 El Derecho de extranjería contiene normas jurídicas sobre la situación de personas que se hallan en un Estado cuya nacionalidad no poseen, es decir, nacionales de Estados extranjeros y apátridas. El poder normativo de un Estado es menos intenso respecto de los extranjeros que frente a sus propios nacionales. En particular, un Estado, al conceder determinados derechos, puede diferenciar entre sus propios nacionales y los extranjeros.
- 23 En el tratamiento de sus propios nacionales y desde la perspectiva del Derecho internacional público, un Estado sólo tiene que atender a los derechos humanos que resultan del Derecho consuetudinario internacional y de convenios particulares (como por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), y que tienen por objeto proteger a cualquier persona. Por el contrario, cada Estado tiene que cumplir respecto de los extranjeros con un estándar mínimo internacional, que en algunos sectores ofrece un nivel de protección superior al derivado de los derechos humanos universales. De hecho, el estándar mínimo internacional, en su articulación clásica, sólo protege frente a un trato indigno, que ignore de forma grosera las

³³¹ Fallo n. ECW/CCJ/JUD/06/08, del 27 de octubre de 2008.

costumbres internacionales (*outrageous treatment*). En este sentido, en 1926 una comisión arbitral mexicano-estadounidense estableció en el asunto *Neer Claim*, unos requisitos muy estrictos para constatar la violación de dicho estándar mínimo:

*(...) the treatment of an alien in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from the deficient execution of a reasonable law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.*³³²

La práctica reciente de los tribunales de arbitraje considera, sin embargo, que ya no es suficiente esta definición clásica, centrada en una falta de consideración manifiesta, grosera y malévola de los estándares civilizados.³³³ Así, llamado a pronunciarse en el asunto *Mondev International v. United States*,³³⁴ en materia de protección de inversiones, el tribunal arbitral del CIADI parte de que el estándar mínimo ha evolucionado:

Neer and like arbitral awards were decided in the 1920s, when the status of the individual in international law, and the international protection of foreign investments, were far less developed than they have since come to be. In particular, both the substantive and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable development. In light of these developments it is unconvincing to confine the meaning of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' of foreign investments to what those terms—had they been current at the time—might have meant in the 1920s when applied to the physical security of an alien.

Los tratados de inversiones modernos contienen por regla general cláusulas que permiten al inversor incoar de inmediato el procedimiento arbitral previsto.

En concurrencia con el estándar mínimo del Derecho de extranjería, sobre todo en La- 24
tinoamérica, se ha defendido la igualdad de trato respecto a los nacionales, lo que trae consigo oscilaciones al alza y a la baja frente al estándar mínimo invariable. Este concepto, que fue concebido por el internacionalista argentino Carlos Calvo, aspira a la equiparación entre los extranjeros y los propios nacionales.³³⁵ No ha podido, en cualquier caso, imponerse de forma general.

³³² US – Mexican General Claims Commission, *United States v. Mexico*, RIAA 4 (1926), p. 60.

³³³ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2 e.

³³⁴ CIADI, asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ILM, 42 (2003), pp. 85 y ss.

³³⁵ V. por ejemplo García Amador, F. W.: “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en: EPIL, t. I, 1992, pp. 512 y ss.; Shea, D. R.: *The Calvo Clause*, 1955.

Cabe señalar que la doctrina Calvo vuelve a ser apreciada en algunos países de América Latina. Así, el Artículo 301 de la Constitución Venezolana de 1999 prohíbe que las personas naturales y jurídicas extranjeras reciban un trato más beneficioso que el establecido para las nacionales (frase segunda). Además, consagra el principio de trato igual entre inversiones extranjeras y domésticas (frase tercera).

De forma similar, se establece en el Artículo 320 de la Constitución de Bolivia de 2009 que:

II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.

Entre tanto, el estándar mínimo del Derecho de extranjería ha perdido importancia, a raíz de la intensificación de la protección de los derechos humanos en convenios internacionales. No obstante, la posición jurídica especial del extranjero frente a la expropiación sigue siendo importante. Según el Derecho consuetudinario internacional, un Estado sólo puede privar de bienes patrimoniales a nacionales extranjeros si se dan determinados presupuestos, entre los que se cuenta especialmente el de la indemnización apropiada.³³⁶

- 25 Según el estándar mínimo internacional, el extranjero está sometido a una protección especial. A la inversa, los Estados también pueden reservar determinados derechos a sus propios nacionales, como, por ejemplo, la participación política o la posibilidad de adquirir inmuebles. En principio, un Estado tampoco está obligado a autorizar la residencia de nacionales extranjeros. En la práctica estatal existe una pluralidad de convenios, que, excediendo el Derecho de extranjería general, mejoran la posición jurídica de los nacionales de un Estado contratante en lo referido a su residencia en otro Estado, y les aseguran los mismos derechos que los que gozan los nacionales. Acuerdos de este tipo se hallan sobre todo en tratados de amistad, comercio y navegación, que en el pasado desempeñaron un papel relevante en la práctica estatal.³³⁷ Típico de tales tratados es la garantía del derecho de establecimiento y la protección de la propiedad privada, jugando un importante papel en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y arbitrales. Hoy en día, sin embargo, el clásico tratado de amistad ha sido reemplazado en la protección de la propiedad de los extranjeros por acuerdos especiales de inversión.³³⁸

³³⁶ V. *infra*, tema 20, nota al margen 1.

³³⁷ Blumenwitz, D.; "Treaties of Friendship, Commerce and Navigation", en EPIL, t. IV, 2000, pp. 953 y ss.

³³⁸ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

En el supuesto de que un Estado otorgue, por acción u omisión, a un extranjero un trato contrario al Derecho internacional, el Estado de origen del extranjero podrá hacer valer la violación del Derecho internacional público frente al primer Estado, por medio de la protección diplomática. La protección diplomática de las sociedades se rige por su nacionalidad (determinada por la teoría de la constitución –*Gründungstheorie*– o la teoría de la sede real –*Sitztheorie*–).

El proyecto de la *International Law Commission* para una convención sobre protección diplomática considera que, por regla general, el Estado de origen es el Estado bajo cuyas leyes la sociedad ha sido fundada.³³⁹ En el caso de que no sea Estado de origen de acuerdo con la definición reseñada, el Estado de la sede real no puede brindar protección diplomática a la sociedad, salvo en casos excepcionales y siempre que el centro de sus intereses principales se sitúe allí (art. 9 del proyecto de la ILC):

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.

Así y en caso de medidas contra una sociedad con personalidad jurídica propia, la protección diplomática generalmente sólo puede ser concedida por su Estado de origen. La razón es que los únicos derechos afectados son los de la sociedad, y no los de sus propietarios (por ejemplo, accionistas), como puso en relieve la Corte Internacional en el asunto *Barcelona Traction*:

*Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected.*³⁴⁰

De manera excepcional puede permitirse el recurso directo frente a los socios (“levantamiento del velo corporativo”), en particular en caso de liquidación de la sociedad, o cuando ésta ha perdido por completo su capacidad de actuar.³⁴¹

El Estado de origen de los accionistas, u otras personas con derechos de propiedad en una sociedad de capital, puede brindar protección diplomática, sin importar la nacio-

³³⁹ UN-Doc. A/61/10, *Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)*, pp. 16 y ss.

³⁴⁰ Corte Internacional de Justicia, asunto *Belgium v. Spain*, ICJ Reports 1970, p. 3, p.36, apartado 46; v. también *supra*, tema 3, n. marg. 61.

³⁴¹ Corte Internacional de Justicia, *Belgium v. Spain*, p. 36, apartado. 46 y ss.; p. 40, apartados 64 y ss.

alidad de la sociedad, cuando la posición legal de dichas personas goce de protección convencional especial. En este sentido, las disposiciones convencionales de protección de inversiones comprenden también participaciones en compañías y constituyen el fundamento de la protección diplomática por parte del Estado de origen de los accionistas. En este orden de ideas, en el asunto *ELSI*,³⁴² la Corte Internacional tuvo que interpretar un tratado bilateral de amistad, para juzgar la conducta del Estado italiano frente a la filial italiana insolvente de una empresa estadounidense. Según el proyecto de la *International Law Commission* para una Convención sobre protección diplomática, adoptado en 2006, el Estado de origen de los accionistas puede, de manera excepcional, conceder protección diplomática frente a otro Estado, cuando la sociedad perjudicada tiene la nacionalidad de este último Estado y su constitución ha sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en su territorio (art. 11 lit. b).

Cuando un Estado perjudica de manera directa a los socios extranjeros de una sociedad registrada en su territorio, por ejemplo, desconociendo sus derechos de participación o su pretensión al pago de dividendos, el Estado de origen del socio puede brindar protección diplomática. Así se pronunció la Corte Internacional en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*:³⁴³

The exercise by a State of diplomatic protection on behalf of a natural or legal person, who is associé or shareholder, having its nationality, seeks to engage the responsibility of another State for an injury caused to that person by an internationally wrongful act committed by that State. Ultimately, this is no more than the diplomatic protection of a natural or legal person as defined by Article 1 of the ILC draft Articles; what amounts to the internationally wrongful act, in the case of associés or shareholders, is the violation by the respondent State of their direct rights in relation to a legal person, direct rights that are defined by the domestic law of that State, as accepted by both Parties, moreover. On this basis, diplomatic protection of the direct rights of associés of a société privée à responsabilité limitée or shareholders of a public limited company is not to be regarded as an exception to the general legal régime of diplomatic protection for natural or legal persons, as derived from customary international law (aaO, para. 21).

Entre los medios de la protección diplomática se cuentan, por ejemplo, la protesta, la retorsión (comportamiento “no amistoso”, como la limitación de las relaciones comerciales) y la represalia (una contramedida que en sí misma contradice al Derecho internacional, pero que se justifica al ser una reacción proporcionada, por ejemplo, frente al incumplimiento de obligaciones contractuales, o al bloqueo de activos extranjeros). Como ya se ha dicho, los Estados de la sede o de la constitución están autorizados a ejercitar la

³⁴² ICJ Reports 1989, p. 15.

³⁴³ Corte Internacional de Justicia, asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* (Preliminary objections), ILM, 46/2007, pp. 712 y ss., apartado 21.

protección diplomática respecto de las sociedades de su nacionalidad.³⁴⁴ Requisito esencial para la protección diplomática es que se hayan agotado los recursos legales existentes en el Estado de residencia (*local remedies rule*).

Como consecuencia de la agresividad de los poderes europeos en la protección de sus ciudadanos en el pasado, y bajo la influencia de la doctrina del internacionalista Calvo, muchos países latinoamericanos solían rechazar el concepto de protección diplomática. La expresión concreta de este rechazo es la reivindicación de que los inversores extranjeros renuncien a su derecho a la protección diplomática por su Estado de origen, y se limiten a la protección judicial concedida por los tribunales del Estado receptor (cláusula Calvo).³⁴⁵

El Artículo 320.2 de la nueva Constitución de Bolivia muestra que esta animosidad frente a la protección diplomática sigue muy viva en algunos países.

Sin embargo, la doctrina Calvo no ha podido implementarse completamente en Derecho internacional, en particular, porque la renuncia a la protección diplomática no es oponible al Estado de origen de los nacionales afectados. En el asunto *North American Dredging Company of Texas*, una comisión arbitral mixta llegó a la conclusión de que la sujeción contractual al Derecho sustantivo mexicano y a la jurisdicción exclusiva de los tribunales mexicanos y la renuncia a la protección diplomática, sólo tiene efectos con respecto a reclamaciones fundadas en el contrato celebrado. En consecuencia, la cláusula de renuncia no puede excluir la protección diplomática en caso de violación de estándares de Derecho internacional público (*denial of justice*).³⁴⁶ Sin embargo, no se le puede negar sin más a un inversor extranjero la posibilidad de disponer de sus pretensiones frente al Estado receptor. Conforme a una nueva opinión doctrinal, esto sucede, en particular, cuando el Estado de origen hace valer la pretensión de su nacional por medio de la protección diplomática, a modo de “legitimación indirecta”. Por otro lado, recientes acuerdos de protección de inversiones con países latinoamericanos muestran la influencia decreciente de la doctrina Calvo; los convenios modernos de protección de inversiones suelen someter la resolución de disputas entre inversor y Estado receptor al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), u a otros mecanismos arbitrales internacionales.³⁴⁷ El sometimiento contractual de un inversor a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado receptor suele ser objeto de interpretación restrictiva.³⁴⁸

No obstante, algunos gobiernos suramericanos se han distanciado de la protección convencional a las inversiones: el convenio relativo al CIADI fue rescindido por Bolivia en 2007, y por Ecuador en 2009.

³⁴⁴ Respecto de la protección diplomática de sociedades, v. *supra*, tema 4, nota al margen 2 h.

³⁴⁵ García Amador, F. W.: “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en: EPIL, t. I, 1992, pp. 512 y ss.; Shea, D. R.: *The Calvo Clause*, 1955.

³⁴⁶ V. US-Mexican Claims Commission, *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States*, RIAA, t. IV, pp. 26 y ss. (esp. 27 y ss.).

³⁴⁷ V. *infra*, tema 9, notas al margen 1 y 2, y tema 23, nota al margen 5.

³⁴⁸ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2 i.

Tema 8

El Derecho internacional público del medio ambiente y las relaciones económicas internacionales

Bibliografía recomendada: Beyerlin, U., Marauhn, T: *International Environmental Law*, 2010; Bloch, F.: *Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz*, 2007; Bodansky, D., Bruneel, B., Hey, E.: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007; van Bossche, P.: *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2008; Bowman, M., Redgwell, C. (ed.): *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, 1996; Campiglio, L., Pineschi, L., Siniscalco, D., Treves, T. (ed.): *The Environment after Rio. International Law and Economics*, 1996; Dolzer, R.: “Konzeption, Finanzierung und Durchführung des globalen Umweltschutzes”, en Götz, V., Selmer, P., Wolfrum, R.: (ed.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, 1998, pp. 37 y ss.; *id.*, Kreuzer, K., Kunig, P., Lagoni, R., Lang, W., Schack, H.: “Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 32, 1991; Dolzer, R., Thesing, J. (ed.): *Protecting Our Environment*, 2000; Epiney, A.: *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2.^a ed., 2005; Guruswamy, L. D., Palmer, G. W. R., Weston, B. H.: *International Environmental Law and World Order*, 2.^a ed., 1999; Holstein, C.: *Der Umweltschutz in der Tätigkeit der Weltbankgruppe*, 2001; Kellersmann, B.: *Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt*, 2000; Kiss, A. C., Shelton, D.: *International Environmental Law*, 2.^a ed., 2000; Kloepfer, M.: *Umweltrecht*, 3.^a ed., 2004, pp. 286 y ss.; McConnell, F.: *The Biodiversity Convention. A Negotiating History*, 1996; Randelzhofer, A.: “Umweltschutz im Völkerrecht”, *Jura* 1992, pp. 1 y ss.; Sands, Ph.: *Principles of International Environmental Law*, 2003; Schoenbaum, T.J.: “International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation”, *AJIL*, 91/1997, pp. 268 y ss.; Wolfrum, R. (ed.): *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, 1996.

- 1 Un examen normativo de la moderna vida económica no puede obviar a día de hoy los condicionantes impuestos por el Derecho ambiental. La protección de los elementos vitales naturales es también reconocida de modo progresivo en el plano interestatal, como un bien que no puede quedar relegado a un plano secundario frente a la mejor distribución posible de los recursos y el incremento de la productividad.
- 2 Las disposiciones legales para la protección del medio ambiente influyen de manera decisiva sobre las condiciones marco de la actividad empresarial, especialmente en la creación y en el funcionamiento de instalaciones que producen bienes o energía. En el caso de centrales nucleares o establecimientos de ingeniería genética, las condiciones de autorización y la valoración respectiva de los intereses medioambientales juegan un papel decisivo en la elección del lugar de emplazamiento en el plano nacional e internacional. Por ejemplo, en el ámbito de la ingeniería genética, la industria química, o farmacéutica, alemana lleva mucho tiempo haciendo notar que las estrictas normas legales y su lenta

ejecución administrativa hacen que el traslado de las instalaciones de investigación y producción a Estados Unidos y otros países aparezca como una alternativa atractiva.

Desde hace tiempo, la Unión Europea dispone de un título competencial especial en materia de protección del medio ambiente (arts. 191 y ss. TFUE). Además, su competencia para la aproximación de las legislaciones que incidan en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior tiene una importante dimensión medioambiental (arts. 114-115 TFUE). Ello es así porque los estándares medioambientales en la fase de producción, o en la comercialización de determinados bienes (por ejemplo, medicamentos), contribuyen a determinar las condiciones de la competencia en cada uno de los Estados miembros. Hoy en día, el ámbito de la ingeniería genética, por ejemplo, está extraordinariamente influido por el Derecho de la Unión Europea, a través de las Directivas sobre la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, o en materia de liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.³⁴⁹ A través de ellas, se han eliminado en gran medida las diferencias existentes dentro de la Unión Europea respecto a los requisitos de investigación y producción. Sin embargo, en el marco de las normas del Derecho de la Unión Europea, sigue siendo importante el margen de discrecionalidad de que dispone el legislador nacional (como ocurre en la ley alemana de ingeniería genética). Esta discrecionalidad incide, por ejemplo, en la decisión empresarial sobre el emplazamiento de la empresa, sea en atención a estándares legítimos de protección ambiental, sea por razón de restricciones “caseras” a la investigación y producción.

Las restricciones a la importación juegan un papel relevante en tanto que vehículos para imponer planteamientos de regulación ambiental. El Artículo 36 TFUE admite restricciones (proporcionadas y no discriminatorias) en el tráfico de mercancías,³⁵⁰ para proteger la salud y la vida de las personas y animales, y la preservación de los vegetales. Frecuentemente, es difícil resolver la cuestión de si las restricciones a la importación basadas en la protección medioambiental son compatibles con las reglas del GATT y otras disposiciones de la OMC sobre la liberalización del comercio mundial. En esta materia, son sobre todo problemáticos los obstáculos al comercio que no se refieren a los métodos de explotación, ni al proceso de producción. Un ejemplo lo constituye la prohibición de importar pescado, que se dirige contra determinados métodos de captura (reprobables por motivos ecológicos); para lograr su justificación conforme al Artículo XX del GATT, han de exigirse severos requisitos.³⁵¹

³⁴⁹ Al respecto, v. Herdegen, M.: *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. I, parte 3, I. 1., 1 a., 2.

³⁵⁰ V. *infra*, tema 12, nota al margen 2 a).

³⁵¹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 7.

1. Derecho internacional público aplicable a las relaciones de vecindad

- 5 En el Derecho internacional de las relaciones de vecindad, se ha impuesto la concepción de que, respecto de las cargas medioambientales transfronterizas, los Estados no pueden disfrutar en su territorio de una libertad absoluta. Más bien, de acuerdo con el principio de la soberanía limitada, un Estado no debe adoptar medidas en su territorio, o admitir actuaciones privadas, de las que pueda resultar la generación de perjuicios graves contra el equilibrio ecológico, u otros daños relevantes al medio ambiente, en el territorio de un Estado vecino. Este principio ha sido reconocido en algunos laudos arbitrales internacionales;³⁵² se trata de un deber de respeto en las relaciones de vecindad entre Estados, que requiere en cada caso de ponderación y de atención a las circunstancias concretas. En el asunto *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay), la Corte Internacional de Justicia requirió una evaluación de impacto ambiental antes de poner en funcionamiento un establecimiento situado en un río fronterizo. Para la Corte, este requisito no sólo se deriva de deberes convencionales de cooperación, sino que representa, además, una concretización del principio de respeto recogido en el Derecho consuetudinario internacional:³⁵³

(T)he obligation to protect and preserve ... has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource.

- 6 En el Derecho consuetudinario internacional, se reconoce que los Estados están sujetos a un deber de respeto, en particular en materia de construcción y explotación de instalaciones con efectos transfronterizos, y deben evitar las injerencias graves en el medio ambiente del Estado vecino. Respecto de las actividades muy peligrosas (*ultra-hazardous activities*), se abre paso una tendencia a favor de admitir una responsabilidad objetiva, independiente de la culpa, que se fundamente en el riesgo generado. Según ella, la Unión Soviética sería responsable por los daños que causó la catástrofe nuclear de Chernóbil, con independencia de su culpa.
- 7 Una cuestión importante es la que se refiere al efecto de las autorizaciones estatales respecto de establecimientos desde los que se genera contaminación medioambiental trans-

³⁵² V. Sent. arbitral as. del lago Lanós (lago pirenaico situado en Francia que desaguaba en un afluente del Ebro), RIAA, t. XII, p. 281, y, al respecto, v. Rauschnig, D.: "Lac Lanoux Arbitration", en EPIL, t. III, 1997, pp. 111 y ss. También v. Sent. arbitral as. Trail Smelter (contaminación atmosférica provocada por una fundición canadiense en territorio de Estados Unidos), RIAA, t. III, p. 1905. Al respecto, v. Madders, K.J.: "Trail Smelter Arbitration", EPIL, t. IV, 2000, pp. 900 y ss.

³⁵³ Corte Internacional de Justicia, sent. de 20 de abril de 2010, asunto Pulp Mills on the River of Uruguay (Argentina v. Uruguay), apartado 204.

fronteriza. En muchos ordenamientos nacionales, el hecho de que un establecimiento que emita determinadas sustancias disponga de una autorización válida, conduce a que el vecino deba tolerar la explotación del establecimiento. Sin embargo, ante daños transfronterizos, un vecino extranjero no tiene por qué dejar que en su país –por ejemplo, en una demanda contra el explotador– se le oponga sin más esta autorización; la decisión sobre ésta tomada por un Estado no vincula, en principio, a las autoridades y tribunales del vecino.

Estos problemas se pueden ilustrar con el proceso sobre la salinización de las aguas del Rin, iniciado por floricultores de tulipanes holandeses contra empresas de potasa francesas.³⁵⁴ Ante los tribunales holandeses, las empresas responsables de la salinización no pudieron alegar con éxito el permiso de vertidos concedido por el Estado francés.

Otro problema lo constituye la legitimación de vecinos extranjeros para participar en, y reclamar frente a, la concesión de licencias nacionales en materia de inmisiones. Sobre la base de la noción de “buena vecindad”, el Tribunal Federal Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) ha reconocido que, en el proceso de autorización de una central nuclear cerca de la frontera holandesa, un holandés puede alegar estándares de protección individual contenidos en la ley alemana de energía atómica, y plantear una demanda frente a la autorización.³⁵⁵

Una solución satisfactoria sólo se puede alcanzar, con carácter general, por la vía de un convenio internacional entre los Estados implicados. Un acuerdo de esta naturaleza es, por ejemplo, el celebrado entre la República Federal Alemana y Austria, en torno al funcionamiento del aeropuerto de Salzburgo, situado cerca de la frontera alemana.³⁵⁶

2. El concepto de “desarrollo sostenible”

Bibliografía recomendada: Boyle, A., Freestone, D.: *International Law and Sustainable Development*, 2001; Gintner, K., Denters, E., de Waart, P.: *Sustainable Development and Good Governance*, 1995; Voigt, C.: *Sustainable Development as a Principle of International Law*, 2009.

La reivindicación a favor de un desarrollo responsable, que atienda a intereses ambientales, se ha reflejado en el concepto de “desarrollo sostenible” (*sustainable development*). Tras esta fórmula se recoge la demanda de conciliar, por un lado, el desarrollo económico (con un aumento del bienestar basado en incrementos productivos) con, por otro lado, el trato cuidadoso a los recursos naturales. El concepto *sustainable development* no constituye un principio de Derecho consuetudinario, sino que más bien funciona como máxima rectora

³⁵⁴ Esfahani, S., Wenckstern, M.: “Der Rheinversalzungsprozess”, *RabelsZ*, 49/1985, pp. 740 y ss.

³⁵⁵ Sent. BVerwGE, de 17 de diciembre de 1986, vol. 75, pp. 285 y ss., esp. pp. 288-289.

³⁵⁶ Bundesgesetzblatt 1974, II, pp. 15 y ss.; sent BVerfGE, de 12 de marzo de 1986, vol. 72, pp. 66 y ss.;

para el respeto de los intereses medioambientales en el marco de los convenios internacionales y para la configuración de la política nacional económica y sobre el medio ambiente.

Al servicio de un desarrollo respetuoso con el medio ambiente, se ha creado el Fondo para el Medio Ambiente Mundial en el Banco Mundial (*Global Environmental Facility*).³⁵⁷ Este mecanismo de financiación debe, sobre todo, impulsar medidas para la protección del medio ambiente en los países en vías de desarrollo. De hecho, la versión actual del estatuto del Fondo refuerza su influencia en los países en vías de desarrollo.³⁵⁸

- 10 La Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, marca un hito importante en el Derecho internacional público del medio ambiente. La “Agenda 21”, adoptada por esta Conferencia,³⁵⁹ contiene un programa de acción para la configuración de la futura protección internacional del medio ambiente. La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo le da al principio del desarrollo sostenible una orientación antropocéntrica,³⁶⁰ que se recoge con claridad en el Principio 1 de la Declaración: “*Human beings are at the centre of concerns of sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature*”.
- 11 En la Conferencia de Río se firmaron dos importantes Convenios:³⁶¹ la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, y la Convención sobre la diversidad biológica.

3. El principio de prevención

Bibliografía recomendada: Hohmann, H.: *The Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, 1994; Motaal, D. A.: “Is the World Trade Organization Anti-Precaution?”, *JWT* 39 (2005), pp. 483 y ss.; Erben, C.: *Das Vorsorgeprinzip im Völkerrecht*, 2005.

- 12 El principio de prevención, o *precautionary principle*, es un elemento clave del Derecho de medio ambiente moderno, tanto en el plano internacional como nacional. Según este

³⁵⁷ Dolzer, R.: “The Global Environment Facility – towards a new concept of the common heritage of mankind?”, Alfredsson, G., Macalister-Smith, P. (ed.), *The living Law of Nations – In Memory of Atle Grabl-Madsen*, 1996, pp. 331 y ss.; Ehrmann, M.: “Die globale Umweltfazilität (GEF)”, *ZaöRV* 57/1997, pp. 565 y ss.; Klemm, A.: “Die Global Environment Facility”, *RIW* 1998, pp. 921 y ss.

³⁵⁸ *ILM*, 33/1994, pp. 1273 y ss.

³⁵⁹ Robinson, N. A. (ed.): *Agenda 21: Earth's Action Plan*, 1993.

³⁶⁰ *ILM*, 31/1992, pp. 876 y ss.

³⁶¹ Además se adoptaron declaraciones y programas de acción (no vinculantes desde la perspectiva del Derecho internacional público): la Declaración de Río (*ILM*, 31/1992, pp. 876 y ss.), los Principios relativos a los bosques (Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo- *ILM*, 31/1992, pp. 822 y ss. y la Agenda 21 (v. *supra*, nota 368).

principio, no hay que esperar a que exista certeza científica en materia de riesgos para poder tomar medidas de defensa y prevención. También las incertidumbres científicas sobre el nexo causal justifican una actuación en pos de la protección de bienes jurídicos como la vida, la integridad física de personas o las bases naturales de la vida que se encuentren presuntamente en peligro. La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo reconoce el principio de prevención en su Principio 15.³⁶²

In order to protect the environment, the precautionary principle shall be widely applied by States, according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be seen as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

El principio de prevención es también la idea dominante que conforma el Derecho ambiental europeo (art. 191.2 nota al margen 1.2 TFUE). Con respecto al uso de químicos posiblemente dañinos para la salud en la extracción de recursos naturales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fundamentado la exigencia de respetar el principio de prevención en el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (protección de la privacidad y de la vida familiar).³⁶³ En el Derecho de la Organización Mundial del Comercio existen algunos estándares de justificación que pueden considerarse expresión del principio de prevención.³⁶⁴ En el plano interestatal, no es el principio de prevención en sí el que provoca conflictos, sino las actitudes opuestas a su concreción. Ejemplo sobresaliente de ello es la gestión de los llamados “riesgos residuales” que, según la “razón práctica”, han de aceptarse porque la probabilidad de daño es muy remota.³⁶⁵ La jurisprudencia y las recomendaciones de gran número de tribunales y otros gremios internacionales suministran base suficiente para sostener que la “razón práctica”, cuando se deja guiar por una pluralidad de perspectivas, conduce también a juicios diferentes sobre lo que es, o ya no es, tolerable. Estas perspectivas diferentes se basan sobre todo en “sospechas iniciales”, en el peso que se le atribuye a posibles daños, y en la percepción de la probabilidad de que algo suceda. En particular, es el uso de tecnologías modernas, como la biotecnología,³⁶⁶ el que da lugar a conflictos recurrentes de carácter económico (sobre todo, comerciales).

³⁶² ILM, 31/1992, pp. 876 y ss.

³⁶³ Respecto del uso de cianuro en la explotación de oro, v. sent. TEDH, Asunto Tatar v. Rumania, Recurso no. 67021/01.

³⁶⁴ Respecto del art. 5. 7 SPS, v. por ejemplo, Appellate Body Report, “European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)”, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998).

³⁶⁵ Respecto de la noción de “riesgo residual”, v. la sent. BverfGE, vol. 49, pp. 89 y ss., en esp. p. 137 y ss.

³⁶⁶ V. *infra*, tema 8, nota al margen 7.

4. Tratados de Derecho internacional público sobre limpieza del medio ambiente y responsabilidad por daños medioambientales

Bibliografía recomendada: Beyerlin, U.: *Umweltvölkerrecht*, 2000; Dolzer, R., Thesing, J.: *Protecting our Environment. German Perspectives on a Global Challenge*, 2000; Rest, A.: “Fehlende Verantwortlichkeit bei transnationalen Umweltunfällen?”, en AA. VV.: *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, pp. 478 y ss.; Sands, P.: *Principles of International Environmental Law*, 2.ª ed., 2003.

- 14 Con el fin de proteger el medio ambiente, se ha celebrado un gran número de convenios internacionales. Las obligaciones que éstos contienen respecto de los Estados están redactadas normalmente de una forma bastante general. En este contexto, destacan diversos convenios para reducir la contaminación marina y atmosférica. El objetivo del Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea en 1989,³⁶⁷ es regular jurídicamente y limitar las operaciones internacionales con desechos tóxicos. El objetivo del Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes es proteger el medio ambiente de sustancias químicas.³⁶⁸

También existe una serie de convenios que unifican el Derecho sustantivo en materia de responsabilidad civil medioambiental, especialmente el Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 1960,³⁶⁹ y el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969.³⁷⁰

El objetivo del denominado Convenio de Espoo de 1991 (*Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*³⁷¹) es la realización de evaluaciones de impacto ambiental respecto de determinadas actividades con efectos transfronterizos. Entre las actividades cubiertas por este Convenio conviene resaltar la operación de refinerías de petróleo y la instalación de oleoductos y gasoductos de gran diámetro (Apéndice 1, núms. 1 y 8). Requisitos detallados para la realización de evaluaciones de impacto ambiental en el marco de ciertos planes y programas se contienen en el denominado protocolo SEA (*Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*³⁷²), adoptado en 2003, tras la celebración del Convenio de Espoo.

³⁶⁷ ILM, 28 (1989), pp. 657 y ss.

³⁶⁸ ILM, 40/2001, pp. 532 y ss.

³⁶⁹ BGBL. 1976 II, pp. 308.

³⁷⁰ BGBL. 1975 II, pp. 305.

³⁷¹ ILM, 32/1993, pp. 80 y ss.

³⁷² BGBL. 2006 II, pp. 497.

5. Acuerdos sobre la protección de la atmósfera de la Tierra y del clima

Bibliografía recomendada: Bausch, C., Mehling, M.: “Klimagipfel in Montreal – zweigleisig in die Zukunft”, ZUR 2006, pp. 291 y ss.; Durner, W.: “The Implementation of the Climate Change”, AVR 37 (1999), pp. 357 y ss.; Faure, M., Gupta, J., Nentjes, A.: *Climate Change and the Kyoto Protocol*, 2003.

A la protección de la atmósfera terrestre se dedican el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987.³⁷³ En el Protocolo de Montreal, los Estados parte se obligan a reducir progresivamente la producción y el consumo de “sustancias controladas” (art. 2 A y ss. y la regla especial del art. 5 referida a los países en vías de desarrollo). Se prohíbe la importación de determinadas sustancias controladas (y de productos que contengan estas sustancias), procedentes de Estados que no sean parte del Protocolo (art. 4). Además, a través de limitaciones a la importación, se intentan frenar de manera progresiva los procesos de producción nocivos para el ozono en terceros Estados. Con estas restricciones a la importación, también se están contrarrestando las ventajas competitivas que genera la no observancia de los estándares medioambientales. 15

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático persigue principalmente reducir la contaminación medioambiental producida por gases de efecto invernadero.³⁷⁴ Los países industrializados, especialmente los Estados miembros de la Unión Europea, Estados Unidos, Japón, Rusia y algunos de los demás Estados sucesores de la Unión Soviética, se han comprometido, en la misma Convención, a tomar medidas para limitar las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, especialmente de dióxido de carbono. Pero durante mucho tiempo, el esfuerzo por reducir de manera sustancial las emisiones de gases de efecto invernadero para cumplir con las obligaciones convencionales, se vio frustrado por dificultades casi insuperables. 16

La reducción de emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero desempeña un papel destacado en los esfuerzos para proteger el clima. Entre los mayores emisores se cuentan, sobre todo, los Estados Unidos, la República Popular de China, la India, Japón y Rusia, junto a los países industrializados de Europa occidental y central. 17

En la Conferencia de Kyoto sobre cambio climático (1997), en primer lugar, se alcanzó un acuerdo sobre un convenio para reducir los gases de efecto invernadero: el

³⁷³ Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, BGBL. 1988 II, pp. 902; Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, BGBL. 1988 II, pp. 1015; 1991 II, pp. 1332; 1993 II, pp. 2183.

³⁷⁴ ILM, 31/1992, pp. 849 y ss. Al respecto Simonis, U. E.: “Auf dem Weg zu einer Klimakonvention”, VN 1992, pp. 10 y ss.

llamado Protocolo de Kyoto.³⁷⁵ Este Protocolo prevé obligaciones cuantitativamente diferentes respecto de los países industrializados para lograr que, como muy tarde en el año 2010, las emisiones de dióxido de carbono y de otros gases se reduzcan por debajo del nivel de 1990 (Estados Unidos: 7%, Estados miembros de la Unión Europea: 8%, Japón: 6%, Federación Rusa: 0%) (art. 3 i. V. m. Anexo B). Estados Unidos no pudo imponer la exigencia de establecer obligaciones también a los países en vías de desarrollo, para que rebajasen las emisiones de sustancias contaminantes. Bajo la limitación a los países industrializados de los deberes de reducción subyace, pues, la visión de la claramente preponderante contribución causal de estos países a las alteraciones climáticas derivadas de las emisiones (más de 2/3 de las emisiones de gases de efecto invernadero). Además, con ello se ha tomado en consideración el atraso económico y tecnológico de los países en vías de desarrollo. Sin embargo, es preocupante que, a largo plazo, se eleve claramente la cuota de emisión de los países en vías de desarrollo. Al mismo tiempo, las emisiones de los países industrializados también crecen en cifras absolutas (aunque se reduzcan porcentualmente). Por ello, la reciente entrada en vigor del régimen de Kyoto, de 16 de febrero de 2005, es de gran importancia. Los mecanismos flexibles previstos en el protocolo de Kyoto son especialmente relevantes.³⁷⁶ Estos mecanismos sirven a la cooperación interestatal, a la protección eficiente del clima, a la transferencia de tecnología y a los incentivos de la economía de mercado (por medio de unidades de reducción transferibles). La ejecución conjunta por parte de diversos Estados industrializados permite la compensación de los niveles de emisión individuales pactados, si se observa la obligación total asumida por los Estados participantes (art. 4). Los países industrializados pueden pactar proyectos encaminados a reducir las emisiones dañinas en uno de los Estado parte y que pueden ser compensadas, a través de unidades de reducción transferibles, con la cuota de otro Estado (*Joint Implementation*, art. 6). El mecanismo para un desarrollo limpio (*Clean Development Mechanism*), previsto en el Artículo 12, sirve para incentivar la protección ambiental y la transferencia de tecnología en el marco de la cooperación entre países industrializados y países en vías de desarrollo. A través de él, un Estado parte industrializado puede imputarse reducciones de emisiones certificadas sobre la base de la disminución de los perjuicios lograda. La posibilidad de comerciar con certificados de emisión es especialmente interesante (*emission trading*, art. 17);³⁷⁷ este mecanismo permite documentar contingentes de contaminación atmosférica (emisiones de gases de efecto invernadero) por medio de certificados, que se pueden comprar o vender. De él se benefician, en particular, Estados como Rusia, cuyas obligaciones de reducción de emisiones son relativamente altas y fácilmente superables por la falta de modernización de su industria. En total, según el Protocolo de Kyoto, la emisión de dióxido de carbono y de otros gases nocivos para el clima debería ser reducida en todo el mundo, teniendo en cuenta los años de referencia fijados (1990 o 1995), por lo menos un 5,2%.

³⁷⁵ Grubb, M. et al. (eds.): *The Kyoto Protocol*, 1999; ILM, 37/1998, pp. 22 y ss.

³⁷⁶ Kreuter-Kirchhof, Ch.: *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, 2005.

³⁷⁷ Al respect, Freestone, D., Streck, C.: *Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen and beyond*, 2009.

En la Unión Europea es la Directiva 2003/87/EG la que rige el comercio con certificados de emisión de gases de efecto invernadero.³⁷⁸ Como Directiva, hubo de ser transpuesta al Derecho nacional por los Estados miembros de la Unión Europea.³⁷⁹ Alemania lo ha hecho por medio de la Ley sobre el comercio con certificados de emisiones de gases de efecto invernadero (*Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz* –TEHG–), y otras normas sobre reparto de certificados de emisión. La Unión Europea reparte la obligación total de reducciones asumida por ella entre los Estados miembros, según una determinada fórmula. Alemania aún está lejos de cumplir su obligación de reducir las emisiones en un 21% respecto al año de referencia, 1990. La decisión política de abandonar la energía atómica no ayuda a alcanzar esta meta. En virtud del Artículo 9 de la Directiva, los Estados miembros tienen que publicar planes nacionales de distribución y comunicarlos a la Comisión y a los demás Estados miembros. Los planes deben ser aprobados por la Comisión, que los evalúa de acuerdo a criterios preestablecidos. La liberación de gases de efecto invernadero requiere que exista un derecho de emisión transferible (certificado de emisión).

El Protocolo de Kyoto vincula su entrada en vigor a la ratificación por 55 Estados, que han de reunir el 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero de los países industrializados (art. 25.1). Durante mucho tiempo, el futuro del régimen de Kyoto quedó en el aire debido a la resistencia de Estados Unidos y otros países industrializados. En la Conferencia sobre el clima de Bonn y en la Conferencia consecutiva de Marrakech (2001) se alcanzó un compromiso que ha moderado drásticamente la obligación de los Estados industriales respecto de la reducción de las emisiones, lo que allanó el camino hacia la ratificación del Protocolo de Kyoto. Se han hecho concesiones, sobre todo, con el reconocimiento de recursos forestales que absorben dióxido de carbono, en el sentido de posibles deducciones de los deberes de emisión a favor de Japón, Canadá y Rusia. Como consecuencia de ello, el objetivo reductor a nivel mundial en el periodo de 2008 a 2012, se ha reducido del 2,2% originariamente previsto al 1,2%. Estados Unidos se desentendió del régimen de Kyoto, sin llegar a oponerse formalmente a este proceso convencional en materia de protección del clima. Tras la ratificación del Protocolo por Rusia, en otoño de 2004, con la cual se alcanzó la cuota requerida de 55% de emisiones, el régimen de Kyoto pudo entrar en vigor. El balance de los efectos del régimen de Kyoto es desalentador, también teniendo en cuenta los costes asociados al tráfico de emisiones; en muchos países, las emisiones de CO₂ han crecido de manera preocupante, siendo responsables no sólo países industrializados como los Estados Unidos, sino también países emergentes, como la República Popular de China y la India.

³⁷⁸ DO L 275, 25 de octubre de 2003, pp. 32 y ss.

³⁷⁹ Becker, F.: “Ökonomisierung und Globalisierung des Europäischen Umweltrechts: Die Richtlinie zum Handel mit Emissionszertifikaten”, *EuR* 2005, pp. 857 y ss.; Mehrbrey, K., Reuter, A.: *Europäischer Emissionshandel. Der EU-Richtlinienvorschlag auf dem rechtlichen Prüfstand*, 2003; Brattig, B.: “Die Zukunft des Europäischen und internationalen Emissionshandels”, *ZUR* 2004, pp. 412 y ss.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Clima, celebrada en Bali en diciembre de 2007, adoptó un mandato para la negociación de un acuerdo que sucediera al Protocolo de Kyoto. Según el compromiso alcanzado en Bali, ha de constituirse un fondo de adaptación financiado por los países industrializados, con el objetivo fundamental de ayudar a los países emergentes a reducir las emisiones. Éste será administrado por el Fondo para el Medio Ambiente Global, del Banco Mundial.

6. Acuerdos sobre protección de la biodiversidad y la bioseguridad

Bibliografía recomendada: Adler, J. H.: "More sorry than safe: Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol", *Texas International Law Journal* 2000, pp. 173 y ss.; Bail, Ch., Felkner, R., Marquard, H. (ed.): *The Cartagena Protocol on Biosafety*, 2002; Boyle, D., Freestone, D. (ed.): *International Law and Sustainable Development*, 1999; Correa, C. M.: "Access to Genetic Resources", *World Competition* 20 (1997), pp. 57 y ss.; Sontol, A.: "The Convention on Biological Diversity", *Bio-Science Law Review* 7 (2004/2005), pp. 45 y ss.; Wolfrum, R., Stoll, P. -T.: *Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht*, 1996; Wolff, N., Kock, W. (ed.): *10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt*, 2004; Young, T. R.: "An Implementation Perspective on International Law of Genetic Resources: Incentives, Consistency, and Effective Operation", *YIEL* 15 (2004), pp. 3 y ss.

- 19 Entre los bienes medioambientales amenazados y respecto de cuya preservación la comunidad entera de Estados tiene interés vital, destaca la diversidad biológica. Las zonas que se caracterizan por una biodiversidad abundante, la llamada megabiodiversidad, se encuentran sobre todo en los países en desarrollo, en América Latina, África y Asia.

La Convención sobre la diversidad biológica de 1992 se firmó en la Conferencia de Río de Janeiro.³⁸⁰ Esta Convención ha sido ratificada, entretanto, por la mayoría de los Estados (estado de las ratificaciones a 9 de junio de 2008: 191 Estados parte), con la excepción destacada de los Estados Unidos. El texto podría convertirse en un modelo de equilibrio entre la protección de los elementos vitales naturales y la utilización económica de los recursos naturales. El desarrollo económico dinámico amenaza la diversidad biológica debido a las intromisiones en el espacio vital de los animales y plantas. Los objetivos de la Convención son "la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación" (art. 1). La diversidad biológica se define como "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas

³⁸⁰ ILM, 31/1992, pp. 818 y ss.

terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre la especie y de los ecosistemas” (art. 2, 6.^a definición). La “utilización sostenible” de componentes de la diversidad biológica es entendida por la Convención como una utilización “que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras” (art. 2, última definición). Principios clave de la Convención son el derecho de los Estados “de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental”, y la obligación “de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (art. 3).

Entre los contenidos esenciales de la Convención sobre la diversidad biológica, se encuentra la regulación de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (arts. 6-13), así como la evaluación del impacto ambiental y la previsión ambiental (art. 14). De importancia decisiva es el acceso a los recursos genéticos como material genético de valor real o potencial (art. 2, 15.^a definición). Los métodos de la moderna biotecnología, especialmente, de la tecnología genética, han proporcionado a los seres humanos un inmenso potencial para la utilización de los recursos genéticos. Esto se aprecia, por ejemplo, en el cultivo agrícola o en el desarrollo de nuevos medicamentos. Por ello, son de gran importancia para alcanzar un equilibrio de intereses adecuado,³⁸¹ los preceptos de la Convención sobre diversidad biológica relativos al acceso a los recursos genéticos (art. 15), y a la transferencia de tecnología (arts. 16-19).³⁸² En estas regulaciones, se pone de manifiesto la dependencia mutua entre los países en vías de desarrollo y los “países emergentes”, por un lado, y los países industrializados, por otro. La diversidad de especies es muy elevada, sobre todo, en determinados países en vías de desarrollo y emergentes (son destacables, especialmente, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil, China, Malasia y Papúa-Nueva Guinea). Por otra parte, los países industrializados menos ricos en diversidad de especies son los que están más avanzados en la utilización de los recursos genéticos, a través de la biotecnología y la ingeniería genética.

En la medida en que un Estado aporta sus recursos genéticos, debe poder participar de forma justa y equitativa en los resultados de las actividades de investigación y desarrollo, así como en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (art. 15.7). El acceso y la transferencia de tecnología, que son relevantes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, deben ser facilitados a los otros Estados contratantes (art. 16.1). Para ello, la Convención insiste en la protección adecuada y eficaz de las patentes y otros derechos de propiedad intelectual (art. 16.2). La Convención

³⁸¹ Respecto a la transferencia de tecnología, v, *supra*, tema 3, nota al margen 3.

³⁸² V. *infra*, tema 8, nota al margen 8.

hace especial hincapié en la relación equilibrada entre la puesta a disposición de recursos genéticos y la transferencia de tecnología (art. 19).

Además, los Estados parte tienen que analizar la necesidad de disposiciones internacionales, que posibiliten la transferencia segura, la manipulación y la utilización de organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología, que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 19.3). La Convención sobre la biodiversidad biológica no reglamenta ni el estatus de los recursos genéticos, ni su utilización una vez transferidos a otro Estado. En cambio, la decisión 391 de la Comunidad Andina de 1996 establece que tanto los recursos genéticos mismos, como los recursos derivados de ellos y que contienen las informaciones genéticas, son patrimonio de los respectivos países de origen (art. 6.1),³⁸³ ambas categorías de recursos se consideran “inalienables” (art. 6.2). Según esta decisión, no deben ser reconocidas reivindicaciones basadas en la adquisición ilegal de recursos genéticos, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Esta regla, de lógica similar a la contenida en la doctrina de la fruta del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), es difícilmente compatible con las obligaciones contenidas en el acuerdo ADPIC (TRIPS).³⁸⁴

La Conferencia de los Estados parte en la Convención sobre biodiversidad celebrada en Nagoya en 2010 adoptó el Protocolo sobre el acceso a recursos genéticos y la propiedad intelectual, y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización. Este Protocolo vincula la utilización de recursos genéticos al consentimiento del país de origen y, para ello, toma especialmente en cuenta la participación de comunidades locales o indígenas, permitiéndoles participar en los procedimientos. El Protocolo también prevé la protección de conocimientos tradicionales. En la misma Conferencia se adoptó otro Protocolo sobre cuestiones de responsabilidad (*Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress*).

- 21 En el marco de la Convención de biodiversidad, se ha firmado, a principios del año 2000, el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología,³⁸⁵ que ha entrado en vigor en 2003. El Protocolo regula los movimientos transfronterizos, especialmente la importación de organismos vivos transgénicos (*living modified organisms, LMOs*). De gran importancia es la exigencia de informaciones previas y la existencia de un acuerdo

³⁸³ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XII – Número 213, 17 de julio de 1996, pp. 1 y ss.; contenido en Herdegen, M.: *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. 2, tema 5, nota al margen II. 2 b.

³⁸⁴ V. *infra*, tema 15, nota al margen 2.

³⁸⁵ BGBL. 2003 II, pp. 1508 y ss.; v. también Böckenförde, M.: *Grüne Gentechnik und Welthandel*, 2005; Eggers, B., Mackenzie, R.: “The Cartagena Protocol on Biosafety”, *Journal of International Economic Law*, 2000, pp. 525 y ss.; Herdegen, M., Spranger, T.: “Erläuterungen zum Protokoll über die biologische Sicherheit”, en: Herdegen, M. (ed.), *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. 2, tema 5, nota al margen I.2.a; Hobbs, A. L., Hobbs, J. E., Kerr, W. A.: “The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club”, *Journal of World Trade*, vol. 39/2005, pp. 281 y ss.; Phillips, P. W. B., Kerr, W. A.: “Alternative Paradigms: The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms”, *Journal of World Trade*, vol. 34 (2000), pp. 63 y ss.; Spranger, T.: “Das Biosafety-Protokoll”, en: Wolf, N., Köck (eds.): *10 Jahre Übereinkommen über biologische Vielfalt*, 2004, pp. 89 y ss.

fundamentado en tales informaciones (*advanced informed agreement*), antes de la primera importación de organismos destinados a ser liberados en el Estado importador.

El Protocolo de bioseguridad regula las condiciones que han de darse para que se permitan las restricciones a la importación, entrando en concurrencia con las reglas sobre restricciones al comercio según el Derecho de la OMC (art. XX GATT, Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias). Por ello, el Protocolo deja conscientemente sin precisar cuál es su relación con el Derecho de la OMC. Por un lado, el Preámbulo del Protocolo afirma que éste no cambiará los derechos y deberes derivados de acuerdos existentes: “Destacando que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor”.

Por otro lado, el citado Preámbulo afirma la especialidad y la igualdad jerárquica del Protocolo frente a otros acuerdos: “En el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”.

El Protocolo de Cartagena requiere una evaluación de riesgos científicamente sostenible (art. 15. 1 y apéndice III), como base para reglamentar las importaciones (art. 10). Según el Artículo 10. 6 del Protocolo, no impedirá que un Estado miembro tome medidas de prevención el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información, o conocimientos científicos pertinentes suficientes, sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado y la utilización sostenible de la biodiversidad. El Protocolo permite que las restricciones a las importaciones de organismos vivos modificados se justifiquen en ponderaciones “socio-económicas”, en la medida que tales restricciones sean compatibles con las obligaciones internacionales del respectivo Estado (art. 26). Esta indeterminación aumenta el margen de discreción de los Estados a la hora de restringir las importaciones. Basándose en preferencias socio-económicas, la Unión Europea y una gran parte de los países en vías de desarrollo han impuesto una visión escéptica de la tecnología genética. Ello crea tensiones con Estados que parten de una visión estrictamente científica para justificar restricciones, como los Estados Unidos (que, al haberse desentendido de la Convención de Naciones Unidas sobre biodiversidad, no puede ser parte en el Protocolo sobre bioseguridad). Estas distintas filosofías regulatorias preparan el terreno a conflictos en torno al Derecho de la OMC y sus estrictos estándares para la restricción de actividades comerciales (art. XX GATT, Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias).

7. Derecho de la biotecnología

Bibliografía recomendada: Dederer, H. G.: “Neues von der Gentechnik”, ZLR 2005, pp. 307 y ss.; Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B. (ed.): *Biowissenschaften und ihre völkerrechtlichen Herausforderungen*, 2005; Francioni, F.: *Biotechnology and International Law*, 2006; Fricke, M.: *Genetisch veränderte Lebensmittel im Welthandelsrecht*, 2004; Herdegen, M.: “Biotechnology and Regulatory Risk Assessment”, en: Bermann, G., Herdegen, M.,

Lindseth, P. (ed.): *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2000, pp. 301 y ss.; *id.*: *Koexistenz und Haftung – Die Haftung für die unbeabsichtigten Spuren gentechnisch veränderter Organismen in der Landwirtschaft*, 2003; *id.*: “The Coexistence of Genetically Modified Crops with other Forms of Farming”, *Journal of International Biotechnology Law* 2 (2005), pp. 89 y ss.; Herdegen, M., Dederer, H. G.: *Adventitious presence of GMO's in seed*, 2001; Somsen, H. (ed.): *The Regulatory Challenge of Biotechnology: Human Genetics, Food and Patents*, 2007; Wüger, D., Cottier, T.: *Genetic Engineering and the World Trade System*, 2008.

- 24 El desarrollo dinámico de la biotecnología, así como su uso en la agricultura, el sector farmacéutico y la medicina, han convertido la reglamentación de esta alta tecnología en un tema central del Derecho internacional público. El uso de organismos genéticamente modificados ya es de gran relevancia en la agricultura de un buen número de países, como los Estados Unidos, Argentina, Brasil y China. Los desafíos normativos residen en la gestión de los riesgos para la salud humana, el medio ambiente y la protección frente a manipulaciones incompatibles con el respeto que se debe a cada ser humano y su individualidad única. Además, las normas del Derecho internacional público sobre la libre circulación de mercaderías (como el GATT y otros acuerdos pertenecientes al sistema de la OMC) limitan el margen para reglas que restrinjan el acceso a mercados de ciertos productos de biotecnología. Finalmente, ha de destacarse el potencial que ofrece la biotecnología para asegurar la alimentación de la población mundial y el desarrollo de los países más pobres. La FAO ha insistido en resaltar este hecho:³⁸⁶

Biotechnology can overcome production constraints that are more difficult or intractable with conventional breeding. It can speed up conventional breeding programmes and provide farmers with disease-free planting materials. It can create crops that resist pests and diseases, replacing toxic chemicals that harm the environment and human health, and it can provide diagnostic tools and vaccines that help control devastating animal diseases. It can improve the nutritional quality of the staple foods such as rice and cassava and create new products for health and industrial uses.

- 25 En el marco de las Naciones Unidas, la UNESCO adoptó una Declaración sobre el genoma humano en 1997. La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO) ha elaborado un código de conducta para la liberación intencionada de organismos genéticamente modificados. La Comisión *Codex Alimentarius*, encargada por la Organización Mundial de la Salud y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), ha adoptado unas directrices para el análisis de riesgos de organismos genéticamente modificados, y la evaluación de riesgos de plantas y microorganismos genéticamente modificados.

³⁸⁶ FAO Agricultural Series no. 35.: *The State of Food and Agriculture 2003-2004. Agricultural Biotechnology – Meeting the Needs of the Poor?*, 2004, pp. 3-4.

En el Derecho de la Unión Europea existe una potestad normativa en materia de Derecho ambiental (art. 192 TFUE), que se solapa con la competencia para aproximar legislaciones (art. 114 TFUE). Algunas reglas aspiran tanto a la unificación de las condiciones jurídicas marco de la producción industrial, como a la protección del medio ambiente (por ejemplo, las normas para reducir los desechos nocivos de la industria del dióxido de titanio). El TJUE tiende a considerar, en estos casos, que la base competencial adecuada es la referida a la armonización legal.³⁸⁷ En materia de tecnología genética, la reglamentación de la Unión Europea se basa en la llamada Directiva de sistemas,³⁸⁸ y en la conocida como Directiva de liberación intencional.³⁸⁹ 26

La aprobación del acceso al mercado de productos que contienen, o se componen de, organismos genéticamente modificados, según la Directiva de liberación (Parte C), requiere la colaboración entre las autoridades del Estado miembro competente y los órganos de la Unión Europea (Comisión y Consejo, o un comité conformado por representantes de los Estados miembros). 27

Numerosas tensiones surgen de los conflictos regulatorios en el comercio mundial, que se deben a actitudes diferentes frente al manejo de los riesgos presentados por las altas tecnologías modernas, especialmente la biotecnología.³⁹⁰ Ello se aprecia sobre todo en la relación entre la Unión Europea y los Estados Unidos (pero también otros Estados), en cuanto a la comercialización de productos genéticamente modificados.³⁹¹ El Derecho de la Unión Europea (todavía) tiende a considerar que el uso de la tecnología genética constituye un riesgo *per se* (*process approach*), mientras que el derecho de Estados Unidos o Japón atienden principalmente al potencial de riesgo del respectivo producto (*product approach*). 28

Cabe agregar que las reglas de comercialización adoptadas por la Unión Europea se basan de manera creciente en motivos “socio-económicos”. En este sentido, los Reglamentos recientes sobre la comercialización de alimentos para humanos y animales que contienen, 29

³⁸⁷ TJUE, As. C-300/89, Rec. 1991, pp. I-2867 y ss., en esp. 2895 y ss.

³⁸⁸ Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (DO L 117, pp. 1 y ss.), modificada por la Directiva 98/81/CE del Consejo del 26 de octubre de 1998 (DO L 330, pp. 13 y ss.), y el Reglamento (CE) 1882/2003 del Parlamento Europeo y el Consejo del 29 de septiembre de 2003 (DO L 284, pp. 1 y ss.).

³⁸⁹ Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo (DO L 106, pp. 1 y ss.), modificada por la Directiva 2008/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 2008 (DO L 81, pp. 45 y ss.).

³⁹⁰ Herdegen, M.: *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. 2, parte 5, nota al margen I. 2 a.

³⁹¹ Herdegen, M.: “Biotechnology and Regulatory Risk Assessment”, en: Bermann, G., Herdegen, M., Lindseth, P. (eds.): *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2000, pp. 301 y ss. Respecto de diferencias similares en la “filosofía regulatoria” en el tema de la liberación intencional, v. Dederer, H. -G.: *Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme – Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 1998.

o se componen de, organismos genéticamente modificados,³⁹² obedecen a una noción de protección al consumidor que tiene poca conexión con riesgos a la salud o con cualidades científicamente relevantes del producto.³⁹³ Ello se aprecia, por ejemplo, en la exhaustividad de los requisitos de aprobación, etiquetado y trazabilidad en alimentos que no contienen ningún material obtenido por manipulación genética que sea capaz de reproducirse. Reglas de esta índole son apropiadas para cimentar sin base empírica ideas preconcebidas y costumbres de los consumidores, así como para crear barreras al comercio que carecen de justificación científica. Ello suministra material importante para conflictos comerciales en el seno de la Organización Mundial del Comercio.³⁹⁴

8. Acceso a material genético y conocimientos indígenas

Bibliografía recomendada: von Hahn, A.: *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain*, 2004; Henne, G.: *Genetische Vielfalt als Ressource – Die Regelung ihrer Nutzung*, 1998; Normand, V.: “Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising out of their utilization”, *Journal of International Biotechnology Law* 1 (2004), pp. 133 y ss.; Spranger, T.: “Der Zugriff auf pflanzliche Genressourcen im internationalen Regelungsgeflecht”, *AVR* 40 (2002), pp. 64 y ss.; *id.*; *Rechtliche Rahmenbedingungen für Access and Benefit Sharing-Systeme*, 2008; Wolfrum, R., Stoll, P. -T.: *Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht*, 1998.

- 30 La investigación y el desarrollo industrial se basan de modo considerable en el material genético y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, sobre todo en países con alta biodiversidad. La mayoría de estos países son países en vías de desarrollo en América Latina, África y Asia. Por ende, la protección de estos recursos materiales y cognitivos tiene también una dimensión política de ayuda al desarrollo.
- 31 La Convención de las Naciones Unidas sobre biodiversidad resalta la soberanía de los Estados respecto de la reglamentación del acceso a sus recursos naturales (art. 15):

³⁹² Reglamento (CE) 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de septiembre de 2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (DO L 268, pp. 1 y ss.); Reglamento (CE) 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de septiembre de 2003 relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE (DO L 268, pp. 24 y ss.).

³⁹³ Dederer, H. -G.: “Neues von der Gentechnik”, *Zeitschrift für Lebensmittelrecht* 32/2005, pp. 307 y ss.; Schubert, G.: “Paradigmenwechsel im Gentechnikrecht? Die neuen EU-Verordnungen zur Gentechnik”, *Gentechnik & Recht* 2003, pp. 47 y ss.; Burchardi, J. -E.: *Die Vereinbarkeit der europäischen Vorschriften zur Kennzeichnung gentechnisch veränderter Lebensmittel mit dem Welthandelsrecht*, 2007.

³⁹⁴ V. *infra*, tema 10, nota al margen 8.

§ 8. El Derecho internacional público del medio ambiente y las relaciones económicas internacionales

- 1) En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.
- 2) Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.
- 3) A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio.
- 4) Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo.
- 5) El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.

Además, la Convención obliga a los Estados parte a cumplir con el objetivo de “compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos” (art. 15.7.1 CBD).

Esta participación se llevará a cabo bajo condiciones mutuamente acordadas (art. 15.7.2 CBD).

En el contexto de transferencia de tecnologías se aprecia un equilibrio de intereses parecido. La obligación general de los países industrializados a la transferencia de tecnología es parte de una red compleja de reglas (art. 16.2-5 CBD). Las obligaciones de los países industrializados a la transferencia de tecnología se concretan a través de condiciones establecidas de común acuerdo. El manejo de tecnologías que son objeto de patentes u otros derechos de propiedad intelectual es una cuestión delicada. Tales derechos deben gozar de una protección “adecuada y eficaz” (art. 16.2.2 CBD). La transferencia de tecnología deseada debe, sin embargo, extenderse también a tecnologías que están protegidas por derechos de propiedad intelectual. Y aquí deben hallar aplicación, de acuerdo con el Artículo 16.3, las reglas sobre la puesta a disposición de recursos económicos por parte de los países industrializados (art. 20 CBD), y el mecanismo de financiación de la Convención (art. 21 CBD).

Las llamadas Directrices de Bonn (*Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*) concretan los estándares requeridos para alcanzar acuerdos justos de acceso y reparto de beneficios.

- 33 Todavía son escasos los acuerdos entre empresas farmacéuticas e instituciones estatales acerca de la gestión de la biodiversidad, el acceso a recursos genéticos, la participación de los países de origen en los beneficios de su utilización, así como en la transferencia de tecnología. Hasta ahora, estos acuerdos no han eliminado el temor de los países de origen a resultar desfavorecidos.

En esta materia, es de interés el acuerdo celebrado en el año 1991 entre la empresa farmacéutica estadounidense Merck y el Gobierno de Costa Rica. Según este acuerdo, el Instituto Nacional de Biodiversidad costarricense pone a disposición exclusiva de la empresa farmacéutica ejemplares de plantas, animales y muestras de suelo para la investigación. La empresa mantiene los derechos de propiedad industrial de los medicamentos desarrollados a partir de esta colaboración. Como contraprestación, la empresa debe pagar al Instituto Nacional una suma considerable, hacer que participe de las utilidades de los fármacos desarrollados en el marco de esta cooperación y poner a su disposición valiosos laboratorios.

- 34 La protección de conocimientos indígenas frente a su “apropiación” inadecuada, por ejemplo mediante patentes, sigue siendo un tema controvertido. Por falta de “novedad”, es imposible conceder protección a los conocimientos tradicionales bajo forma de patentes. Hasta ahora, las aspiraciones para crear un mecanismo propio de protección no han dado resultados. Sin embargo, los conocimientos indígenas pueden excluir que se otorgue una patente a un desarrollo basado en ellos, por no tener éste carácter de “novedad”. Pero ello no es cierto para invenciones que solamente se inspiran en los conocimientos indígenas.

Tema 9

Solución de diferencias y Derecho procesal internacional

1. Mecanismos del Derecho internacional público para la solución de diferencias

Bibliografía recomendada: Berini, G.: *L'Arbitrato*, 1993; Bernhardt, R.: “Die gerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen”, *ZaöRV*, 47/1987, pp 17 y ss.; Brand, R. A., Jablonski, S. R.: *Forum Non Conveniens*, 2007; Collier, J., Lowe, V.: *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999; Dolzer, R.: “Formen der Streitbeilegung im multilateralen Wirtschaftsrecht”, *Festschrift für Karl Doebring zum 70. Geburtstag*, 1989, pp. 143 y ss.; Fawcett, J.: *International Economic Conflicts*, 1977; Lavranos, N.: “Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals”, *ZaöRV* 68 (2008), pp. 575 y ss.; Lowenfeld, A. F.: *International Litigation and Arbitration*, 2.^a ed., 2001; Mosler, H., Bernhardt, R. (ed.): *Judicial Settlement of International Disputes*, 1974; Oellers-Frahm, K., Zimmermann, A.: *Dispute Settlement in Public International Law*, 2.^a ed., 2001; Pauwelyn, J.; Salles, L. E.: “Forum Shopping Before International Tribunals”, *Cornell International Law Journal* 42 (2009), pp. 77 y ss.; Petersmann, E. -U., Jaenicke, G. (ed.): *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic*

Law, 1992; Wühler, N.: *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland*, 1985.

En concordancia con la variedad de conflictos existentes en Derecho económico internacional, existe un amplio espectro de mecanismos de solución de diferencias. En el plano interestatal, hay que tener en cuenta que el intercambio directo de prestaciones entre dos Estados desempeña un papel secundario frente al tráfico de mercancías, servicios y capitales llevado a cabo por empresas privadas. En litigios de Derecho económico entre Estados, se trata generalmente de la protección diplomática a favor de los propios nacionales (por ejemplo, en expropiaciones u otras medidas coercitivas de un Estado extranjero), o de actos de política económica que provocan controversias en organizaciones internacionales (como en el GATT).

El foro clásico para la solución formal de controversias entre Estados es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), cuya competencia requiere un sometimiento especial por parte de los Estados implicados. Esta competencia se puede fundar en un sometimiento general consensuado para las controversias internacionales (art. 36.2 del Estatuto de la CIJ), en un acuerdo convencional previo (como un tratado de amistad), o bien en el acuerdo de las partes para un litigio concreto (art. 36.1). En las relaciones económicas bilaterales, la conclusión de convenios arbitrales tiene más relevancia que la solución de conflictos por parte de la CIJ. Un ejemplo actual de arbitraje interestatal es el tribunal arbitral constituido por Irán y Estados Unidos en *La Haya (Iran-US Claims Tribunal)*, surgido a raíz del difícil conflicto diplomático causado por la ocupación de la embajada americana en Teherán y el embargo de activos iraníes en Estados Unidos.³⁹⁵

Esta corte arbitral está integrada por árbitros designados por ambos Estados y por una instancia independiente. El *Iran-US Claims Tribunal* ha decidido tanto sobre controversias entre ambos Estados, como sobre reclamaciones de nacionales de un Estado frente al otro Estado.

En las relaciones económicas multilaterales, las formas flexibles de solución de controversias dominan, especialmente si se trata de cuestiones de gran sensibilidad política y amplio alcance. En este ámbito, los intereses relevantes de cada Estado y otras circunstancias se tienen en cuenta en mayor medida que en los procedimientos judiciales. Los esfuerzos por alcanzar una solución consensuada juegan, en estos casos, un papel importante. Pero la institucionalización de un mecanismo de solución de diferencias en el marco de la OMC ha supuesto una fuerte judicialización de los conflictos jurídico-económicos.³⁹⁶

³⁹⁵ ILM, 20/1981, pp. 230 y ss., y, al respecto, Caron, D.: "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", AJIL, 84/1990, pp. 104 y ss.

³⁹⁶ V. *infra*, tema 10, nota al margen 12.

- 3 En el plano internacional, es especialmente reseñable la tutela jurídica otorgada por el TJUE, cuya competencia abarca conflictos entre los Estados miembros, entre la Unión Europea y los Estados miembros, el control de actos jurídicos de las instituciones de la Unión y la interpretación de su Derecho.³⁹⁷ La amplitud de sus competencias y la eficiencia de la protección jurídica concedida alcanzan una calidad que, de otro modo, sólo se podría hallar en el ámbito nacional.

- 4 El acceso a instancias de Derecho internacional está reservado, por regla general, a los Estados y a las organizaciones internacionales. No obstante, existe un conjunto de convenios internacionales que permite a particulares ejercitar reclamaciones frente a Estados ante una instancia judicial o arbitral internacional.³⁹⁸ Un ejemplo, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, lo constituye la demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), recogida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (v. art. 34 CEDH). Con base en el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el inversor y el Estado receptor pueden consentir en someter las diferencias surgidas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID*).³⁹⁹ Un gran número de tratados bilaterales de protección de inversiones,⁴⁰⁰ y acuerdos regionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o *NAFTA* en inglés),⁴⁰¹ prevén la solución de diferencias en materia de inversiones a través del CIADI. Adicionalmente, muchos tratados bilaterales de protección de inversiones fundamentan la competencia de un tribunal arbitral, que se constituye y decide según las reglas arbitrales de la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas (CNUDMI, o *UNCITRAL* en inglés),⁴⁰² o las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París. En estos casos, la cláusula contenida en los convenios internacionales ya presupone la aceptación por parte del respectivo Estado de acogida, de la solución de sus diferencias con los inversores a través de un procedimiento arbitral.

- 5 El Tribunal arbitral iraní-estadounidense de La Haya ha resuelto una serie de importantes cuestiones de Derecho económico en litigios entre nacionales estadounidenses e Irán. Con su jurisprudencia, (por ejemplo, en relación con expropiaciones y con el estándar indemnizatorio exigible, así como respecto de pretensiones contractuales y extracontrac-

³⁹⁷ V. *supra*, tema 4, nota al margen 41 y ss.

³⁹⁸ Al respecto, v. Hallier, H. J.: *Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*, 1962; Toope, S. J.: *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, 1990; Wühler, N.: "Mixed Arbitral Tribunals", EPIL, t. III, 1997, pp. 433 y ss.

³⁹⁹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 28.

⁴⁰⁰ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

⁴⁰¹ V. *infra*, tema 20, nota al margen 26.

⁴⁰² V. *infra*, tema 9, nota al margen 9.

tuales conforme al Derecho nacional e internacional público), este Tribunal ha realizado una significativa aportación al Derecho económico internacional.⁴⁰³

La clasificación del procedimiento frente al CIADI, o frente al Tribunal arbitral iraní-estadounidense de La Haya, en controversias entre Estados y particulares no es nada sencilla, a causa de su proximidad al arbitraje privado. Su especialidad consiste en que la obligatoriedad del laudo respecto del Estado implicado y la estructuración del proceso se basan en fundamentos de Derecho internacional público.

Pueden surgir conflictos de difícil resolución cuando las competencias de tribunales internacionales u otras instituciones con funciones judiciales se superponen a la hora de resolver un caso. El llamado asunto “de los peces espada chilenos” parte de una disputa sobre las restricciones impuestas por Chile al acceso de pescadores extranjeros a los caladeros de pez espada.⁴⁰⁴ El asunto fue sometido tanto al órgano de resolución de diferencias de la OMC (competente con base en las reglas de tránsito contenidas en el GATT), como al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (competente de acuerdo con las reglas del Derecho internacional del Mar sobre la protección de especies marinas migratorias). La solución de diferencias en el seno de la OMC se puede ver también desafiada por otros tribunales competentes de acuerdo con acuerdos regionales de integración o uniones aduaneras.⁴⁰⁵ Así, existe una competencia exclusiva del TJUE respecto de las disputas entre Estados miembros sobre el alcance del TFUE y del TCEEA (arts. 4.3 y 344 TFUE, art. 192-193 TCEEA).

En el asunto *MOX Plant*, sobre el vertido de sustancias radioactivas desde la central nuclear de Sellafield y el consiguiente riesgo de contaminación del Mar de Irlanda, este último país ignoró la competencia exclusiva del TJUE, presentando una demanda contra el Reino Unido fundada en la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar.⁴⁰⁶

2. Arbitraje comercial internacional

Bibliografía recomendada: Aksen, G., von Mehren, R. B. (ed.): *Internacional Arbitration between Private Parties and Governments*, 1982; Baxter, I. F.: “International Business Disputes”, ICLQ, 39/1990, pp. 288 y ss.; van den Berg, A. J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1981; Berger, K. P.: *International Economic Arbitration*, 1993, *id.*: “Party Autonomy in International Economic Arbitration: A Reappraisal”, *American Review of International Arbitration*, 4/1993, pp. 1 y ss.; Böckstiegl K. -H.: *Arbitration*

⁴⁰³ V., por ejemplo, Avanesian, A.: *Iran-United States Claims Tribunal in Action*, 1993; Crook, J. R.: “Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U. S. Claims Tribunal Experience”, *AJIL*, 83/1989, pp. 278 y ss.; Khan, R.: *The Iran-United States Claims Tribunal – Controversies, Cases and Contributions*, 1990.

⁴⁰⁴ V. *infra*, tema 10, nota al margen 131.

⁴⁰⁵ Asunto *Brazil-Measures Affecting the Import of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R; v. también *infra*, tema 9, nota al margen 122; Asunto *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and other Beverages* WT/DS308/AB/R; al respecto, v. *infra*, tema 10, nota al margen 122.

⁴⁰⁶ TJUE, As C-459/03. *Comisión v. Irlanda*, Rec. 2006, pp. I-4635 y ss.

and State Enterprises, 1984; Craig, W. L., Park, W. W., Paulsson, J.: *International Chamber of Commercial Arbitration*, 3.^a ed., 2000; Cremades, B. M.: "Commercial Arbitration", en EPIL, t. I, 1992, pp. 674 y ss.; Delaume, G. R.: "State Contracts and Transnational Arbitration", AJIL, 75/191, pp. 785 y ss.; Ebenroth, C. -T., Parche, U.: "Schiedsgerichtsklauseln als alternative Streiterledigungsmechanismen in internationalen Konsortialkreditverträgen und Umschuldungsabkommen", RIW, 1990, pp. 341 y ss.; Fox, H.: "States and the Undertaking to Arbitrate", ICLQ, 37/1988, pp. 1 y ss.; Fouchard, Ph., Gaillard, E., Goldman, B.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996; Garro, A M. (ed.): *Commercial and Labor Arbitration in Central America*, 1991; Grigera Naón, H.: *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, 1992; Herdegen, M.: "Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten", RIW, 1989, pp. 329 y ss.; Lew, J. D. M. (ed.): *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987; Lowenfeld, A F.: *International Litigation and Arbitration*, 2.^a ed., 2001; Mann, F. A.: "State Contracts and International Arbitration", BYIL, 42/1967, pp. 1 y ss.; Nerz, A.: "Vor- und Nachteile eines Schiedsverfahrens nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationale Handelskammer", RIW, 1990, pp. 350 y ss.; Redfern, A., Hunter, M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.^a ed., 2004; Rensmann, T.: *Anationale Schiedssprüche*, 1997; Schlosser, P.: *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.^a ed., 1989; *id.*: "Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland?", RIW, 1994, pp. 723 y ss.; Schütze, R. A.: "Die Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer", WM 1986, pp. 345 y ss.; Schütze, R. A., Tscherning, D., Wais, W.: *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2.^a ed., 1990; Schwebel, S. M.: *International Arbitration: Three Salient Problems*, 1987; Toope, S. J.: *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, 1990.

7 En controversias relacionadas con el tráfico económico transfronterizo, el arbitraje privado internacional desempeña un papel destacado. Entre los motivos de la popularidad del arbitraje frente al ejercicio de acciones ante tribunales nacionales, se encuentran, especialmente: la posibilidad de las partes de influir en la elección de los árbitros y en la estructuración del procedimiento, la composición del tribunal arbitral y el Derecho aplicable, la rapidez, la protección de la confidencialidad, los costes menos elevados del procedimiento, y, en ocasiones, también la mayor previsibilidad de las decisiones. Sin embargo, la "patología" de algunos procedimientos arbitrales provoca que la salida de la jurisdicción estatal pueda tener un precio considerable, como cuando una parte persigue obstaculizar el desarrollo del procedimiento arbitral, o cuando no reconoce el laudo como vinculante. Por otro lado, la actitud expectante de la comunidad internacional y la posibilidad de sanciones informales, contribuyen de forma esencial a la observancia de los convenios arbitrales internacionales.

8 Uno de los problemas especialmente actuales del moderno arbitraje económico internacional es la estructuración del proceso en varias partes, por ejemplo, con respecto a la designación del árbitro. El modelo clásico de una corte arbitral a tres (con dos árbitros

designados por las partes y un presidente nombrado por una instancia independiente) es poco apropiado para los procedimientos arbitrales con pluralidad de partes como, por ejemplo, las controversias que pueden surgir entre los socios de un consorcio de la construcción. En estos casos, si varios demandados se tienen que poner de acuerdo respecto a la designación de un árbitro, la igualdad de armas procesales puede verse menoscabada.⁴⁰⁷

Tienen gran importancia, sobre todo, los procesos realizados conforme a las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Para desarrollar procedimientos arbitrales internacionales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional –CNUDMI– (o *UN Commission on International Trade Law –UNCITRAL–* en inglés) ha elaborado un Reglamento de Arbitraje,⁴⁰⁸ cuya aplicación en el marco de acuerdos de arbitraje ha sido recomendada por la Asamblea General de Naciones Unidas.⁴⁰⁹

El arbitraje internacional no sólo se basa en la conformidad contractual de ambas partes, sino que presenta múltiples relaciones con los ordenamientos nacionales y el sistema de protección jurídica estatal. Estas relaciones cobran actualidad cuando el desarrollo del procedimiento arbitral, o el reconocimiento del laudo como decisión vinculante, ya no se alcanzan por medio del consenso entre ambas partes. Además, con frecuencia, durante la negociación sobre la composición del tribunal arbitral, o durante el procedimiento, es necesario recurrir a la tutela provisional, que sólo pueden prestar los tribunales estatales. De gran relevancia práctica es la revisión del laudo por parte de los tribunales del Estado en que se ha dictado, o por los tribunales del Estado cuyo Derecho se aplica al procedimiento arbitral como consecuencia del acuerdo de las partes. El Derecho procesal civil de cada Estado deja un margen distinto a la autonomía de la voluntad respecto de la arbitrabilidad de determinadas controversias jurídicas, la estructuración del proceso y el Derecho aplicable. Lo mismo ocurre respecto del reconocimiento de laudos que han sido dictados en otro país. La reciente legislación y jurisprudencia de algunos países europeos y de Estados Unidos tienden a la generosidad en materia de reconocimiento de laudos internacionales (por ejemplo, en relación a la arbitrabilidad objetiva de conflictos internacionales en materia de Derecho de la competencia,⁴¹⁰ o a la sola fundamentación del laudo en principios generales del Derecho).⁴¹¹ Ello refleja la importancia que se otorga a la efectividad del arbitraje en casos con elemento extranjero. En el marco de la CNUDMI-

⁴⁰⁷ V. Sent. Corte francesa de casación, as. Dutco: Rev. arb., 1992, pp. 470 y ss. Al respecto, Berger, K.P.: “Schiedsrichterbestellung y Mehrparteien-Schiedsverfahren – Der Fall ‘Dutco’ vor französischen Gerichten”, RIW, 1993, pp. 702 y ss.

⁴⁰⁸ ILM, 15/1976, pp. 701 y ss.

⁴⁰⁹ En esta materia, v. Glossner, O.: “Die UNCITRAL-Schiedsordnung in der Praxis”, RIW, 1978, pp. 141 y ss.; Sacerdoti, G.: “The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL”, JWT, 11/1977, pp. 248.

⁴¹⁰ V. por ejemplo, sent. Tribunal Supremo estadounidense, Mitsubishi Motors Corporation v. Solare Chrysler Plymouth Inc., U. S., vol. 473, 1985, pp. 614 y ss.

⁴¹¹ Sent. Court of Appeal británica, Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m. b. H. v. R’As al-

MI, se ha elaborado una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional,⁴¹² que ha servido de paradigma a la legislación de una pluralidad de Estados.

- 11 Una serie de convenios internacionales facilita el reconocimiento y ejecución internacional de laudos arbitrales. El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 es especialmente importante.⁴¹³ Este Convenio se aplica a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, así como a sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución (art. I. 1). Un Estado contratante sólo puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia emitida en otro Estado contratante conforme a dicho Convenio, si concurren determinadas circunstancias.⁴¹⁴ Por ejemplo, si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido (art. V. 1. a), o si la sentencia ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia (art. V. 1. e). Además, también se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia si, según la ley del país de destino, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (art. V. 2. a), o si el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios a su orden público (art. V. 2. b). Ello constituye una fuente de considerable inseguridad jurídica a la hora de ejecutar un laudo internacional. Junto al Convenio de Nueva York, es digno de mención el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961.⁴¹⁵
- 12 En las relaciones contractuales entre Estados y particulares, la sumisión a arbitraje constituye la forma “clásica” de solución de diferencias. Ello es debido a que, a menudo, la sujeción a la jurisdicción de su contraparte estatal no le ofrece a una empresa privada la seguridad jurídica deseada: para el Estado es difícilmente aceptable acordar la competencia de los tribunales de un tercer Estado; el particular está interesado, por su parte, en que el convenio arbitral y la validez del laudo no se sometan al Derecho nacional de su contraparte estatal, ya que éste es el “señor” de su propio ordenamiento jurídico. Con frecuencia, la protección jurídica del particular, por una parte, y la idea de soberanía por otra, no son fáciles de conciliar. Cuando, de acuerdo con la voluntad de ambas partes, el

Khaimah National Oil Company, W. L. R., 3/ 1987, pp. 1023 y ss. Al respecto, v. secc. 46 (1) (a) de la United Kingdom Arbitration Act de 1996 (ILM, 36/1997, pp. 155 y ss.)

⁴¹² Al respecto, v. Böckstiegel, K. -H.: “Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit”, RIW, 1984, pp. 670 y ss.; Kerr, M.: “Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law”, ICLQ, 44/1985, pp. 1 y ss.

⁴¹³ BOE n. 164, de 11 de julio de 1977; UNTS, vol. 330, pp. 38 y ss.; Jayme, E., Hausmann, R.: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.^a ed., 2010, n. marg. 240.

⁴¹⁴ Art. V del Convenio.

⁴¹⁵ BOE n. 238, de 4 de octubre de 1975; UNTS, vol. 484, pp. 364 y ss.; Jayme, E., Hausmann, R.: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.^a ed., 2010, n. marg. 243 (extracto).

arbitraje no se somete a ningún Derecho nacional, el laudo tiene carácter “anacional” (o “deslocalizado”). De ello se derivan complicadas cuestiones jurídicas.⁴¹⁶

También en controversias planteadas solamente entre particulares hay procedimientos arbitrales que, de acuerdo con su voluntad, no han de someterse a ningún Derecho nacional. La ejecución de estos laudos anacionales es bastante controvertida. Sin embargo, atendiendo, por ejemplo, al Convenio de Nueva York de 1958, no pueden oponerse impedimentos sustanciales a su reconocimiento y ejecución.⁴¹⁷ A pesar de ello, la opción de las partes a favor de un laudo “flotante” de este tipo (*sentence flottante*) genera en la práctica una considerable inseguridad jurídica. 13

Todo esto puede ilustrarse con el ejemplo de una famosa sentencia arbitral, que fue emitida por dos árbitros al hilo del caso SEEE; se trataba de un conflicto entre una sociedad francesa y el Estado yugoslavo en torno a una reclamación por una construcción ferroviaria.⁴¹⁸ Los tribunales suizos denegaron el reconocimiento del laudo arbitral, debido a que el Derecho procesal del Cantón de Waadt exigía un número impar de árbitros. Por otro lado, los tribunales de Suiza se abstuvieron de anular la sentencia arbitral sobre la base de que las partes no habían querido someter el proceso al Derecho procesal nacional. La lucha por conseguir una ejecución del laudo frente al Estado yugoslavo generó un peregrinaje de varias décadas por diversas instancias judiciales nacionales. Entre otras, se acudió, en repetidas ocasiones, a la Corte de Casación francesa y al Tribunal Supremo holandés. Finalmente, un tribunal de apelación francés, mediante una decisión confirmada posteriormente por la Corte de Casación, dio vía libre a la ejecución de la sentencia arbitral. 14

El mecanismo más idóneo para superar los riesgos derivados de un arbitraje entre Estados y particulares es un convenio internacional entre el Estado implicado y el Estado de origen del particular. Ejemplos de ello son el Convenio CIADI,⁴¹⁹ y los tratados de protección de inversiones, los cuales suelen prever, a su vez, la competencia del CIADI, o de un tribunal arbitral que aplique, por ejemplo, las reglas de la CNUDMI. 15

⁴¹⁶ Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedsprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, RIW, 1989, pp. 329 y ss., esp. pp. 332 y ss. y Rensmann, T.: Anationale *Schiedsprüche*, 1997.

⁴¹⁷ Al respecto, v. Herdegen (*supra*, nota anterior), p. 336; Rensmann (*supra*, nota anterior), pp. 207 y ss.; Ward Atterbury, S.: “Enforcement of A-National Arbitral Awards under the New York Convention of 1958”, *Virginia Journal of International Law*, 32/1992, pp. 471 y ss. y Sent. US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc., F. 2d, vol. 887, 1989, pp. 1357 y ss., esp. p. 1364.

⁴¹⁸ *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises c/ République de Yougoslavie*, Clunet, 1986/1959, pp. 1074 y ss. V. en este caso las sentencias emitidas por tribunales nacionales: Waadtkändisches Kantonsgericht, *Revue critique de droit international privé*, 47/1958, pp. 359 y ss.; Schweizerisches Bundesgericht, *Revue critique de droit international privé*, 47/1958, pp. 366 y ss. (comentada por J. -F. Aubert); niederländischer Hoge Raad, *Rev. arb.* 1974, pp. 311 y ss., esp. p. 321; Cour d'appel de Rouen, Clunet, 112/1985, pp. 473 y ss. (comentada por B. Oppetit) y confirmada por la Corte de Casación francesa, *Rev. arb.* 1987, pp. 149 y ss. (comentada por J. -L. Delvolvé).

⁴¹⁹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 28.

- 16 Problemas particulares se presentan cuando una controversia termina siendo objeto de procedimientos arbitrales paralelos, como así lo demuestran los procedimientos arbitrales nacidos del asunto *CME/Lauder v. Czech Republic*.⁴²⁰

El asunto versa sobre las medidas adoptadas en perjuicio de las inversiones realizadas por la sociedad holandesa CME en el mercado de las comunicaciones de la República Checa. La sociedad holandesa estaba controlada por el señor Lauder, un ciudadano estadounidense. Alegando que el gobierno checo habría frustrado el objeto de la inversión, el señor Lauder inició un procedimiento arbitral en Londres, según las reglas arbitrales de la CNUDMI y con base en el Tratado sobre protección de inversiones vigente entre la República Checa y los Estados Unidos. Poco después, CME inició otro procedimiento arbitral, esta vez en Estocolmo, también regido por las reglas de la CNUDMI, pero de acuerdo con el Tratado de protección de inversiones entre la República Checa y los Países Bajos. El tribunal arbitral de Londres terminó rechazando las pretensiones legales del señor Lauder por falta de perjuicio relevante. En cambio, pocos días después, el tribunal arbitral de Estocolmo afirmó que se había producido una expropiación de hecho. La República Checa planteó una acción de nulidad ante los tribunales de Estocolmo frente al laudo sueco, fundada en la ley sueca sobre los procedimientos arbitrales y alegando, en particular, la ignorancia de la litispendencia y la fuerza de cosa juzgada derivadas del procedimiento seguido en Londres; pero la misma no tuvo éxito.⁴²¹ En su fallo, el tribunal sueco resaltó el hecho de que la República Checa se había opuesto, en su momento, a una consolidación de los procedimientos de Londres y Estocolmo con el fin de armonizar las decisiones.

- 17 En supuestos de este tipo existen buenas razones para que la conexidad entre las pretensiones legales de una sociedad de capital y las de su socio mayoritario o único se tome en cuenta, no sólo en el plano material, sino también procesal. Por ello, sería razonable que la decisión sobre las pretensiones de una sociedad se extienda también, por regla general, a las pretensiones ejercitadas por la participación mayoritaria en el capital.

3. Competencia judicial internacional

Bibliografía recomendada: Gibbons, J. J., Meyers, T., Dolzer, R.: “Zur Reichweite der US-Gerichte in internationalen Angelegenheiten”, *RIW* 2004, pp. 899 ss.; Mann, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *RdC*, 111/1964, t. I, pp. 1 y ss.; *id.*: “The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years”, *RdC*, 186/1984, t. III, pp. 9 y ss.; Meng, W.: “Die Regeln über die Jurisdiktion im Restatement Third”, *AVR*, 27/1989, pp. 156 y ss.; Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4.ª ed., 2006,

⁴²⁰ Al respecto Sacerdoti, G.: “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules; Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ISCID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 19 (2004), pp. 1 y ss.; los fallos en estos asuntos se encuentran en el sitio web <http://www.cetv-net.com/arbitration.asp>.

⁴²¹ Svea Court of Appeals, *Czech Republic v. CME Czech Republic B.V.*, *ILM*, 42/2003, S. 919 ff.

§ 8; Schlosser, P.: *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, 2001; Schröder, J.: *Internationale Zuständigkeit*, 1971; Vagts, D. F.: “Dispute-Resolution Mechanisms in International Business”, RdC, 203/1987, t. III, pp. 9 y ss., esp. pp. 40 y ss.; Ward, H.: “Securing Transnational Corporate Accountability through National Courts”, *Hastings International & Comparative Law Review* 24 (2001), pp. 451 ss.

Por regla general, son los jueces nacionales quienes deciden sobre las controversias jurídicadas. En ese contexto, la cuestión de la competencia judicial internacional tiene gran importancia para las partes, ya que, además, la competencia internacional de los tribunales de un determinado Estado implica también la aplicación de su Derecho procesal y de sus normas de conflicto (Estado del foro), condicionando la aplicación del Derecho material. Con frecuencia, los jueces del Estado de origen de una parte se muestran más proclives que los de otro Estado a sus valoraciones. 18

En la ejecución de pretensiones contra un Estado extranjero o una empresa estatal, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los Estados, según los principios de la inmunidad estatal, sólo están sometidos a la jurisdicción extranjera cuando no está en juego su soberanía.⁴²²

La fundamentación de la competencia judicial internacional de los tribunales de un determinado Estado presupone, de forma similar a la aplicación del Derecho nacional, que existen suficientes puntos de conexión de tipo personal, territorial o material. Entre éstos se cuentan, entre otros, la nacionalidad o la residencia habitual de una de las partes, el lugar de cumplimiento de un contrato, o el de producción del resultado dañoso. Por el contrario, la escala en un país entre un avión y otro no es un criterio que pueda fundamentar la competencia judicial para conocer de procesos contra los viajeros en tránsito. 19

a) Derecho de la Unión Europea

En el marco de la Unión Europea, un grupo de Estados adoptó el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁴²³ que contiene una regulación uniforme de la competencia judicial internacional, que se aplica a los litigios en los que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro (arts. 2 y ss.). El Convenio viene acompañado de un Protocolo relativo a su interpretación, el llamado Protocolo de Luxemburgo,⁴²⁴ que entrega esta competencia al TJUE, siempre y cuando plantee la cuestión prejudicial la última instan-

⁴²² V. *supra*, tema 5, nota al margen 5.

⁴²³ BOE n. 24, 28 de enero de 1991, pp. 2910 y ss. Es válida la versión modificada por causa del acuerdo de adhesión de 1989, BOE n. 77, de 31 de marzo de 1999; al respecto, v. Kropholler, J.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., 2005.

⁴²⁴ Protocolo de Luxemburgo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BOE n. 24, 28 de enero de 1991, pp. 2919 y ss.).

cia nacional. Paralelo al Convenio de Bruselas es otro, también relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano y aplicable en su nueva versión de 2007.⁴²⁵ El Convenio de Lugano rige las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y terceros Estados, miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Entre tanto, el Convenio de Bruselas ha sido sustituido en todos los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca, por el Reglamento (CE) 44/2001 (“Reglamento Bruselas I”).⁴²⁶ Este Reglamento incorpora lo dispuesto en el Convenio de Bruselas para fines de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial. Según el Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado (art. 2.1).

Entre los foros especiales por razón de la materia, es de particular relevancia el del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación contractual que sirve de base a la demanda (art. 5.1).⁴²⁷

En cuanto a la compraventa de bienes muebles, se considera lugar de cumplimiento de dicha obligación, salvo estipulación en contrario, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías (art. 5.1 lit. b, primer renglón del Reglamento 44/2001). En consecuencia, aun en ventas donde la obligación se cumple con entregar la mercadería a un agente de transportes y no al comprador (*Versendungskauf*), es el destino final de la mercadería el que determina la competencia judicial.⁴²⁸ Ello supone que, por regla general, es competente el tribunal del lugar donde está domiciliado el comprador. El vendedor sólo puede interponer una demanda en el Estado de su domicilio cuando se haya estipulado en el contrato que la entrega ha de producirse en su domicilio. La competencia judicial para la prestación de servicios sigue reglas similares, atendiendo al lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios (art. 5.1 lit. b, segundo renglón del Reglamento 44/2001).

Los contratos de obra con suministro cuentan como contratos de compraventa en el sentido del Artículo 5.1 lit. b del Reglamento 44/2001.⁴²⁹ El lugar de cumplimiento en estos casos es el destino final de la mercadería, esto es, el lugar donde ésta debe ser entregada al comprador.⁴³⁰

En virtud del Artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, puede interponerse una demanda en materia delictual o cuasidelictual, “ante el tribunal del lugar donde se hubiere

⁴²⁵ BOE n. 251 de 20 de octubre de 1994. V. también DO 2007, L 339, pp. 3 y ss.

⁴²⁶ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12, pp. 1 y ss.), última modificación por el Reglamento (CE) 1103/2008 de 22 de octubre de 2008.

⁴²⁷ Wipping, F.: *Der europäische Gerichtsstand des Erfüllungsortes – Art. 5 Nr. 1 EuGVVO*, 2008.

⁴²⁸ Al respecto v. Hau, W.: “Die Kaufpreisklage des Verkäufers im reformierten europäischen Vertragsgerichtsstand – ein Heimspiel?”, *JZ*, 2008, pp. 974 y ss.

⁴²⁹ V. sent. TJUE, Car Trim, As. C-381/08, n. marg. 33 y ss.

⁴³⁰ V. sent. TJUE, Car Trim (*supra*, nota anterior), n. marg. 60 y ss.

producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. Ello le permite al demandante optar por el lugar del evento que causó el hecho dañoso, o por el lugar donde se manifiesta el daño causado.

En relación con la demanda interpuesta por unos horticultores holandeses ante un tribunal holandés, como consecuencia de la salinización de las aguas del Rin por la empresa francesa “Minas de Potasa”, el TJUE decidió que el Artículo 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968 (idéntico al Artículo 5.3 del Reglamento 44/2201) amparaba la posibilidad de demandar bien en el lugar de origen del hecho dañoso, o bien en el lugar del resultado (regla de la ubicuidad).⁴³¹ En caso de daños causados por un producto defectuoso, el lugar del resultado es aquél en el que el uso adecuado del producto produce un daño (por ejemplo, el lugar donde el procesamiento de un material de base defectuosa acabe en productos inservibles, o con utilidad reducida).⁴³²

b) Convención de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro

La competencia judicial internacional puede también fundarse en acuerdos entre las partes atributivos de competencia judicial internacional. La Convención de La Haya, sobre los acuerdos de elección de foro,⁴³³ prevé que el tribunal o los tribunales designados por un acuerdo exclusivo de elección de foro “serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo” (art. 5.1). 20

Un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante, o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, “se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario” (art. 3 lit. b).

El tribunal competente en virtud de las reglas referidas “no declinará el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio” (art. 5.2). Salvo con determinadas excepciones, cualquier tribunal de un Estado parte que, en virtud de un acuerdo de elección de foro, no sea competente, “suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda” (art. 6). La resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado por un acuerdo exclusivo de elección de foro, “será reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes”, excepto en los casos establecidos por la Convención (art. 8 y ss.).

c) Derecho procesal civil alemán

En el Derecho procesal civil alemán, la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes resulta por regla general de las disposiciones sobre la competencia territorial (§§ 12 y ss. *Zivilprozessordnung-ZPO*). Extraordinariamente controvertido es el foro 21

⁴³¹ V. sent. TJUE, *Handelskwekerij GJ Bier BV contra Mines de Potasse d'Alsace SA*, asunto 21/76, Rec. 1976, pp. 1735 – 1758.

⁴³² V. sent. TJUE, *Zuid Chemie*, asunto C-189/08, Rec. 2009, pp. I-6917 y ss.

⁴³³ ILM, 44/2005, pp. 1291 y ss.

del patrimonio (§ 23 ZPO), como fundamento de la competencia judicial internacional en procesos frente a demandados extranjeros, especialmente Estados extranjeros, en los casos en que las partes carecen de otros vínculos con el foro.⁴³⁴

De hecho, es difícil comprender por qué los tribunales alemanes tienen que ocuparse de un litigio entre partes extranjeras por el mero hecho de que el demandado tenga en este país una cuenta bancaria u otros bienes. En Alemania, muchas medidas provisionales adoptadas frente a empresas extranjeras se han apoyado en dicho foro patrimonial. Por ejemplo, para asegurar sus pretensiones derivadas de un contrato de compraventa, una empresa de Liechtenstein consiguió que un tribunal alemán practicase un embargo sobre los bienes del Banco Central de Nigeria en Alemania.⁴³⁵ El Tribunal Supremo alemán exige ahora, a efectos de determinar la competencia judicial internacional por medio del foro del patrimonio, que la controversia jurídica presente una conexión suficiente con el foro.⁴³⁶ Algunos convenios internacionales y el Reglamento 44/2001 excluyen de su ámbito de aplicación el empleo de foros de competencia judicial internacional con base en la mera existencia de patrimonio del demandado en ese país.⁴³⁷

En materia delictual, el § 32 del Código procesal civil alemán (*Zivilprozessordnung* –ZPO–) remite al lugar de producción del hecho dañoso o al lugar de resultado, y presenta problemas particulares de aplicación en el ciberespacio. Si se considerara como lugar de producción del ilícito la mera puesta a disposición de publicaciones en Internet desde Alemania, los tribunales alemanes serían siempre competentes. Por ello, el Tribunal supremo alemán requiere una conexión especial con Alemania.

En el caso de textos publicados en Internet en otro país que causen ofensa en Alemania, puede existir competencia, en particular, cuando exista una alta probabilidad de que el texto reciba especial atención en este país, por ejemplo, porque el artículo de un periódico estadounidense disponible en línea tiene especial relevancia para Alemania y suscita un interés considerable por parte de usuarios alemanes.⁴³⁸

d) Derecho procesal civil estadounidense

- 22 La práctica estatal conoce otros criterios de atribución de competencia judicial internacional problemáticos, esto es, con los que los tribunales nacionales fundamentan una competencia muy amplia frente a demandados extranjeros. Así, los tribunales estadounidenses fundamentan su competencia en el indicio, poco definido, de la mera actividad

⁴³⁴ Schumann, E.: “Aktuelle Fragen und Probleme des Gerichtsstands des Vermögens (§ 23 ZPO)”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 93/1980, pp. 408 y ss.

⁴³⁵ Sent. Landgericht Frankfurt am Main, NJW, 1976, pp. 1044 y ss.

⁴³⁶ Sent. de 2 de julio de 1991, BGHZ, vol. 115, pp. 90 y ss.

⁴³⁷ V. por ejemplo, el Artículo 3.2 del Reglamento 44/2001 y su remisión al Anexo primero del texto, incluyéndose en las reglas que no pueden ser invocadas frente a nacionales de Estados miembros, el Artículo 23 del Código Procesal Civil Alemán.

⁴³⁸ RIW 2010, pp. 326 y ss. (esp. 327 y ss.)

comercial en Estados Unidos (*doing business*) y, de acuerdo con él, han procedido de una forma muy generosa en el pasado.

Siguiendo esta doctrina, los tribunales del Estado de Nueva York afirmaron su competencia para conocer de la demanda frente a la sociedad británica Rolls Royce, derivada de un presunto fallo de producción en un motor de avión que había causado un accidente aeronáutico en Centroamérica.⁴³⁹ La competencia se fundó en el hecho de que Rolls Royce tenía una filial en Nueva York que se dedicaba a la venta y mantenimiento de automóviles en Estados Unidos.

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema viene diseñando ciertos límites a la competencia judicial internacional de los tribunales estadounidenses derivada de la mera presencia en la vida económica.⁴⁴⁰ En virtud del Derecho federal, los tribunales estadounidenses sólo pueden declararse competentes si ello se ajusta a Derecho constitucional, en particular al derecho a un proceso justo (*due process*).⁴⁴¹ 23

Se requiere, por un lado, mínimos contactos (*minimum contacts*) con los Estados Unidos,⁴⁴² lo que equivale a tener conexión suficiente con la jurisdicción estadounidense. Por otro lado, el recurso a los tribunales de Estados Unidos debe ser *reasonable*, esto es, compatible con *traditional notions of fair play and substantial justice*.⁴⁴³

En particular, se va a exigir que la actividad comercial en los Estados Unidos traiga consigo *continuous and systematic business contacts*. Así, para atribuir competencia en una demanda de responsabilidad por el producto frente al productor, ya no es suficiente con que el producto defectuoso llegue de alguna manera al Estado del foro. Más bien, si se quiere afirmar la competencia judicial internacional de los tribunales estadounidenses, el productor deberá haberse esforzado por vender el producto en el foro.⁴⁴⁴

La *Aliens Tort Claims Act* de 1789 (ATCA – también conocida como *Alien Torts Statute* –ATS–) otorga a los tribunales estadounidenses una competencia universal respecto de pretensiones por actos ilícitos que supongan una violación del Derecho internacional,⁴⁴⁵ que sólo pueden interponerse ante los tribunales de distrito federales (*District Courts*) de los Estados Unidos “*original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”. 24

⁴³⁹ TACA International Airlines, S. A. v. Rolls Royce of England Ltd., N. E. 2d, vol. 204, 1965, pp. 329 y ss.

⁴⁴⁰ V. por ejemplo, Sent. Corte Suprema estadounidense, Helicópteros Nacionales de Colombia v. Hall, U. S., vol. 466, 1984, pp. 408 y ss.

⁴⁴¹ V. *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 4 lit. k (2).

⁴⁴² Metropolitan Life Ins. Co. v. Robertson-Ceco Corp., 84 F.3d., pp. 560 y ss., esp. p. 567.

⁴⁴³ Sent. Corte Suprema estadounidense, Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, U. S., vol. 480, 1987, pp. 102 y ss. (esp. p. 113).

⁴⁴⁴ Sent. Corte Suprema estadounidense, n. 441,

⁴⁴⁵ Al respecto, v. Feldberg, A.: *Der Alien Tort Claims Act*, 2008.

25 La competencia fundada en ATCA alimenta la pretensión de hacer valer ante los tribunales estadounidenses las violaciones del Derecho internacional público, en particular, de los derechos humanos. Ello incluye violaciones presuntamente cometidas por particulares, sobre todo, empresas multinacionales. Tales demandas pueden servir de instrumento para promover intereses políticos.⁴⁴⁶ Esencialmente, se alegan violaciones de Derecho internacional público cometidas por empresas estadounidenses o extranjeras, o por personas naturales en el extranjero, ya que ATCA se caracteriza por su alcance extraterritorial. La admisión de demandas contra particulares de acuerdo con ATCA se funda en la violación de normas de Derecho internacional público, también vinculantes para actores no estatales,⁴⁴⁷ así como en la prestación por parte de estos particulares de un apoyo sustancial (*aiding and abetting*) a su infracción grave por parte de un Estado.⁴⁴⁸

Sobre la base de ATCA, un tribunal de apelación federal afirmó, en el caso *Doe I v. Unocal Corp.*, la competencia de los tribunales estadounidenses frente a una empresa dedicada a la construcción de gaseoductos y que, colaborando con el régimen militar de Myanmar (Birmania), habría tomado parte en graves violaciones de derechos humanos (maltrato a trabajadores forzados).⁴⁴⁹

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos muestra una marcada reticencia a la hora de reconocer la competencia de tribunales americanos de acuerdo con ATCA. En el asunto *Sosa v. Alvarez-Machain*, el Alto Tribunal afirmó que ATCA, siendo una ley que meramente regula la jurisdicción, no crea pretensiones sustanciales, sino que presupone su existencia.⁴⁵⁰ De esta manera, la Corte Suprema limita la competencia de los tribunales estadounidenses a la violación de normas claramente delimitadas y universalmente reconocidas de Derecho internacional público (cuya violación puede engendrar derechos individuales), de una entidad similar a las que habría tenido presente el Congreso estadounidense al adoptar ATCA en el siglo XVIII (por ejemplo, la prohibición del maltrato de embajadores, de la piratería y de la captura de barcos): “...courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th century paradigms we have recognized”.

⁴⁴⁶ Seibert-Fohr, A., Wolfrum, R.: “Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen”, AVR 43/2005, pp. 153 y ss.; Slaughter, A. -M./ Bosco, D. L.: “Plaintiffs, Democracy”, Foreign Affairs, 5/2000, pp. 102 y ss.

⁴⁴⁷ Sent. Corte Suprema estadounidense, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁴⁴⁸ *Khulumani v. Barclay Nat 1 Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007); al respecto Cassel, D.: “Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts”, *Northwestern Journal of International Human Rights* 6/2008, pp. 304 y ss.

⁴⁴⁹ Sent. Tribunal de apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, C. A.9 (Cal.), 2002; al respecto Gaedtker, J. -Ch.: “Der US-amerikanische Alien Tort Claims Act und der Fall *Doe v. Unocal*: Auf dem Weg zu einer Haftung transnationaler Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen?”, AVR 42/2004, pp. 241 y ss.

⁴⁵⁰ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692 (724).

En el asunto *In Re South African Apartheid Litigation*, un tribunal federal de distrito en los Estados Unidos admitió una demanda bajo ATCA por la actividad comercial de empresas durante el antiguo régimen de apartheid en Sudáfrica, para dilucidar si esa actividad había representado una asistencia sustancial y consciente a violaciones de los derechos humanos.⁴⁵¹ El tribunal considera que una asistencia sustancial y consciente justifica la responsabilidad de las empresas por *aiding and abetting*: “...customary international law requires that an aider and a better know that its actions will substantially assist the perpetrator in the commission of a crime or tort in violation of the law of nations”.⁴⁵²

En este sentido, parece excluida la responsabilidad por una actividad comercial que no represente una aportación sustancial a la violación de derechos humanos, como puede ser el suministro de ordenadores o de vehículos no especialmente equipados para usos militares y similares.

En el asunto *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, un tribunal federal de apelación requirió, para afirmar la responsabilidad por *aiding and abetting*, que el apoyo a la violación de los derechos humanos hubiera sido deliberado:

*...applying international law, we hold the mens rea standard for aiding and abetting liability in ATCA actions is purpose rather than knowledge alone. Even if there is a sufficient international consensus for imposing liability on individuals who purposefully aid and abet a violation of international law [...] no such consensus exists for imposing liability on individuals who knowingly (but not purposefully) aid and abet a violation of international law.*⁴⁵³

Se trataba en este asunto, entre otras cosas, de la construcción de infraestructuras por parte de una empresa petrolera que, según los demandantes, habría facilitado operaciones militares en contra del Derecho internacional público y orientadas, por lo menos parcialmente, a proteger la susodicha explotación petrolera. El Tribunal de apelación insistió en que, facilitar operaciones militares mediante obras de infraestructura y mediante la aportación de ingresos procedentes de la explotación petrolera, no era suficiente para fundamentar la responsabilidad de la empresa demandada; de lo contrario, la responsabilidad podría llegar a servir de instrumento para conseguir embargos, o sanciones comerciales, a través de demandas ante tribunales de los Estados Unidos:

...There is evidence that southern Sudanese were subjected to attacks by the Government, that those attacks facilitated the oil enterprise, and that the Government's stream of oil revenue enhanced the military capabilities used to persecute its enemies. But if

⁴⁵¹ Sent. Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *In Re South African Apartheid Litigation*, Lungisile Ntsebeza v. Daimler A. G., et al., 2009; Khulumani v. Barclays National Bank Ltd., et al., 2009.

⁴⁵² Sent. Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Khulumani v. Barclays National Bank Ltd.*, et al., 2009, pp. 54 y ss.

⁴⁵³ Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, ILM, 4/2010, pp. 4 y ss. (esp. p. 15).

*ATS liability could be established by knowledge of those abuses coupled only with such commercial activities as resource development, the statute would act as a vehicle for private parties to impose embargos or international sanctions through civil actions in the USA. Such measures are not the province of private parties but are, instead, properly reserved to governments and multinational organizations.*⁴⁵⁴

En el asunto *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*,⁴⁵⁵ el Tribunal de apelación del Segundo distrito asumió una posición sumamente restrictiva, denegando la responsabilidad de empresas por violaciones de derechos humanos bajo el Derecho consuetudinario internacional:

No corporation has ever been subject to any form of liability (whether civil, criminal, or otherwise) under the customary international law of human rights. Rather, sources of customary international law have, on several occasions, explicitly rejected the idea of corporate liability. Thus, corporate liability has not attained a discernable, much less universal, acceptance among nations of the world in their relations inter se, and it cannot, as a result, form the basis of a suit under the ATS.

e) El atractivo del Derecho estadounidense

- 26 Con frecuencia, el amplio espectro de criterios de atribución de la competencia judicial internacional abre la posibilidad de interponer la demanda en varios Estados. Ello hace que, a menudo, el demandante seleccione, entre los diversos foros competentes, el Estado que cuenta con el ordenamiento jurídico que mayores ventajas le ofrece. Esta posibilidad de elección es problemática si existe otro Estado que manifiesta una mayor conexión con el objeto del litigio.
- 27 En muchos casos, por ejemplo, en casos sobre responsabilidad por productos o sobre Derecho de la competencia, el Derecho estadounidense se le presenta al potencial demandante como especialmente atractivo. En este contexto, el juez británico Lord Denning ha utilizado sarcásticamente la metáfora de la polilla que se siente atraída por la luz: así sería atraído también el demandante por los Estados Unidos:

As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself: and at no risk of having to pay anything to the other side. The lawyers there will conduct the case 'on spec' as we say or on a 'contingency fee' as they say. The lawyers will charge

⁴⁵⁴ Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *The Presbyterian Church of Sudan* (*supra*, nota anterior), pp. 18 y ss.

⁴⁵⁵ Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

*the litigant nothing for their services, but instead they will take 40 per cent of the damages, if they win the case in court, or out of court on a settlement. If they lose, the litigant will have nothing to pay to the other side. The courts in the United States have no such costs deterrent as we have. There is also in the United States a right to trial by jury. These are prone to award fabulous damages. They are notoriously sympathetic and know that the lawyers will take their 40 per cent before the plaintiff gets anything. All this means that the defendant can be readily forced into a settlement. The plaintiff holds all the cards.*⁴⁵⁶

Desde la perspectiva del demandante, el atractivo de los tribunales estadounidenses deriva, entre otros motivos, de la posible adjudicación de daños punitivos (*punitive [exemplary] damages*). Son, en particular, los tribunales conformados por jurados los que han concedido, por ejemplo en casos de responsabilidad por productos, daños punitivos exorbitantes. Últimamente y basándose en el derecho a un proceso justo (*due process*), la Corte Suprema estadounidense ha reducido significativamente la cuantía de los daños punitivos, apelando a un estándar de *reasonableness*. Así, en el asunto *BMW of North America, Inc. v. Gore*, la Corte Suprema requirió que los daños punitivos tengan una correlación adecuada con:

- el grado de reprochabilidad del comportamiento sancionado (*degree of reprehensibility*)
- el daño concreto del demandante, y
- otras sanciones impuestas por infracciones comparables (por ejemplo, multas cuyo importe se encuentre determinado por ley).⁴⁵⁷

En este caso, habían sido concedidos daños punitivos por valor de dos millones de dólares a un comprador de un automóvil nuevo, al que se le había ocultado un daño en la pintura que redujo el valor del vehículo en unos 4000 dólares. La Corte Suprema estadounidense calificó la condena de *grossly excessive*.

La jurisprudencia reciente pone énfasis en que los daños ocasionados a terceros sólo pueden ser tomados en consideración para determinar el grado de reprochabilidad, pero no el daño del demandante.⁴⁵⁸ Esta interpretación ha servido para reducir en una considerable medida, por ejemplo, la responsabilidad de los productores de cigarrillos.

⁴⁵⁶ Lord Denning, M. R, en *Smith Kline and French Laboratories v. Bloch*, W. L. R., 1/1983, pp. 730 y ss., esp. p. 733

⁴⁵⁷ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559, 574 f. (1995).

⁴⁵⁸ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Philip Morris USA v. Williams* 540 U. S. 801 (condena a pagar daños punitivos de casi 80 millones de dólares por causa de la muerte de un fumador); al respecto Berger, A., Wilske, S.: "Der U.S. Supreme Court und Punitive Damages", RIW 2007, pp. 245 y ss.

En el asunto *Exxon Shipping Co. v. Baker*,⁴⁵⁹ relativo a la avería sufrida por el buque cisterna Exxon Valdez cerca de la costa de Alaska, la Corte Suprema criticó duramente la práctica de adjudicar daños punitivos más allá de lo dispuesto por leyes especiales (como, por ejemplo, el Derecho de la competencia).

La preocupación de la Corte Suprema concierne tanto a la cuantía como a la imprevisibilidad de los daños punitivos concedidos. Respecto del importe de los mismos, la Corte exige discriminar en función de la relevancia del asunto y el valor de la condena para lograr la imposición del Derecho sustantivo. Esa relevancia sería mayor en caso de infracción del Derecho de competencia, y menor en caso de daños medioambientales masivos, respecto de los cuales existe una pluralidad de potenciales demandantes. Concretamente y en cuanto a los daños al medio ambiente marino, la Corte Suprema ha considerado que una relación 1:1 entre la compensación de los daños efectivamente padecidos y los daños punitivos constituye un límite máximo adecuado.

- 28 El Derecho de Estados Unidos presenta ventajas para los demandantes también cuando se trata de hacer valer pretensiones fundadas en hechos o derechos comunes de una multiplicidad de personas en un único procedimiento. Para este tipo de demandas, el Derecho procesal civil de Estados Unidos ha desarrollado el mecanismo de la *class action*,⁴⁶⁰ según el cual el demandante presenta su demanda no sólo en nombre propio, sino también de otras personas. Al ser certificada la demanda como *class action*, los efectos de una sentencia en el asunto se extienden, por regla general, a todos los miembros del grupo. El modelo estadounidense de *class actions* ha sido imitado por Canadá, Australia e Israel. En el Derecho inglés, así como en otros Estados europeos, existen otras modalidades de acción colectiva. Por ejemplo, el legislador alemán ha introducido un juicio-tipo (*Musterverfahren*), pensado para la protección de inversores.⁴⁶¹ Se trata de seleccionar uno de los procedimientos pendientes para decidirlo como modelo de los demás; éstos deben dar su conformidad a la realización del juicio-tipo (*Beiladung*), suspendiéndose entretanto sus juicios (§ 8.3 *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – KapMuG*); una vez resuelto, prosiguen los procesos suspendidos, pero sin que se pueda volver a discutir lo allí decidido.

f) *Forum Shopping*

- 29 El término *forum shopping* alude a la atracción del demandante hacia el foro que le resulta más favorable. Para impedir abusos, se ha desarrollado en el ámbito jurídico angloamericano la doctrina del *forum non conveniens*. Según ésta, un juez puede terminar un proceso, a pesar de tener atribuida competencia, si también es competente para conocer del caso un tribunal extranjero y es claramente más razonable que el proceso se siga en

⁴⁵⁹ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Exxon Shipping CO v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008).

⁴⁶⁰ Mulheron, R.: *The Class Action in Common Law Legal Systems – A Comparative Perspective*, 2004.

⁴⁶¹ *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, Bundesgesetzblatt. 2005, serie I, pp. 2437 y ss.

el extranjero.⁴⁶² Por ejemplo, en el asunto de la explosión de una planta de pesticidas en Bhopal (India), los tribunales estadounidenses indicaron a los demandantes en uso de esta doctrina, que acudiesen a la jurisdicción india para demandar allí a la empresa química estadounidense Union Carbide.⁴⁶³

Ni el Convenio de Bruselas de 1968 ni el Reglamento (CE) 44/2001 mencionan la excepción del *forum non conveniens*. Es claro que el tribunal del domicilio del demandado no puede remitir el asunto a un tribunal de un tercer Estado (por ejemplo, el tribunal del lugar donde sucedió el hecho dañoso).⁴⁶⁴

Recientemente, en una destacada sentencia (el denominado asunto del asbesto), la *House of Lords* británica ha abierto el acceso, de forma amplia, a los tribunales británicos, en materia de responsabilidad extracontractual de empresas multinacionales.⁴⁶⁵ En el caso, se trataba de los perjuicios a la salud sufridos en Sudáfrica por los demandantes sudafricanos, causados por el polvo de amianto emitido por la filial sudafricana de la empresa matriz británica demandada. El tribunal británico rechazó la alegación de *forum non conveniens* presentada por la empresa demandada. En este rechazo, subyace la atención que se ha de prestar a los intereses de las víctimas carentes de recursos, quienes, según el Derecho procesal sudafricano, no podrían recibir una asistencia jurídica gratuita adecuada. Aquí se mezclan consideraciones sociales con la idea de otorgar una tutela judicial efectiva.

4. Obtención de pruebas en el extranjero

Bibliografía recomendada: Coester-Waltjen, D.: *Internationale Beweisrecht*, 1983; Junker, A.: *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, 1987; *id.*: “Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr: Entwicklungslinien und Perspektiven”, *RIW*, 1987, pp. 1 y ss.; Mössle, K. P.: *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1990; Schlosser, P.: *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, 1985; Stahr, W.: “Discovery under 28 U.S.C. §1782 for Foreign and International Proceedings”, *Virginia Journal of International Law*, 30/1990, pp. 597 y ss.; Swanson, S. R.: “Comity International Dispute Resolution Agreements and the Supreme Court”, *Law and Policy in International Business*, 21/1990, pp. 333 y ss.; Trittmann, R. A.: “Extraterritoriale Beweisaufnahmen und Soveränitätsverletzungen im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr”, *AVR*, 27/1989, pp. 195 y ss.

⁴⁶² V. Sent. *House of Lords* británica, *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, A. C., 1/1987, pp. 460 y ss., esp. pp. 474 y ss. per Lord Goff of Chieveley.

⁴⁶³ Sent. de S. D. N. Y., *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, F. Supp., vol. 634, pp. 842 y ss.; F. 2d., vol. 809, pp. 195 y ss. (2d Cir. 1987)

⁴⁶⁴ Así se pronunció el TJUE respecto al art. 2 del Convenio de Bruselas en el asunto *Owusu v. Jackson*, C-281/02, Rec. 2005, pp. I-1383, n. marg. 38 y ss.

⁴⁶⁵ *Lubbe v. Cape Plc*, AC, 1/2001, pp. 1545 y ss. Respecto a la quiebra del principio del *forum non conveniens* en el marco de demandas civiles de indemnización por daños y perjuicios por vulneraciones graves de los derechos humanos, v. también Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, ILM, 40/2001, pp. 480 y ss. y el comentario de Rau, M., *ZaöRV*, 61/2001, pp. 177 y ss.

- 30 El acceso al material probatorio que se encuentra en el extranjero, por ejemplo, la presentación de documentos o la toma de declaración a testigos, es una de las cuestiones más delicadas del Derecho procesal internacional. Frente al interés (especialmente del demandante) por que se realice una prueba exhaustiva, se sitúa la soberanía territorial del Estado extranjero y la confianza de la parte procesal en la tutela a través del ordenamiento jurídico extranjero.
- 31 La práctica judicial estadounidense, que, por ejemplo, en los procesos de responsabilidad por productos, ha ordenado de forma muy descuidada la presentación de material probatorio extranjero, ha generado una especial irritación, sobre todo en los Estados europeos.⁴⁶⁶ Un ejemplo de ello es el recibimiento a prueba dictado en Estados Unidos contra Volkswagen, por el que representantes de los demandantes fueron autorizados en los Estados Unidos para entrar en las instalaciones de la empresa en Alemania, mantener conversaciones con empleados y acceder a los planos de construcción.⁴⁶⁷
- 32 Tras el acceso extensivo al material probatorio en el extranjero subyace la consideración de que la jurisdicción estadounidense sobre un sujeto procesal se extiende también a los medios de prueba que se encuentren a su disposición, no lesionando la soberanía extranjera el traslado de pruebas a un proceso en Estados Unidos. Este punto de vista es muy problemático y ha generado algunos conflictos de jurisdicción con otros Estados.
- 33 La realización de una diligencia de prueba formal en el territorio de un determinado Estado (como el interrogatorio a testigos) se reserva, en principio, a los órganos de ese Estado, ya que es un ejercicio del poder soberano. El Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil,⁴⁶⁸ supone un importante fundamento convencional para la asistencia judicial internacional. Son Estados contratantes un conjunto de importantes países industrializados, como Alemania, Francia, Gran Bretaña o los Estados Unidos. Según este Convenio, la autoridad judicial de un Estado contratante podrá solicitar de la autoridad competente de otro Estado contratante, la obtención de pruebas o la realización de otras actuaciones judiciales (art. 1). Una comisión rogatoria de este tipo sólo podrá no ejecutarse o denegarse, si se dan determinadas circunstancias (arts. 11 y 12).
- 34 La orden de presentar documentos antes del inicio del juicio (*pre-trial discovery of documents*) genera una especial irritación en otros países. El Derecho procesal estadounidense permite acudir a este instrumento también con fines de tanteo, sin precisarse el objeto de la prueba (*fishing expeditions*) y con una amplitud tal que puede hacer que el discovery

⁴⁶⁶ V. por ejemplo, *American Law Institute: Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, t. I, 1987, comentarios al § 474, pp. 551 y ss.

⁴⁶⁷ Volkswagenwerk AG v. Superior Court, Alameda Country, Cal. App. 3d, vol. 123, pp. 840 y ss.

⁴⁶⁸ BOE n 203, de 25 de agosto de 1987; ILM, 8/1969, pp. 37 y ss.

sea especialmente gravoso para los demandados, obligándoles a celebrar un acuerdo transaccional desventajoso⁴⁶⁹). Para evitar este riesgo procesal, en muchos contratos con socios estadounidenses se incluye una cláusula arbitral. De todas formas, no sería del todo adecuado considerar el instituto del *pre-trial discovery* únicamente como una expresión degradada de la cultura del Derecho procesal. También hay que tener en cuenta que algunos sistemas jurídicos europeos (como el Derecho procesal alemán) no conceden a la prueba documental (al contrario de lo que sucede con la prueba testifical) la relevancia apropiada. Finalmente, a este respecto, la jurisprudencia estadounidense admite como también ocurre respecto de la aplicación extraterritorial del Derecho, una ponderación de intereses conciliadora, para evitar que estas diligencias se tomen como injerencias en una jurisdicción extranjera.

La obligatoriedad del empleo del Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, en los recibimientos a prueba en juicio contra una parte procesal es muy discutida (especialmente en la relación entre Estados Unidos y algunos países europeos). En esta materia, hay que tener en cuenta que el Artículo 23 del Convenio de La Haya prevé la posibilidad de que todo Estado contratante declare que no ejecutará las comisiones rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países de *common law* con el nombre de *pre-trial discovery of documents*, o sólo lo hará con ciertos límites. Esta declaración ha sido emitida, entre otros, por países como España, Alemania, Francia y Reino Unido. 35

En el asunto *Aéropatiale*, la Corte Suprema estadounidense se ha pronunciado, en principio, a favor de admitir las órdenes de aportación de documentos (incluido el *pre-trial discovery*).⁴⁷⁰ En este caso, se trataba de la existencia de documentos en Francia y de su presentación por parte de los demandados en un proceso de responsabilidad por productos frente a dos empresas estatales francesas, a causa de un accidente de tráfico. El tribunal tuvo que enfrentarse, en primer lugar, a la objeción de que, en materia de medios de prueba situados en el extranjero, el Convenio de La Haya debía aplicarse de forma exclusiva o, al menos, con prioridad frente a otros mecanismos. La Corte Suprema rechazó esta opinión, alegando que el Convenio de La Haya no desplaza a las reglas procesales estadounidenses sobre diligencias probatorias. El tribunal resaltó, sin embargo, que debían tenerse en cuenta los intereses estatales extranjeros (*comity*), y exigió una concreta ponderación de intereses en la selección de las medidas. Así, la solicitud planteada en primer término, para que se emitiesen determinadas explicaciones sobre la prueba, fue menos incisiva que la 36

⁴⁶⁹ V. por ejemplo, *supra*, las palabras de Lord Denning, n. marg. 27 en este capítulo.

⁴⁷⁰ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States Districts Court for the District of Iowa, U.S.*, vol. 482, 1987, pp. 522 y ss. Al respecto, v. Born, G. B., Hoing, S.: "Comity and the Lower Courts: Post-Aérospatiale Applications of the Hague Evidence Convention", *International Lawyer*, 24/1990, pp. 393 y ss.; Gerber, D. J.: "International Discovery after Aérospatiale: The Quest for an Analytical Framework", *AJIL*. 82/1988, pp. 521 y ss.; Heidenberger, P.: "Die Supreme Court-Entscheidung zum Haager Beweisübereinkommen", *RIW* 1987, pp. 666 y ss.

orden de presentación de todos los planos de construcción. Sería admisible adoptar este tipo de medidas, relativamente poco gravosas, antes de acudir a una comisión rogatoria.

- 37 La legislación estadounidense ofrece a las partes en litigios, o procedimientos de investigación, seguidos en un foro extranjero o internacional, una extensa gama de opciones para exigir la presentación de documentos, a través de un tribunal estadounidense (28 U.S.C. 1782 [a]). Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido, en el asunto *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*, que este recurso a la legislación procesal estadounidense es admisible, incluso en procedimientos extrajudiciales, como en un recurso ante la Comisión Europea en materia *antitrust*.⁴⁷¹

El asunto se refiere a un recurso presentado por la empresa AMD contra la sociedad Intel, ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Con el recurso, AMD invitaba a la Comisión a solicitar ante un tribunal estadounidense, mediante una comisión rogatoria, la presentación de ciertos documentos que Intel había entregado en un procedimiento *antitrust* en Alabama. Al no tener éxito en su petición, AMD interpuso demanda en Estados Unidos para obligar a Intel a presentar los documentos deseados ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. La Corte Suprema estadounidense extendió el ámbito de aplicación de la ley en cuestión a procedimientos de investigación en materia *antitrust*. En esta dirección, el Alto tribunal ha invitado a los jueces estadounidenses, confrontados con tales peticiones, a analizar, en el ejercicio de su discreción sobre si prestar el apoyo requerido o no, diversos criterios como la naturaleza del procedimiento extranjero, la disponibilidad de las instituciones extranjeras en cuestión a brindar asistencia judicial a los Estados Unidos, o si la realización de la diligencia de prueba es razonable,

Según reciente jurisprudencia estadounidense, es posible recurrir al instrumento de *pre-trial discovery* hasta en un procedimiento arbitral privado seguido fuera de los Estados Unidos.⁴⁷² Ello permite que una parte en un procedimiento arbitral solicite, ante un tribunal estadounidense competente, una *fishing expedition* en búsqueda de pruebas. Hay que esperar a ver si esta jurisprudencia desencadena una atracción generalizada a la Jurisdicción estadounidense, incluso en los casos en los que únicamente exista una conexión remota con ella. Las partes en un procedimiento arbitral harían bien en protegerse a través de medidas de precaución *ad hoc*, como la celebración de un acuerdo excluyendo el recurso al *pre-trial discovery*.

5. Notificación, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras

Bibliografía recomendada: Geimer, R., Schütze, R. A.: *Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen* (estado 2010); Geimer, R., Schütze, R. A.: *Internationale*

⁴⁷¹ 542 U.S. 241 (2004).

⁴⁷² Tribunal de Distrito de los Estados Unidos (N. D. Ga., Atlanta Division), In re Roz Trading Ltd., 469 F.Supp.2 d 1221, 19 de diciembre de 2006.

Urteilsanerkennung, t. I/1, 1983, t. I/2, 1984 y t. II, 1971; von Mehren, A.: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgements—General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements”, RdC, 167/1980, t. II, pp. 9 y ss.; Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4.^a ed., 2006, pp. 287 y ss.

En materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, los Estados 38 pueden decidir libremente, a menos que existan regulaciones convencionales especiales. Según el Derecho procesal civil alemán, las sentencias extranjeras se reconocerán si no concurre ninguna de las causas de denegación legalmente establecidas (§ 328 ZPO). Según este precepto, se excluye el reconocimiento de una sentencia extranjera, cuando, por ejemplo, el tribunal extranjero no poseía competencia según las normas alemanas sobre competencia judicial internacional; o si el reconocimiento de la sentencia conduce a un resultado que es claramente incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán, especialmente si el reconocimiento no es compatible con los derechos fundamentales (vulneración del orden público alemán, § 328.1.4 ZPO), o si no se garantiza la reciprocidad (§ 328.1.5 ZPO). Las sentencias extranjeras no se pueden declarar ejecutables si el § 328 ZPO impide su reconocimiento (§ 723.2.2 ZPO).

El reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera pueden verse también obs- 39 taculizados, cuando se condena a un pago claramente desproporcionado en concepto de daños punitivos.

En una decisión reciente, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) ha negado la 40 ejecutabilidad de una sentencia civil estadounidense en la que se condenó al demandado a pagar daños punitivos en una cuantía que, desde el punto de vista alemán, era exorbitada.⁴⁷³

El caso se refería a una indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la realización de prácticas homosexuales con un menor de edad y a los perjuicios psíquicos que se le ocasionaron. Los *punitive damages* reconocidos al demandante ascendían a 400.000 dólares, y sobrepasaban la totalidad de la restante suma indemnizatoria (costes de la terapia y una considerable cantidad por daños morales). En este caso, el Tribunal alemán entendió que la decisión estadounidense era incompatible con el orden público alemán en el sentido del § 328.1.4 ZPO, teniendo en cuenta la desproporción del importe y su carácter punitivo.

La asistencia judicial internacional respecto de la notificación de demandas se rige por 41 el Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.⁴⁷⁴ El Convenio de La Haya sólo le permite a un Estado requerido rehusar la notificación cuando éste juzgue

⁴⁷³ V. sentencia de 4 de junio de 1992, BGHZ, vol. 118, pp. 312 y ss.

⁴⁷⁴ BOE n 203, de 25 de agosto de 1987.

que el cumplimiento “es de tal naturaleza que implica un atentado a su soberanía o a su seguridad” (art. 13).

- 42 En demandas reclamando una indemnización exorbitante, como las que se plantean con frecuencia en Estados Unidos en el marco de acciones colectivas (*class actions*), la mera notificación de la demanda en ese país puede poner en peligro la reputación de una empresa y su patrimonio en Estados Unidos. Además de la predisposición de los tribunales estadounidenses (sobre todo, en procesos con jurado) a imponer cuantías indemnizatorias asombrosamente elevadas, las peculiaridades del Derecho procesal estadounidense (como el *pre-trial discovery of documents*) animan a algunos demandantes agresivos. Por eso, ya la mera defensa procesal frente a reclamaciones de este tipo puede llegar a convertirse en una pesada carga incluso para empresas que poseen un capital abundante.
- 43 Por ello, es comprensible que los empresarios del ámbito europeo se defiendan frente a la notificación de demandas con reclamaciones monstruosas de conformidad con el Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, mediante la alegación de la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos en el ámbito nacional. Desde luego, una demanda en el extranjero, pidiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como su notificación en la Jurisdicción interna no atentan contra principios jurídicos fundamentales, tal y como los recoge la Ley Fundamental alemana.⁴⁷⁵ No obstante, la notificación de una demanda dirigida a obtener daños punitivos puede violar dichos principios esenciales de un Estado de Derecho si concurren otras circunstancias agravantes, como el planteamiento abusivo de la demanda como instrumento de presión.

En el caso *Bertelsmann* (Napster), el Tribunal Constitucional alemán impidió provisionalmente la notificación de una demanda planteada en Estados Unidos frente a la empresa de comunicación alemana Bertelsmann, en la que se le reclamaba el pago de una indemnización de diecisiete mil millones de dólares, por su supuesta corresponsabilidad en lesiones de los derechos de autor operadas por el servicio de descargas Napster. En la argumentación de la decisión cautelar dictada en el marco de un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional alemán observa posibles límites al deber de auxilio convencional en los casos en que “la reclamación extranjera formulada mediante demanda carece notoriamente de fundamento —especialmente por su cuantía—. Si se utilizan los procedimientos ante tribunales nacionales de forma manifiestamente abusiva, con el fin de doblegar a un operador del mercado a través de la presión periodística y del riesgo de una condena, podría vulnerarse el Derecho constitucional alemán”.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Sent. BVerfGE 1991, pp. 335 y ss., en esp. 339 y ss.

⁴⁷⁶ Sent. BVerfGE, de 25 de julio de 2003, vol. 108, pp. 238 y ss., en esp. p. 248.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional alemán afirma que es imperativo rehusar una notificación según el Convenio de La Haya, si el objetivo perseguido con la demanda es “manifiestamente incompatible con principios imprescindibles de un Estado de Derecho”.⁴⁷⁷ Sin embargo, tal reserva, basada en el Derecho constitucional alemán, es difícil de conciliar con el alcance limitado de las excepciones a la notificación de demandas previstas por el Artículo 13 del Convenio de La Haya.

Acaso es oportuno iniciar, con la debida cautela, un debate acerca del respeto de los principios de Estado de Derecho en el sentido de la Ley Fundamental alemana en los foros de cooperación interestatal. Ello podría servir a animar una discusión más viva a efectos de disciplinar las demandas exorbitantes. 44

El reconocimiento y la ejecución recíproca de decisiones judiciales viene asegurado por un conjunto de convenios bilaterales y multilaterales que establecen requisitos simplificados. A este respecto, el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁴⁷⁸ tiene gran importancia. Este texto convierte el contenido del Convenio de Bruselas en Derecho derivado de la Unión Europea y obliga a todos los Estados miembros menos a Dinamarca;⁴⁷⁹ aunque un acuerdo especial con la Unión Europea ha convertido el contenido, con algunas excepciones, del Reglamento Bruselas I también aplicable a Dinamarca.⁴⁸⁰ 45

En virtud del Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas de 1968, las resoluciones dictadas por un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (“reconocimiento automático” de acuerdo con el Artículo 33 del Reglamento, Artículo 26 del Convenio). No obstante, existe una serie de causas que justifican la denegación del reconocimiento y de la ejecución en la fase de recurso (arts. 34 y 35 del Reglamento, arts. 27 y 28 del Convenio). Entre ellas, juega un importante papel práctico la cláusula de orden público, que posibilita el no reconocimiento de decisiones si éste fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (art. 34.1 del Reglamento, art. 27.1 del Convenio). Las sentencias dictadas y ejecutables en un Estado miembro pueden ser ejecutadas en otro Estado miembro tras el otorgamiento, a instancia de parte interesada, de la declaración de ejecutabilidad (art. 38.1 del Reglamento, art. 31.1 del Convenio). Tal instancia sólo puede ser desestimada por los mismos motivos que conducen al no reconocimiento de una sentencia (art. 45.1.1 del Reglamento, art. 34.2 del Convenio). El Reglamento 46

⁴⁷⁷ Sent. BVerfG, EuGRZ 2007, pp. 234-235, refiriéndose a la sent. BVerfGE 91, pp. 335 y ss. El asunto que fue objeto de este procedimiento se terminó mediante revocación del recurso de amparo constitucional.

⁴⁷⁸ V. nota al margen 19 en este capítulo.

⁴⁷⁹ V. nota al margen 19 en este capítulo.

⁴⁸⁰ DO 2005, L 2099, p. 62 y ss.

Fundamentos

805/2004 prevé la ejecución transfronteriza, en la Unión Europea, de títulos ejecutivos para créditos no impugnados.⁴⁸¹ La supresión de cualquier control material en la ejecución de sentencias, incluso las dictadas en contumacia, ha suscitado opiniones controvertidas.

⁴⁸¹ DO L 143, pp. 15 y ss.. Al respecto v. Stadler, A.: “Kritische Anmerkungen zum Europäischen Vollstreckungstitel”, RIW 2004, pp. 801 y ss.