

COLECCIÓN DE MATERIALES DIDÁCTICOS DE DERECHO Y CINE

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CINE

Materiales didácticos
para un sistema ECTS

ELOY MIGUEL GAYÁN RODRÍGUEZ (COORD.)
RAMÓN SANTIAGO PAZ LAMELA (COORD.)
JOSÉ JOAQUÍN VARA PARRA (COORD.)

LAURA CARBALLO PIÑEIRO
KATIA FACH GÓMEZ
INMACULADA GARCÍA MAZÁS
ÁNGELES LARA AGUADO

NURIA MARCHAL ESCALONA
RAMÓN SANTIAGO PAZ LAMELA
CARMEN RUIZ SUTIL
JOSÉ JOAQUÍN VARA PARRA



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**El Derecho Internacional Privado
en el cine**

Material didáctico para un sistema ECTS

Colección de Materiales Didácticos de Derecho y Cine nº 3

Red de Profesores para la Elaboración de Materiales Didácticos
para la Enseñanza del Derecho a través del Cine
(www.revistaprojectodecine.com)

**El Derecho Internacional Privado
en el cine**

Materiales didácticos para un sistema ECTS

Coordinación

Eloy Miguel Gayán Rodríguez

Ramón Santiago Paz Lamela

José Joaquín Vara Parra

Autores

Laura Carballo Piñeiro

Katia Fach Gómez

Inmaculada García Mazás

Ángeles Lara Aguado

Nuria Marchal Escalona

Ramón Santiago Paz Lamela

Carmen Ruiz Sutil

José Joaquín Vara Parra

**El Derecho Internacional Privado en el cine.
Materiales didácticos para un sistema ECTS**

Autores: CARBALLO PIÑEIRO, Laura *et alii*

Coordinación editorial: GAYÁN RODRÍGUEZ, Eloy Miguel;
PAZ LAMELA, Ramón Santiago; VARA PARRA, José Joaquín

A Coruña, 2012

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións

Colección de Materiales didácticos de Derecho y Cine,
nº 3

Nº de páginas: 164

Índice, páginas: 9-10

ISBN: 978-84-9749-520-2

Depósito legal: C 2003-2012

BIC: LBG, Derecho Internacional Privado. APF, Películas,
Cine.

Edición

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións

<http://www.udc.es/publicaciones>

© Universidade da Coruña

Distribución

Meubook S.L. <http://www.meubook.com>

Telf. 902 922 477

Coordinadores

Eloy Miguel Gayán Rodríguez. Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidade da Coruña.

Ramón Santiago Paz Lamela. Investigador del programa FPU del Ministerio de Educación. Universidade da Coruña

José Joaquín Vara Parra. Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado. Universidade da Coruña.

Autores

Laura Carballo Piñeiro. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidade de Santiago de Compostela.

Katia Fach Gómez. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Zaragoza.

Inmaculada García Mazás. Profesora interina de sustitución de Derecho internacional privado. Universidade da Coruña.

Ángeles Lara Aguado. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

Nuria Marchal Escalona. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

Ramón Santiago Paz Lamela. Investigador del programa FPU del Ministerio de Educación. Universidade da Coruña

Carmen Ruiz Sutil. Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

José Joaquín Vara Parra. Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado. Universidade da Coruña.

ÍNDICE

Presentación.....13

Fichas didácticas

Laura Carballo Piñeiro

La formación jurídica y el método de aprendizaje en “Vida de estudiante” (*The Paper Chase*)..... 15

Titulación de créditos e hipotecas sub prime en “Cleveland vs. Wall Street”..... 27

La responsabilidad por productos y las *class action* en “Bananas!”.... 39

Katia Fach Gómez

La contaminación medioambiental en Derecho internacional privado. “Crude: the real price of oil”..... 53

Arbitraje internacional de inversiones. “También la lluvia” (*Even the rain*).....65

Trabajadores transfronterizos y deslocalización empresarial en “Outsourced”.....71

Inmaculada García Mazás & Ramón Santiago Paz Lamela

Integración y diferencias culturales en la adopción internacional. “Un cuento para Olivia”..... 77

Ángeles Lara Aguado

Aspectos generales del matrimonio en derecho internacional privado. El matrimonio de conveniencia en “Cleopatra”..... 85

Nuria Marchal Escalona

Inmigración y multiculturalismo en “Babel”..... 93

El matrimonio concertado y la mutilación genital femenina en “La flor del desierto”..... 101

Interés superior del menor y fracaso en la adopción internacional. “La vergüenza”..... 109

Ramón Santiago Paz Lamela

Las diferencias culturales y la protección del menor en las adopciones internacionales. “La casa de los babys”..... 123

Carmen Ruiz Sutil

Inmigración, violencia y matrimonio concertado en “Oriente es Oriente” (*East ist East*)..... 129

José Joaquín Vara Parra

Multiculturalidad, globalización e inmigración en “The Honey-moons”..... 139

El turismo “divorcista” y el *forum shopping* en “That Uncertain Feeling”..... 147

La relevancia del elemento “extranjería” en el Derecho internacional privado. “Route Irish”..... 155

Abreviaturas y acrónimos

AAVV	Autores varios
ADI	Anuario de Derecho Internacional
AEDIPr.	Anuario español de Derecho internacional privado
Art.	Artículo
Aud.	Audiencia
BIMJ	Boletín de información del Ministerio de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc.	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Constitución Española
CEE	Comunidades Europeas
CIEC	Comisión internacional del Estado Civil
CMR	Convenio relativo al transporte internacional de mercancías
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
GATT	Acuerdo General de Tarifas Aduaneras y Comercio
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
NU / ONU	Organización de las Naciones Unidas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RGD	Revista General de Derecho
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

PRESENTACIÓN

Esta publicación nace en el marco de la *Red de Profesores para Elaboración de Materiales Didácticos para la Enseñanza del Derecho a través del Cine*, surgida en el año 2009 en la Facultad de Derecho de A Coruña. Poco a poco ha ido ampliando su composición y actualmente está integrada por más de 150 profesores universitarios de más de 30 universidades fundamentalmente españolas. La Red está subdividida en varias secciones, cada una de las cuales se corresponde con un área o disciplina jurídica diferente (Derecho administrativo, Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho internacional privado, Derecho internacional público, etc).

Esta Red ha sido creada con la finalidad de establecer un marco cooperativo entre profesores universitarios de Derecho con la finalidad de elaborar e intercambiar materiales didácticos consistentes en la utilización del cine como un recurso para el aprendizaje y la enseñanza. Para cumplir este objetivo se creó una plataforma *on-line* denominada *Proyecto DeCine* (www.revistaprojectodecine.com), que es utilizada por los miembros de la Red como una vía para el intercambio interno de estos materiales didácticos.

La *Colección de Materiales Didácticos de Derecho y Cine* se pone en marcha en el seno de la Red con el objetivo de divulgar los materiales elaborados por sus miembros, es decir, con la finalidad de completar el trabajo colaborativo de intercambio de materiales didácticos entre los miembros de la red, con su divulgación externa a través de la publicación de una colección de libros electrónicos de libre acceso *on-line*.

La Colección dispone de una plataforma *on-line* de publicación en el portal *Meubook* (<http://www.meubook.com/>). En ella se tendrá acceso a los volúmenes de los libros en formato electrónico y de forma gratuita, pero también se abre la posibilidad de adquisición bajo demanda de los libros en formato papel. Asimismo, esta plataforma también pretende ser una vía de contacto de los miembros de la Red con personas externas que estén interesadas en el trabajo que desarrollamos y, eventualmente, en establecer posibles vías de cooperación, reforzando así los objetivos didácticos y educativos de la Red.

Este es el tercer volumen de la Colección, y el primero dedicado por completo al Derecho internacional privado. Para ello se han

seleccionado las materias teniendo en cuenta el gran impacto social y cultural que poseen en la actualidad. Así, a través del presente libro es posible obtener una aproximación jurídica a materias como la adopción internacional y las implicaciones que de ella se derivan, tanto para los menores adoptados como para los futuros padres adoptivos. El reto de la integración y la multiculturalidad, que afecta de forma directa a las adopciones, también es analizado desde la perspectiva de la inmigración. El constante flujo de personas entre los distintos Estados europeos y terceros Estados plantea cuestiones jurídicas de diversa índole. En la actualidad, la celebración de matrimonios entre nacionales de distintos Estados, cuestión que en el pasado tenía un carácter casi anecdótico, a causa de las corrientes migratorias actuales ha visto incrementada su frecuencia. En esta misma línea, la deslocalización comercial y productiva genera constantes desplazamientos de trabajadores y mercancías, generando un entramado jurídico complejo en torno a su regulación jurídica. Asimismo, la globalización, como fenómeno sociocultural, también conlleva consecuencias económicas y medioambientales, cuyo tratamiento es materia del Derecho comercial internacional y, en definitiva, del Derecho internacional privado.

Por último, nos gustaría agradecer a todos los miembros de la Red, y en especial a los que conforman la sección de Derecho internacional privado, su participación y aportaciones. Asimismo, no sería justo finalizar los agradecimientos sin hacer lo propio con el Profesor Juan José Pernas García, de quién surgió la idea de la Red, de la presente Colección, y quién se ha preocupado y sigue preocupándose porque todo el trabajo siga adelante.

En A Coruña, 25 de junio de 2012

Eloy Miguel Gayán Rodríguez

Ramón Santiago Paz Lamela &

José Joaquín Vara Parra

La formación jurídica y el método de aprendizaje en “Vida de estudiante”

Laura Carballo Piñeiro¹

1. Película

TÍTULO

Vida de estudiante (*The Paper Chase*)

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 1973

País: Estados Unidos

Guión: James Bridges

Música: John Williams

Fotografía: Gordon Willis

Reparto: Timothy Bottoms, Lindsay Warner, John Houseman, Graham Beckel, James Naughton, Craig Richard Nelson, Edward Herrmann, Robert Lydiard, Regina Baff, Lenny Baker, David Clennon, Irma Hurley.

Productores: Robert C. Thompson, Rodrick Paul

Duración: 106 minutos

SINOPSIS

Basada en la novela homónima de John Jay Osborn, Jr., publicada en 1970, cuenta la vida de un estudiante de Derecho en la Universidad de Harvard de esos años. El propio escritor se graduó en la *Harvard Law School* y narra las vicisitudes de Hart, un brillante estudiante de primer año, procedente de Minnesota. Éste se obsesiona con el profesor de contratos, Charles W. Kingsfield, Jr., quien emplea el método socrático, distintivo de la *Harvard Law School* desde su introducción por Christopher Columbus Langdell. En general, la película radiografía con gran éxito el sistema jurídico estadounidense, como demuestra el que haya sido elegida como una de las 25 *greatest legal movies* por el *ABA Journal*.

¹ Miembro del Grupo de innovación docente *De Conflictu Legum* (USC), y profesora de la asignatura Derecho privado comparado.

2. Temática jurídica

Palabras clave: formación jurídica, métodos de aprendizaje, método socrático, método del caso, técnicas de aprendizaje, técnicas de evaluación, derecho privado comparado, derecho estadounidense, fuentes del derecho, *common law*, contratos.

La película es un excelente reflejo de la vida universitaria estadounidense, por lo que sirve para realizar una reflexión sobre la formación jurídica en dicho país, esto es, qué objetivos persiguen las escuelas de derecho estadounidense teniendo en cuenta los profesionales requeridos por esta sociedad. La reflexión alcanza al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), por cuanto allí se insiste en la necesidad de abandonar un modelo de estudiante pasivo por otro en el que aquél participa activamente en la creación de sus propias estructuras cognitivas. En este contexto, la promoción de un aprendizaje significativo trae consigo el análisis de métodos de aprendizaje, entre los que destaca, al menos en derecho, el método socrático, permitiendo el visionado de la película comprender en qué consiste.

Qué futuros profesionales del derecho se quiere formar es una reflexión que conduce a mostrar el sistema jurídico en el que se han de integrar. Desde un punto de vista comparado, la película nos ilustra sobre el derecho estadounidense, en particular sobre el papel e influencia de los juristas y las universidades en la sociedad estadounidense, sobre el sistema estadounidense de fuentes y, por último, a través del profesor que obsesiona al protagonista, sobre contratos en derecho estadounidense.

3. Comentario de la profesora

I. Formación jurídica

A) El sujeto

El gráfico título en español de la película da cuenta de su objetivo, mostrar la vida de un estudiante en la *Harvard Law School*, para lo que procede a analizar al mismo estudiante, tratando temas como la inteligencia y la memoria. El protagonista de la película es invitado a tomar una cerveza por un conmitón y en la conversación surge el tema de en qué medida se necesita ser un genio para estudiar derecho en Harvard. El tema de la memoria ocupa más espacio y sirve de contrapunto para subrayar la importancia del razonamiento jurídico,

de cómo el entrenamiento que un estudiante recibe en Harvard debe ir dirigido a hacerle pensar como un jurista, sin que la memoria sirva para conseguir ese resultado, tal y como descubre en propia carne uno de los estudiantes reflejados en la película.

La combinación tiempo de estudio/tiempo de ocio también ocupa un espacio destacado, en particular a través de la relación que el protagonista entabla con la hija de su profesor: precedida por una reflexión con sus compañeros sobre la necesidad de dedicarse en cuerpo y alma al estudio, Hart conoce a Susan e inicia una relación amorosa, en la que pronto le reprocha servirle de distracción en su preocupación por ser de los primeros de la clase. Justamente, el mismo Hart nos regala con un análisis sociológico de la clase, clasificada, según él, en tres grupos: en el primer escalón se encuentran los estudiantes que se sientan en la parte de atrás, renunciando al lugar asignado y preparando los casos, lo que significa que ya han abandonado. En el siguiente escalón están aquellos que nunca levantan la mano para contestar, pero que lo intentarán si se les nombra. Por último, en el escalón más alto se encuentran los voluntarios; según Hart, no son más listos, pero sí más valientes y ello les merecerá un reconocimiento final, la obtención de mejores notas. Ahora bien, para acceder a este escalón es necesario trabajar muy duro, lo que redundará indudablemente en el tiempo de ocio.

B) El método de aprendizaje

Los métodos de aprendizaje son protagonistas en una escuela que presume de haber generalizado el método socrático, basado en la dialéctica y que persigue estimular el razonamiento crítico a través de preguntas y respuestas. Como informa el Profesor Kingsfield, “yo les nombro, les hago una pregunta y ustedes contestan. No les doy una conferencia, porque a través de mis preguntas aprenderán a enseñarse a sí mismos. (...) pretendemos desarrollar en ustedes la habilidad de analizar ese vasto complejo de hechos que constituyen las relaciones entre miembros de una determinada sociedad. (...) Se enseñan a sí mismos las leyes, pero yo adiestro sus mentes”.

La introducción del método socrático como método de aprendizaje se debe al Decano Christopher Columbus Langdell, quien revoluciona la enseñanza del derecho abandonando la tradicional técnica de contar a los estudiantes en qué consiste el derecho, por otra en la que deben aprender por inferencia, a través de preguntas y respuestas.

Por ello, esta fórmula es conocida como “método del caso”. La película también consigue reflejar el esfuerzo que este método comporta para el estudiante: comienza con el primer día de clase y las preguntas del Profesor Kingsfield dirigidas a Hart, quien no sabe contestar porque todavía no ha estudiado los materiales que ya están a su disposición...

C) La técnica de aprendizaje

Las técnicas de estudio también ocupan un puesto en un relato sobre la vida del estudiante. Hart es invitado desde los primeros días en el campus a participar en un grupo de trabajo, donde se ponen en común dudas y apuntes, para lo cual cada uno ha de especializarse en una asignatura. El trabajo en equipo también sirve de apoyo psicológico para superar los muchos malos momentos que allí viven los estudiantes, aunque los distintos caracteres y, en particular, la elevadísima competitividad que caracteriza a estas escuelas se refleja en un muy desigual sustento psicológico, que provoca el abandono por parte de algunos participantes.

La elaboración de apuntes se revela como una preocupación esencial y, desde luego, una labor complicada. A la vista del método empleado, no se trata de copiar apuntes, puesto que el profesor no les dice a los estudiantes qué es el derecho, sino que la elaboración de las susodichas notas se convierte en parte destacada del aprendizaje por inferencia. Así, el protagonista descubre la existencia de una sección especial de la biblioteca, donde se guardan los apuntes de los profesores, elaborados cuando ellos mismos eran estudiantes; su idea de qué es el derecho estaría ahí plasmada. Hart se empeña en localizar los apuntes de contratos de su admirado y al mismo tiempo odiado Profesor Kingsfield.

El propio Hart advierte esta búsqueda del conocimiento cuando se queja de su obsesión por el profesor Kingsfield y de cómo ha leído todos sus escritos, los recomendados y los que no, presumiendo de saber más de su pensamiento que el propio profesor. La reflexión es interesante tanto por la parte que concierne a la labor de investigación jurídica que compete realizar a los estudiantes, como por la parte que concierne al papel que juega el profesor en el proceso de aprendizaje, capturando la dedicación del estudiante en un complicado proceso en el que se mezclan al mismo tiempo el amor y el odio. De ello son reflejo distintos momentos del metraje, uno cuando, aprovechándose de su relación amorosa con la hija de su profesor, Hart se introduce en su despacho para tocar sus objetos y libros; el segundo, cuando en

clase estalla y le espeta a Kingsfield que es un hijo de puta. El contrapunto a esta obsesión es Susan, quien advierte los peligros de esta obsesión.

D) La técnica de evaluación

La respuesta de Kingsfield al insulto de Hart es sorprendente por cuanto, sin inmutarse, le conmina a volver a su asiento comentándole que el insulto es lo más inteligente que ha dicho en esa clase. Ciertamente, su actitud es sorprendente, pero no más que el hecho de que, en distintos momentos de la película, asistimos a la total indiferencia que el profesor muestra hacia sus alumnos, hasta el punto de que insiste en preguntarle a Hart por su nombre, incluso cuando éste ya ha realizado su examen final. Ello tiene que ver con las técnicas de evaluación, en las que también el Decano Langdell fue revolucionario.

Éste advirtió que los alumnos de buena familia o conocidos de los profesores recibían mejores notas que los demás, por lo que introdujo el sistema de evaluación ciego (*blind grading*), a través del que los profesores no saben a quién están examinando, garantizando así la objetividad. Ciertamente, no parece que en la universidad moderna se mantenga este método, pero tampoco existe una evaluación continua. Allí el examen final sigue siendo la prueba que determina las notas del estudiante; en la película existen parciales, pero no son eliminatorios y son abordados como una medida de qué esfuerzo precisan para poder superar el examen final.

II. Derecho comparado: el sistema estadounidense

A) Introducción

La posición social del profesor Kingsfield también refleja el papel que juegan las Universidades en el sistema jurídico estadounidense, acorde con el papel de los profesionales del Derecho, verdaderos ingenieros sociales². Su hija, Susan, le cuenta a Hart su asistencia a un partido entre Harvard y Yale, donde su padre la tenía a ella a su derecha y al Presidente de los Estados Unidos a su izquierda, con dos magistrados del Tribunal Supremo sentados en la grada inferior, en tanto que nada más comenzar la película el propio Hart relata su emoción de estar en

² Vid. en general, CUNIBERTI, G., *Grand systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., Francia, 2007, pp. 117-176; ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law* (Trad. T. Weir), 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 238-255.

el campus de derecho, donde “lo más grande es ese sentido de poder. (...) Cuando ando por las calles, tengo la sensación de que, tras esas puertas, se están formando las mentes que van a dirigir el mundo”.

Además de su pertenencia a la tradición de *common law*, los Estados Unidos se caracterizan, precisamente, por resolver sus conflictos sociales a través del proceso, concediendo gran importancia a la contienda entre iguales que allí se entabla. Esta confianza en el proceso no sólo redundará en el alto nivel de litigiosidad que registran los Estados Unidos, alentado por muchos mecanismos procesales que a él dan pie (como las *contingency fees* y la ausencia de costas para el demandante perdedor³), sino también en un alto nivel de inseguridad jurídica, provocado por su sistema de fuentes. Esta inseguridad se acentúa más si cabe por mor del federalismo. Pero ello no impide a que la contienda procesal siga siendo el modo preferido de resolución de conflictos. De hecho, es lo que concierne una posición tan relevante al papel de la justicia y sus operadores.

Por otra parte y ya que hemos citado el carácter federal de los Estados Unidos, es apropiado puntualizar que la *Harvard Law School* está en Cambridge, estado de Massachussets; sin embargo, el protagonista de nuestra película procede de Minnesota, sus compañeros de pupitre probablemente de otros estados y lo que es seguro es que ninguno de ellos viene a Harvard a estudiar el derecho del estado de Massachussets.

Como es sabido, la Federación ostenta muy escasas competencias legislativas en relación con los Estados de la Unión, de modo que la producción jurídica de estos últimos es la más gruesa. Ello también tiene reflejo en los tribunales: desde *Erie Railroad v. Tompkins*⁴, también los tribunales federales han de aplicar las normas de conflicto estatales, aplicando el derecho estatal por ellas designado, incluidos sus precedentes, su *common law*. En esta amalgama de derechos las Universidades se enfrentan al problema de qué enseñar, lo que ha sido resuelto de una forma pragmática, esto es, poniendo el acento en la técnica jurídica, en cómo se razona en términos jurídicos. Vista la enseñanza jurídica desde esta perspectiva, se comprende mejor el interés de los profesores estadounidenses en cómo se formulan los juicios y, en consecuencia, qué factores influyen en la toma de

³ *Vid.* JAMES, JR., F., HAZARD, JR., G. C., LEUBSDORF, J., *Civil Procedure*, 5ª ed., New York, 2001.

⁴ 3304 U.S. 64 (1938).

decisiones, lo que les lleva a ir en sus investigaciones más allá del derecho, uniéndolo a otras ciencias, como la sociología o la economía.

B) El sistema de fuentes

Como es sabido, los Estados Unidos se adscriben a la órbita de *common law*, en la que la jurisprudencia es fuente del derecho y, además, es la que crea la regla general, siendo la ley y el reglamento la excepción. De ahí que las clases reflejadas en *Vida de estudiante* se centren en su mayoría en el análisis de decisiones jurisprudenciales, de sus hechos y de su motivación jurídica para extraer la doctrina por ellas sentada. La regla del *stare decisis* alcanza en el sistema estadounidense a la motivación jurídica, ampliamente discutida en las clases de Kingsfield. Quizás la escena de la película en la que mejor se refleje la peculiaridad del sistema es cuando Hart se hace con los apuntes de Kingsfield (tomados en 1927), donde se hace la siguiente reflexión: “Yo soy casi la extensión viva de los viejos jueces. ¿Dónde demonios estarían ellos sin mí? Yo llevo en la cabeza las causas que ellos escribieron. ¿Dónde estarían ellos si no fuera por mí? ¿Quién colgaría sus retratos si no hubiera estudiantes de derecho? Es difícil ser la extensión viva de la tradición”.

El papel de las leyes/estatutos también se refleja en una escena en la que se discute el contenido de las leyes sobre fallecimiento, en las que se prohíbe el testimonio del demandante, por ejemplo, para probar que había un acuerdo de que, si la demandante trabajaba para la dueña de la casa, recibiría ésta en el momento de su muerte. El estudiante elegido para exponer esta limitación opina que no ha de aplicarse por injusta, a lo que el Profesor Kingsfield le recuerda “los tribunales han de seguir a los legisladores”. Sin embargo, la discusión no acaba aquí, sino que, una vez terminada la clase, Hart se acerca a Kingsfield para recordarle un artículo suyo en el que propone 17 formas de eludir el citado estatuto, de modo que la interpretación del citado estudiante es la correcta.

C) Contratos

La elección de la asignatura estrella, Contratos, no es casual. Parece ser que el currículum del primer curso del master en derecho no ha cambiado desde los tiempos de Langdell, fijado en *Contracts, Property, Torts, Criminal Law y Civil Procedure*. De todas estas asignaturas,

Contratos tiene una relevancia especial, una vez se toma en consideración el carácter contractualista de la sociedad estadounidense. De hecho, su pasión por el proceso proviene de su cultura individualista, que hace del pacto su forma de relacionarse; en su caso, las diferencias han de resolverse, bien por acuerdo, bien por litigio. Con este planteamiento, se comprende igualmente la importancia del abogado y, en general, el sistema judicial en los Estados Unidos, así como su papel regulador.

Kingsfield es, en consecuencia, profesor de contratos (incluido el matrimonial y su disolución, como ejemplifica que sea él quien lleve el divorcio de su propia hija). Esta área permite, además y como ya se ha señalado, comprender el sistema estadounidense de fuentes, puesto que, aunque hay leyes al respecto⁵, partes importantes de la doctrina de contratos han sido desarrolladas jurisprudencialmente y así permanecen a día de hoy⁶. La mayoría de los contratos se rigen, en consecuencia, por *common law* estatal; antes de la citada *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, los tribunales federales aplicaban *common law* federal, pero tras la citada decisión, también deben aplicar *common law* estatal, como así lo hacen.

En la película hay diversos momentos en los que se aborda el tema y desde distintas perspectivas. El problema estrella es, sin duda, el de la formación del contrato, de lo que sólo comentamos aquí uno de los casos que aparecen en la película. El Profesor Kingsfield plantea al foro la cuestión de cuál sea la diferencia entre dos promesas, y una promesa y una hipótesis: “Supongan que redacto un contrato con ustedes que dice: estoy de acuerdo por 100\$ en pintarle su piso con pintura blanca. ¿En qué se diferencia de la siguiente proposición?: ¿está usted de acuerdo en pintarme el piso con pintura blanca a condición de que yo le pague a usted 100\$?”. Esta diferencia encierra la clave para saber si estamos ante un contrato o no, en la medida en que aquel es definido como *a contract is a legally enforceable promise*, o, como señala el Second Restatement, *a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*⁷. Se trata, en consecuencia, de un intercambio de promesas; las definiciones reseñadas parecen

⁵ Entre ellas destaca el *Uniform Commercial Code* (UCC), que regula específicas formas contractuales como la compraventa de bienes, arrendamientos y garantías.

⁶ Seguimos en esta somera aproximación al derecho estadounidense de contratos a KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Wolters Kluwer, Gran Bretaña, 2010.

⁷ *Restatement (Second) of Contracts*, 1982, §1, definición tomada de la influyente obra WILLINSTON, S., LORD, R. A., *A Treatise on the Law of Contracts*, 4ª ed., 1993.

relegar la importancia del intercambio y del acuerdo entre partes, pero sin ella tampoco hay contrato en los Estados Unidos.

4. Actividades

I. Formación jurídica

Tras el visionado de la película, sería conveniente abrir un tiempo de reflexión común sobre el proceso de Bolonia, para lo cual,

A) guiados por el/la profesor/a, los estudiantes deberían destacar qué les ha llamado la atención de los métodos empleados en las clases estadounidenses,

B) para, a continuación, pedirles que describan el actual sistema de Bolonia, en particular, el crédito europeo y la división en Grado y Postgrado. Para ello ha de facilitárseles previamente el proyecto Tuning.

C) Tomando en consideración ambos sistemas, ha de preguntársele a los estudiantes en qué medida convergen o divergen ambos sistemas, prestando especial atención al método del caso y en qué medida el mismo se adapta a ordenamientos basados en la abstracción y la generalidad, como el español.

D) Teniendo en cuenta que la formación jurídica define al futuro profesional, abrir debate crítico sobre los perfiles profesionales de la Licenciatura/Grado en Derecho, y Postgrados.

II. Derecho comparado: el sistema estadounidense.

Siguiendo con el periodo de reflexión abierto para discutir sobre la formación jurídica, el debate debiera proseguir planteando, por ejemplo:

E) el porqué de que en los Estados Unidos se focalicen las clases en el análisis de jurisprudencia, haciéndoles reflexionar sobre su papel en el sistema estadounidense de fuentes,

F) la asignatura de Contratos que protagoniza la película ofrece una excusa para proponerles el análisis de una sentencia estadounidense, por ejemplo, el *leading case* *Lucy v. Zehmer*, 84 S.E.2d 516 (Va. 1954), donde se establece la regla que obliga a diferenciar entre el consentimiento contractual y el consentimiento prestado pensando

que se trataba de una broma. El examen de la decisión debería ir precedido de una somera explicación de la noción de precedente en los Estados Unidos, indicándoles a los estudiantes cómo deben leer la sentencia, cómo buscar su doctrina y, en definitiva, cómo interpretarla. En este contexto, habría de aprovecharse para llamarles la atención sobre las diferencias con una sentencia española y a qué se deben éstas.

G) el sistema federal estadounidense y la pluralidad jurídica allí existente propician el análisis de los movimientos de unificación y uniformización del derecho, por lo que también habría de presentarse a los alumnos el *Restatement (Second) of Contracts* y el *Uniform Commercial Code*, exponiéndoles la noción de *soft law* por contraposición al *hard law*. En este punto también habría de destacarse la relación entre *common law* y ley.

H) Igualmente, sería deseable presentarle un contrato elaborado al uso estadounidense y otro al uso español, para su comparación.

5. Bibliografía y sitios web de interés.

Bibliografía

CALAMANDREI, P., *Demasiados abogados* (Trad. J. R. Xirau), Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1960.

CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Trad. S. Sentís, I. J. Medina), Ed. Reus, Madrid, 2009.

CAPELLA, J. R., *El aprendizaje del aprendizaje (una introducción al estudio del Derecho)*, Valladolid, 1998.

CUNIBERTI, G., *Grand systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., Francia, 2007.

GONZÁLEZ, J., WAGENAAR, R., Eds., *Tuning Educational Structures in Europe. InformeFinal, Fase Uno*, Bilbao, 2003.

JAMES, JR., F., HAZARD, JR., G. C., LEUBSDORF, J., *Civil Procedure*, 5ª ed., New York, 2001.

JUSTE RUÍZ, J., “Un nuevo mundo en la enseñanza del derecho: impresiones de un internacionalista en la Facultad de Derecho de Berkeley”, *REDI*, 1977, pp. 399–414

KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Wolters Kluwer, Gran Bretaña, 2010.

SLAWSON, W. D., “Changing How We Teach: A Critique of the Case Method”, *Southern California Law Review* 2000, pp. 343 y ss.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law* (Trad. T. Weir), 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998.

Sitios web de interés

<http://www.educacion.gob.es/educacion/universidades/educacion-superioruniversitaria/ees.html>

http://www.abajournal.com/magazine/article/the_25_greatest_legal_movies/

<http://uniformcommercialcode.uslegal.com/>

http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_%28second%29_of_contracts.htm

Titulación de créditos e hipotecas *sub prime* en “Cleveland vs. Wall Street”

Laura Carballo Piñeiro¹

1. Película

TÍTULO

Cleveland vs. Wall Street

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2010

País: Francia, Suiza

Dirección: Jean-Stéphane Bron

Guión: Jean-Stéphane Bron, Harold Manning

Montaje: Simon Jacquet

Fotografía: Julien Hirsch

Reparto: Personajes reales, entre otros, Barbara Anderson, Josh Cohen, Thomas J. Pokorny, Keith Fisher, Michael Osinski, Peter Wallison, Kathleen C. Engels.

Productores: Robert Boner, Philippe Martin/Les Films Pelléas, Saga Production *Duración:* 98 minutos

SINOPSIS

El 11 de enero de 2008, la ciudad de Cleveland demanda a 21 bancos, a los que considera responsables de su devastación, resultado de las innumerables ejecuciones hipotecarias que han sufrido sus habitantes. El caso lucha por abrirse paso en los tribunales desde entonces, ante la feroz oposición de los demandados, que han contratado a una legión de abogados para evitar que, finalmente, sea decidido por un jurado popular.

Ante la perspectiva de que el juicio nunca llegue a celebrarse, el director de la película, Jean-Stephane Bron, decide promover un “juicio simulado”, esto es, una reconstrucción en la que, curiosamente, todo es real; así, la acción se inicia con la demandante-

¹ Miembro del Grupo de innovación docente De Conflictu Legum (USC). Esta contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de investigación financiado por la Xunta de Galicia (Incite09 202 096 PR), “Responsabilidad social corporativa por violaciones graves de derechos humanos”, y del Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español (DER2010-17048): “Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad social”.

representante en la *class action* realmente entablada, Barbara Anderson; y el juicio se sigue ante el Honorable Thomas J. Pokorny, que preside un tribunal conformado por ocho jurados, que han prestado el correspondiente juramento; y en el que el abogado demandante en la demanda realmente presentada, Josh Cohen, lucha por hacer valer sus argumentos frente al abogado de la defensa, Keith Fisher. Allí intervienen testigos del derrumbe de la ciudad: el policía que debe ejecutar los desahucios, el funcionario municipal que debe emplear el presupuesto municipal en evitar la completa ruina de las casas abandonadas por sus propietarios-bancos en lugar de en proyectos sociales o parques, un *drug dealer* reconvertido en bróker, y nombres propios en la crisis producida, como Michael Osinski, el informático que ayudó a desarrollar las herramientas que permitieron la *securitisation* o titulización, o Peter Wallison, consejero de Ronald Reagan y neoliberal, promotor de la desregulación de los mercados de capitales. A través de ellos, la película consigue transmitir en qué consisten los créditos hipotecarios *subprime* o hipotecas basura, así como qué papel han jugado en la crisis financiera global.

2. Temática jurídica

Palabras clave: *securitisation*, titulización de activos, *subprime credits*, hipotecas basura, *class actions*, acciones colectivas, juicio con jurado.

La película presenta un gran valor didáctico, dado su ritmo relativamente lento: el hecho de que no haya propiamente un guión y no intervengan actores profesionales enfatiza, obviamente, lo que está en juego en la demanda presentada en los Estados Unidos, decidir quién es responsable de la crisis financiera y, por tanto, quién debe asumir los costes de ella derivados. En este sentido, proporciona valioso material de discusión sobre dos mecanismos jurídicos directamente relacionados con ella: en primer lugar, las hipotecas *subprime*, transformadas posteriormente en valores susceptibles de ser negociados en mercados secundarios, a través de su titulización o, en terminología estadounidense, *securitisation*. De ahí es posible apreciar cómo se insuflan estos activos “tóxicos” en el mercado global.

El tema estrella de la película es, claramente, el reseñado. Pero un jurista también puede preguntarse cómo es posible que una ciudad, Cleveland (Ohio), pueda presentar una demanda contra 21 entidades financieras. La respuesta viene de la mano de las *class actions* o acciones colectivas, en su traducción española, por lo que la película

también es apta para ilustrar este tópico, de actualidad mayor si cabe, ante los últimos movimientos de la Unión Europea encaminados a la introducción de una acción colectiva indemnizatoria europea.

Por último y aunque tampoco es el tema estrella, parece conveniente una somera referencia al papel que juega el juicio con jurado en los Estados Unidos, incluso en los procedimientos civiles.

3. Comentario

I. Sistema financiero estadounidense: (*Sub*)*prime* crisis

El valor que presta el juicio estadounidense a la prueba y, en particular, al interrogatorio de testigos -en la medida en que es necesario dejar claros los hechos del asunto al jurado de legos en derecho que, finalmente, han de decidir- es quizás lo que confiere mayor valor didáctico a este trabajo cinematográfico. Así, la acción se desgrana exponiendo, en primer lugar, cuáles son las consecuencias de la crisis, esto es, el estado de abandono y depresión que sufre la ciudad de Cleveland; en segundo lugar, se pasa a demostrar la irracionalidad que subyacía a la concesión de hipotecas basura; en tercer lugar, se dibuja cómo éstas se convierten en bonos, que pasan al mercado de capitales, cerrando el ciclo de irresponsabilidad por parte de las entidades bancarias; para, finalmente, entrar en las causas de esta irresponsabilidad, la conexión con el poder político y las teorías desreguladoras que imperaron, en particular, en la época de Ronald Reagan.

En el juicio se da cuenta de los barrios desolados que han dejado las ejecuciones hipotecarias en Cleveland; no se trata sólo de las historias personales, sino también de la colectiva, perdida en hileras de casas cuyos actuales propietarios, los bancos, no se encargan de cuidar. El boom inmobiliario también cimentó otrora la economía estadounidense, y los bancos, para dar salida al stock de viviendas, ofrecían créditos a quienes no podían pagarlos. O sí; los distintos testigos que pasan por la sala del tribunal componen un variado espectro social, en el que está incluido lo que nuestro Código civil todavía denomina un “diligente padre de familia”, un trabajador cualificado por así decirlo, a quien la crisis deja sin trabajo y, en consecuencia, sin oportunidad de pagar su hipoteca, y literalmente en la calle. Este panorama, que encuentra reflejo en la sociedad española, es el que impulsa la demanda colectiva planteada en el año 2008. Lo que no obsta a que en la película se dejen al descubierto otros juicios de valores, expresados

por un miembro del jurado, y que nos remontan a la libertad de contratación. Porque es cierto que nadie obligaba a estas personas, conectoras de su situación económica, a asumir créditos tan elevados en algunos casos.

Del otro lado está, sin embargo, la absoluta irresponsabilidad en la concesión de estos créditos, que en el juicio queda muy bien expuesta. En el año 2007 la banca estadounidense reconoció que tenía 6 billones de dólares en créditos morosos, derivados de las hipotecas basura o *subprime*. Lo curioso es que ya lo sabía antes, puesto que éstas se concedían a personas a las que, en ningún caso y bajo ningún concepto, se les hubiera concedido crédito, aplicando estándares mínimos, o *prime*, de responsabilidad en el pago. De hecho, la definición de crédito *subprime* es difícil de creer, hasta que se escucha en el juicio a uno de los encargados de su concesión, esto es, a un bróker; éste relata que fue aceptado como tal, habida cuenta de la cartera de clientes que él podía aportar, la mayoría provenientes de su antiguo oficio como vendedor de drogas. En su testimonio también da cuenta de cómo nunca le pidieron que justificara en el banco que tal cliente podía pagar el crédito que, automáticamente, le era concedido.

Ello es posible porque el bróker no asumía en derecho estadounidense responsabilidad alguna en el trato. Como parecía que tampoco los bancos, puesto que estos, conscientes de la morosidad inherente al crédito que habían contraído, se apresuraban a titularizarlos: de activos tradicionales han de pasar a valores negociables en mercados secundarios, para lo que se agrupan y ceden a un fondo de titulización, respecto del que ha de obtenerse la calificación crediticia o *rating*, y que será el que, finalmente, emita valores negociables con cargo al fondo. Todas estas operaciones son relatadas *grosso modo* en el juicio, gracias a la intervención como testigo, por ejemplo, de Michael Osinski, el informático que colaboró en la creación de las herramientas que permitieron la *securitisation*².

Fundamental en todo el proceso que ha conducido a la quiebra de alguno de los bancos estadounidenses más importantes, y que ha arrastrado a otras muchas entidades bancarias en todo el mundo a grandes dificultades, ha sido la desregulación del sistema financiero estadounidense. Peter Wallison viene al proceso, de la mano de la defensa, a presentar sus ideas, puestas en práctica durante la Adminis-

² Vid., por ejemplo,

<http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/5106510/FormerWall-Street-computer-whizz-Michael-Osinski-admits-his-work-broke-the-banks.html>).

tración Reagan, cuando él asumió el cargo de consejero general en el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y fue, además, consejero personal del propio Presidente³. Su interrogatorio, asumido en el juicio simulado por Kathleen Engels, Profesora de la Universidad de Suffolk, en Boston, Estados Unidos, y asesora de los demandantes, contrasta de modo manifiesto con los previos testimonios, que nos obligan a recordar, además, cómo el Estado se ha quedado sin recursos debido a la inyección de millones en el sistema financiero, recursos que, sin embargo, no destina a la ayuda social que esta gente precisa. Se recomienda, especialmente, la lectura del último libro de la citada Profesora, publicado conjuntamente con la Profesora Patricia McCoy y titulado *The Subprime Virus: Reckless Credit, Regulatory Failure and Next Steps*, Oxford University Press, 2011.

II. Derecho procesal civil estadounidense: *Class actions* y juicio con jurado.

La demanda entablada por la ciudad de Cleveland es una *class action*, definidas como sigue en la Rule 23(1) de las Federal Rules of Civil Procedure estadounidenses:

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

Las *class actions* se caracterizan porque un miembro del grupo, o varios, pueden demandar en nombre de otros (convirtiéndose en *representative plaintiff*), a condición de que la clase esté compuesta de un número de personas tan elevado que sea imposible resolver el proceso de acuerdo con los mecanismos tradicionales de acumulación, y siempre y cuando lo pretendido en el proceso se sustente en hechos jurídicos de los que se derive un interés, o derecho, común a todos los miembros del grupo. De la película parece desprenderse que la demandante-representante es Barbara Anderson, una ciudadana de la

³ En las siguientes páginas puede encontrarse más información sobre este “halcón”, incluido acceso a su *Dissent from the Majority Report of the Financial Crisis Inquiry Commission*.

<http://www.aei.org/scholar/58>, o http://en.wikipedia.org/wiki/Peter_J._Wallison.

citada ciudad, que ya sabemos reclama su parte de responsabilidad a los bancos por la destrucción de su ciudad Cleveland.

Ahondando un poco más en la historia de las *class actions*, ha de puntualizarse que nacen como un instrumento de democracia participativa, detrás del cual se esconde el moderno problema del acceso a la justicia. Demandas como la reseñada jamás llegarían ante los tribunales sin este mecanismo, especialmente apto para aquellos supuestos en los que el perjuicio es disperso, en el sentido de que afecta a una multiplicidad de personas, y de escasa cuantía, lo que las desincentiva a litigar. Permitirles reunir en un solo proceso sus demandas, no sólo coadyuva a la economía procesal, sino que, además, es susceptible de conseguir la implementación de muchas leyes que, sin la supervisión privada, simplemente nunca se aplicarían; en este sentido, coadyuva a la modificación de conductas.

Esta última función, la de lograr la modificación de conductas, se deja ilustrar con toda la serie de *class actions* frente a la administración estadounidense y que fueron la punta de lanza en la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos, en particular a través de su caso emblemático, *Brown v. Board of Education of Topeka* [347 U.S. 483 (1954)]. Este tipo de *class actions* se deja clasificar como *mandatory*, porque la decisión que en ella se dicte vincula a todos los afectados por la cuestión allí decidida, sin que tengan, además, oportunidad de excluirse del proceso. En términos generales y salvando las distancias entre sistemas legales, serían aquellas acciones que resuelven sobre intereses difusos o colectivos. De hecho, esta terminología nace de la mano de la doctrina italiana, en particular Claudio Consolo, para intentar trasladar el ingenio jurídico estadounidense a Europa y conseguir que aquí los particulares puedan también demandar ante los tribunales civiles intereses que, hasta hace poco, sólo los Estados detentaban y, por tanto, podían exigir.

En la actualidad, la discusión en Europa, y tras la Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación en materia de protección de los consumidores (ahora Directiva 2009/22/CE), versa sobre la posibilidad de introducir un remedio de las *voluntary class actions*, a través de las que también se puede pedir indemnización para los miembros de la clase: como están en juego sus derechos económicos, aquí sí se les permite apartarse de la acción colectiva, concediéndoles un derecho de *opt out*, esto es, si no quieren participar, tienen que comunicarlo al tribunal. Este planteamiento genera muchas reticencias por cuanto, sobre la base del silencio del miembro de la clase ausente en el procedimiento, se dicta una sentencia que tiene fuerza

de cosa juzgada, también para él. Sin embargo, la elección de este sistema se debe a que, de este modo, se alcanza a más miembros y, por tanto, se maximizan las funciones de las *class actions*: acceso a la justicia, economía procesal y modificación de conductas. Téngase en cuenta que si alguien no manda un formulario indicando que no quiere ser incluido en la clase es porque su derecho económico es tan irrelevante que considera que no vale esa molestia.

Pero la acumulación de pretensiones que habilita la *voluntary class action* sí que preocupa al demandado, puesto que puede estar enfrentándose a una demanda millonaria o, incluso, billonaria. En este contexto, hay una considerable presión para frenar la potencialidad de las *class actions* en los Estados Unidos, y para que no lleguen a implementarse en Europa. Pero, justamente, la crisis financiera ha puesto de relieve su importancia, en la medida en que las jurisdicciones europeas se enfrentan a la necesidad de dar salida a todos los inversores defraudados por el sistema y que sí tienen interés en acudir ante los tribunales.

Paradigmático de esta “necesidad” es el caso de Holanda, donde, a raíz de un supuesto de responsabilidad médica, se implementa en agosto de 2005 una *settlement class action* (vid. §§ 7:907-910 Código civil y 1013-1018 Código de Proceso civil holandés, introducidos por *Wet collectieve afwikkeling massaschade*, de 27 de julio de 2005), esto es, una acción colectiva que pretende únicamente aprobar un acuerdo alcanzado antes de acudir a los tribunales por las partes; en el supuesto que da lugar a esta reforma, las farmacéuticas responsables del medicamento que causa daños quieren que ese acuerdo vincule a todos los posibles interesados, ergo, ha de pasar por un tribunal para conseguir algo muy preciado para los demandados, el efecto preclusivo que evita el goteo constante de procesos individuales y le da un nuevo valor a las acciones colectivas. Pues bien, a pesar de que esta modalidad de acción colectiva nació para resolver accidentes múltiples, ha generado una ya muy importante práctica, que se centra en su mayoría en casos que conciernen a inversores y su protección, también residentes en otros países, confirmando el atractivo de este tipo de remedios ya reflejado en la práctica estadounidense.

Con este trasfondo, cabe reseñar los movimientos de la Comisión Europea para promover una acción colectiva indemnizatoria a escala europea. A estos efectos, ha barajado, en primer lugar, una introducción controlada en sectores estratégicos, para lo que, primero, lanzó una consulta en materia de Derecho de la competencia que culminó con el Libro Blanco sobre “Acciones de daños y perjuicios por

incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, publicado en Bruselas el 2 de abril de 2008 [COM (2008) 165 final], y, segundo, otra en materia de Derecho de Consumo, presentando el 27 de noviembre de 2008 un Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores [COM (2008) 794 final]. Las dudas, críticas y dificultades surgidas de este proceso y el nuevo contexto, han hecho valorar a la Comisión la posibilidad de que, quizás, sería necesario un instrumento más general y no sólo limitado a esos sectores, lo que se ha traducido en una nueva consulta: *Commission Staff Work Document. Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, Bruselas, 4.2.2011 [SEC (2011) 173 final]. Por su parte, el Parlamento Europeo también apoya este tipo de medidas, como manifestó en su Resolución sobre el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único (A6-0187/2008).

En general y como ya se ha dicho, la fuerte oposición proviene del sector empresarial e industrial, que se escuda en descalificativos vertidos sobre las *class actions*. En particular, se las acusa de ser una suerte de *legal blackmail*, en la medida en que el solo planteamiento de la acción colectiva y la publicidad que genera provoca una presión tal en el demandado, que le obliga a llegar a un acuerdo, aun cuando la demanda no tenga fundamento legal. Lo cierto es que, a estos temores, se puede objetar, de una parte, que la admisión a trámite de una *class action* sigue un procedimiento especialmente complicado, denominado *certification*; para que una demanda sea certificada como *class action* tiene que cumplir una serie de requisitos legalmente establecidos, existiendo un margen de discrecionalidad judicial para valorar su razonabilidad y manejabilidad, que convierten a este procedimiento en una barrera contra demandas infundadas.

De otra parte, las *class actions* y su poder amedrentador sobre el demandado se deben a otras características del Derecho procesal civil estadounidense, como el que no rija el principio de que “quien pierde, paga”, las *contingency fees*, o los *punitive damages*. También juega, como no, un papel decisivo el hecho de que la Séptima Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos consagre el derecho a un juicio con jurados legos, también en el proceso civil. Ellos sólo se pronuncian de los hechos, pero su intervención tiende a disparar la cuantía de la condena, en particular cuando pueden otorgar daños punitivos y una *class action* es el sitio adecuado para hacerlo. La película ilustra también de su funcionamiento.

En cualquier caso, los vicios alegados del sistema estadounidense (que, entrando en más detalle, cabría cuestionar que sean tales vicios), no pueden ser invocados en Europa para frenar la introducción de un mecanismo procesal que permite perseguir con gran eficacia prácticas fraudulentas e impunes, precisamente, por la falta de dicho mecanismo. De hecho, conviene recordar aquí cómo el mecanismo de las *class actions* lleva años funcionando en Canadá y Australia, y más recientemente, en Israel, sin que se hayan apreciado los citados abusos; antes al contrario, existe un alto grado de satisfacción con el sistema.

4. Actividades

La complejidad de los temas aquí analizados hace aconsejable su tratamiento en el marco de un seminario, donde poner a prueba las habilidades de investigación jurídica de sus participantes. La pluralidad de perspectivas que admite el análisis del tema favorece la formación de equipos de investigación de cada una de ellas, atendiendo como criterio de clasificación, en primer lugar, a las dos grandes partes en el asunto: los consumidores/pequeños ahorradores / inversores particulares, de una parte, el sistema financiero, de otra. El análisis puede hacerse más completo distinguiendo posturas dentro de cada uno de los bloques, por ejemplo, defensa de, y acusación frente a, la actividad de los consumidores; defensa de, y acusación frente a, la actividad del sistema financiero.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, hay una gran cuestión por explorar y es la ley aplicable a los mercados de capitales, hasta ahora tratada desde una perspectiva unilateral, pero que las acciones colectivas en materia de protección de inversores obligan a confrontar, en particular en aquellos casos en los que la mayoría de los miembros de la clase reside en un Estado distinto de donde se plantea la acción colectiva, han comprado acciones o valores de una sociedad que tiene su sede también en otro Estado y, además, lo han hecho en un mercado secundario que tampoco está regulado por el Estado en el que se plantea la acción colectiva.

Más allá de la complejidad jurídica de los temas que plantea la película, éstos presentan, por desgracia, también un interés muy popular. Es de reseñar que su planteamiento enlaza con la experiencia del Tribunal Russell, promovido por el filósofo Bertrand Russell, apoyado por Jean-Paul Sartre, para investigar los crímenes cometidos por Estados Unidos en Vietnam, a los que han seguido otras inicia-

tivas, para investigar la actuación de gobiernos y multinacionales en Latinoamérica, la guerra de Irak, o el conflicto palestino-israelí. En esta línea, cabe citar de modo destacado al Tribunal Permanente de los Pueblos, encargado de investigar las violaciones de derechos humanos por parte de multinacionales europeas en América Latina. En todo caso, se trata de tribunales constituidos al margen de los organismos institucionales y cuya autoridad reside en la ética y auctoritas de quienes lo componen, y su repercusión, en una labor importante en la recuperación de la dignidad de los afectados, en la concienciación de la sociedad civil, además de que operan como un poderoso instrumento de recopilación de pruebas de las injusticias cometidas (susceptible de ser utilizadas en juicios reales).

Más allá de la difusión de estas iniciativas, el modelo del “juicio simulado” es siempre una actividad didáctica enormemente valiosa y respecto de la que sus participantes, incluido público, siempre se muestran satisfechos. En este caso, y siguiendo la línea de los Tribunales Russell, tiene el aliciente de poner sobre la mesa la potencialidad de la sociedad civil y su poder de organizarse frente a otro tipo de grupos de presión.

5. Bibliografía y sitios web de interés

Bibliografía

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Colección De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2011, pendiente de publicación.

ENGELS, K.C., “Do Cities have Standing? Redressing the Externalities of Predatory Lending”, *Connecticut Law Review*, Vol. 39, 2006, pp. 355-, accesible en:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=774351.

ENGELS, K.C., McCOY, P., “Turning a Blind Eye: Wall Street Finance of Predatory Lending”, *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007, pp. 102-165, accesible en:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910378.

ENGELS, K.C., McCOY, P., *The Subprime Virus: Reckless Credit, Regulatory Failure and Next Steps*, Oxford University Press, 2011.

LOSADA, R., *Estructuras de titulización: características e implicaciones para el sistema financiero*, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, 2006.

RAMOS VILLAR, I., “La titulización como mecanismo de transmisión y redistribución de riesgos. Aproximación jurídica”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 256, 2005, pp. 697-716.

TAPIA HERMIDA, A. J., “Instituciones financieras para la mejora del mercado inmobiliario: los fondos de titulización (en particular, los fondos de titulización hipotecaria) y las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias (en particular, los fondos de inversión inmobiliaria)”, *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 3, 2008, pp. 37-57.

WALLISON, P.J., “Dissent from the Majority Report of the Financial Crisis Inquiry Commission”, accesible en:
<http://www.aei.org/scholar/58>.

Sitios web de interés

http://www.cineyderechoshumanos.com/2011/es/largometrajes/cleveland_vs_wall_street.php

<http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/5106510/Former-Wall-Streetcomputer-whizz-Michael-Osinski-admits-his-work-broke-the-banks.html>

<http://www.aei.org/scholar/58>

http://en.wikipedia.org/wiki/Peter_J._Wallison

La responsabilidad por productos y las *class action* en “Bananas!”

Laura Carballo Piñeiro¹

1. Película

TÍTULO

Bananas!

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2009

País: Suecia

Dirección: Fredrik Gertten

Guión: Fredrik Gertten

Montaje: Jesper Osmund, Oliver Bugge Coutté

Música: Nathan Larson

Fotografía: Frank Pineda, Joseph Aguirre, David Auerbach

Reparto: Personajes reales, entre otros, Juan J. Domínguez, Duane Miller, Byron Rosales Romero, Mercedes del Carmen Romero, Rick McKnight, David Delorenzo.

Productores: Margarete Jangard, Lise Lense Moller (Suecia), Bart Simpson (Canadá), WG Film

Duración: 87 minutos

¹ Miembro del Grupo de innovación docente De Conflictu Legum (USC). Un especial agradecimiento es debido a la Dra. Katia Fach Gómez, por sus sugerencias y comentarios a este trabajo; por supuesto, las opiniones y los errores son de mi responsabilidad exclusiva. Esta contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de investigación financiado por la Xunta de Galicia (Incite09 202 096 PR), “Responsabilidad social corporativa por violaciones graves de derechos humanos”, y del Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español (DER2010-17048): “Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad social”.

SINOPSIS

La compañía estadounidense Standard Fruit Company, hoy en día Dole, opera en Nicaragua desde los años sesenta, donde se dedica al cultivo de la banana. Para maximizar la producción, recurre a la fumigación; de hecho, un tercio de los costes de producción de una banana se emplean en pesticidas. El origen de este documental está en el empleo por parte de la compañía hasta finales de los ochenta de un pesticida prohibido en los Estados Unidos por sus efectos dañinos para la salud, Dibromochloropropan (DBCP), aquí comercializado como Nemagon. Concretamente, la película comienza con el interés que un informe sobre el pesticida despierta en un abogado especializado en responsabilidad extracontractual, la recopilación de información para apoyar el caso y que le lleva a Chinandega, en Nicaragua, y sigue con el desarrollo del procedimiento que, finalmente, se entabla ante un juzgado californiano para reclamar por la infertilidad que el producto causó en los asalariados nicaragüenses de la compañía.

2. Temática jurídica

Palabras clave: responsabilidad por productos defectuosos, condiciones laborales, responsabilidad social corporativa, *class actions*, acciones colectivas, juicio con jurado, *punitive damages*, *discovery*, *contingency fees*, responsabilidad de abogados, Derecho comparado.

El documental ofrece una magnífica aproximación a los intersticios del sistema estadounidense, apoyándose en la figura del abogado Juan J. Domínguez que, significativamente, se anuncia a sí mismo como Juan Accidentes, con grandes carteles a lo largo de la ciudad de Los Ángeles y quien acaba utilizando un programa de radio para comunicarse con sus clientes en Nicaragua. A través de él experimentamos cómo se financia el proceso, asumido como una inversión por el abogado y sobre la base de *contingency fees*; cómo, en consecuencia, toma la iniciativa y busca a sus clientes en Nicaragua; cómo se construye el caso ante el jurado, permitiendo el documental incursiones en la fase de *pre-trial discovery*, tanto en lo que atañe a cómo se obtiene la prueba documental como al interrogatorio de testigos y su preparación previa al juicio. En su parte final, abre la puerta a una recapitulación sobre la responsabilidad del abogado.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, el caso presenta el aliciente de una demanda en los Estados Unidos frente a

una multinacional que opera en otro país, en el caso Nicaragua. Del documental no se desprenden problemas de competencia judicial internacional, pero sirve de excusa para abordar un tema capital hoy en día, el alcance la responsabilidad social corporativa, por ejemplo, hasta dónde pueden llegar ante un tribunal los códigos de conducta. Además de las cuestiones propias de la responsabilidad extracontractual —como el establecimiento del nexo causal y el grado de responsabilidad de la empresa—, el documental es también un ejemplo de cómo funciona la condena a *punitive damages*.

3. Comentario del profesor

I. Responsabilidad corporativa, derechos laborales y *punitive damages*

Las demandas presentadas, *Tellez, et al. v. Dole Foods Company, Inc., et al.*, buscan establecer la responsabilidad de la *Stardard Fruit Company* por la infertilidad de los trabajadores demandantes, que tendría su origen en el empleo de un pesticida, el Dibromochloropropan o DBCP, comercializado como Nemagon, prohibido a mitad de los setenta en los Estados Unidos, pero que la compañía no dejó de utilizar en Nicaragua. Éste no sería el único daño, sino que también es susceptible de producir enfermedades respiratorias y cánceres. Sin embargo, Juan Domínguez decide comenzar persiguiendo un caso menor, por así decirlo, para, sobre la base de un veredicto condenatorio, proseguir con el resto de los supuestos con la idea de incitar a la compañía demandada a llegar a un acuerdo indemnizatorio global.

Los problemas jurídicos son varios y atienden tanto al propio establecimiento del daño, la infertilidad de todos aquellos que trabajaron en los setenta para la compañía, como a la prueba de que el pesticida siguió empleándose y, finalmente, a si éste es el origen del daño sufrido por los trabajadores. Además de la compensación por el daño sufrido, también se piden daños punitivos (*punitive damages*), que son concedidos en este caso. La figura, típica igualmente de los Estados Unidos, presenta, como su nombre indica, connotaciones punitivas en el sentido de que persigue, por una parte, castigar el comportamiento del condenado, por otra parte, prevenir a las empresas del mismo sector de las consecuencias de seguir un comportamiento similar. En el documental se refleja esta línea de pensamiento en tanto que la determinación de los daños punitivos procede después

de determinar el grado de responsabilidad de la demandada, en el caso malicia.

En el documental no se discuten ni problemas de acceso a la jurisdicción estadounidense –suponemos que debido a que allí está la sede de la demandada, Dole– ni de ley aplicable que, como es sabido, se determina en la mayoría de los estados de Estados Unidos a través de una ponderación de los intereses subyacentes, también en las leyes en presencia, para, finalmente, establecer cuál es la *better law*, aunque todo apunta a que se está aplicando la ley estadounidense (suponemos que californiana). No ha sido posible por mi parte localizar el caso, pero es posible elucubrar que Dole habría podido solicitar del tribunal que se declarara *forum non conveniens*, esto es, que existe otro tribunal, presumiblemente en Nicaragua, más adecuado para conocer del caso. Como es sabido, el *forum non conveniens* es un instrumento de flexibilización de la jurisdicción, de carácter discrecional, aunque la decisión de no conocer ha de fundarse en una serie de criterios apreciados en el caso concreto, como la mayor proximidad a las fuentes de prueba. Esta ponderación ya ha sido invocada en muchos supuestos similares al presente, en el sentido de que se persigue la responsabilidad de una corporación estadounidense por los actos realizados por ella misma, o filiales, en otro país. En este sentido y tal y como comienza afirmándose en el documental, el hecho de demandar a Dole allí donde tiene su administración central es, ciertamente, una victoria en sí misma.

El supuesto es un ejemplo de los numerosos intentos de conseguir establecer la responsabilidad de una multinacional, aquí estadounidense, por su actuación en otros países. Consecuencia de la globalización es la deslocalización buscando, entre otros beneficios, el ahorro en costes laborales, lo que se consigue disminuyendo sobremedida las condiciones socio-laborales de los trabajadores. *Bananas!* permite, además, abordar en perspectiva histórica los avances que se hayan podido hacer en esta materia. Téngase en cuenta que la litigación allí reflejada nos remonta a finales de los años setenta. En el intermedio se han intentado diversas vías para mejorar los derechos de los trabajadores, en muchos casos estrechamente ligadas a la protección del medio ambiente. La presión social, en particular por parte de organizaciones no gubernamentales, ha llevado a que hoy en día multinacionales como Dole o Chiquita, para cuidar su imagen, participen en varios programas dirigidos a mejorar estándares laborales y medioambientales, como el proyecto “Better Banana” (antes ‘Eco O.K.’), de

Rainforest Alliance, a través del que se certifican plantaciones de bananas en tanto que cumplen los citados estándares².

El fenómeno ‘Globalización’ en su peor cara es perseguido en diversas instancias a través de las que se intenta armonizar los estándares laborales internacionales. Además de normas de *hard law* como las contenidas en los convenios internacionales elaborados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pero que requieren ratificación, abordan esta cuestión normas de *soft law*, entre las que destacan los códigos de conducta de la empresa multinacional³. Al respecto y a la hora de fijar los susodichos estándares, destacan a nuestros efectos, el Pacto Mundial (*Global Compact*) que, a través de la OIT, pone a disposición de las empresas la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social⁴; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁵, a través de su Guía para las empresas multinacionales, en la que se abordan, entre otras muchas materias, también los derechos laborales; y otras organizaciones de carácter no gubernamental, de las que sólo mencionaremos la Organización Internacional de Estandarización (*International Standardization Organization – ISO*), que trabaja en la elaboración de una nueva norma, la ISO 26000, sobre responsabilidad social corporativa⁶, con la asistencia de Naciones Unidas, con la que ha firmado un *Memorandum of Understanding* a fin de respetar los estándares fijados por la OIT, entre otras cuestiones.

Una de las líneas de defensa seguidas por Dole en el caso trata de marcar la diferencia entre la “vieja” Dole y la “nueva”, que nunca

²*Vid.* <http://www.bananalink.org.uk/content/view/112/64/lang,en/> (Último acceso, 7.12.2011).

³*Vid.* un estudio detallado de las posibilidades que abre este fenómeno en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Autorregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales”, *AEDIPr*, Vol. VIII, 2008, pp. 329-355. Más extensamente pueden consultarse las contribuciones contenidas en PÉREZ REAL, A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos internacionales ‘Códigos de conducta y mercados’, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

⁴*Vid.* <http://www.unglobalcompact.org/>, el cual conecta, en último término, con la OIT, y allí se puede acceder a la última versión de la Declaración, presentada en Ginebra en 2006 (Último acceso, 7.12.2011).

⁵ *Vid.*:

http://www.oecd.org/departament/0,3355,en_2649_34889_1_1_1_1_1,00.html (Último acceso, 7.12.2011).

⁶*Vid.*:

http://www.iso.org/iso/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/soci_al_responsibility/sr_iso26000_overview.htm, consultado en diciembre de 2011.

hubiera puesto la producción sobre la seguridad y salud de sus trabajadores; destaca que de los sesenta altos ejecutivos de los años sesenta sólo uno sigue con responsabilidades en la empresa y que el nuevo código de conducta está diseñado para “empoderar” a los trabajadores, y que ha prometido no utilizar pesticidas prohibidos sea en los Estados Unidos o en Europa. En el caso, y aunque esta línea argumental no aparece reflejada en la película, el abogado acusador, Duane C. Miller, intenta probar cómo estas declaraciones no impiden que Dole siga empleando pesticidas peligrosos en países de América Central (concretamente, el paraquat)⁷. Ello no obsta a que en un mundo en el que la empresa se beneficia de la diversidad jurídica internacional, el juego de la responsabilidad social corporativa pueda ser especialmente importante para intentar nivelar el terreno de juego y, de este modo, evitar la explotación de trabajadores situados en países en vías de desarrollo. De otra manera, la cuestión queda al albur de un posible levantamiento del velo jurídico o de la admisión de una demanda ante los tribunales de su sede que, en este caso, procede, pero cuyo destino final pone en cuestión la viabilidad de este cauce de litigación.

En casos como el aquí examinado, cobra un nuevo interés el análisis del carácter jurídicamente vinculante de los códigos de conducta cuando son adoptados por una matriz, normalmente situada en un país desarrollado, con filiales en países no desarrollados, para averiguar si es posible reclamar frente a la primera por conductas de la segunda por culpa *in vigilando*, esto es, presumiendo la imputabilidad de la matriz por la actividad de la filial en la medida en que no la impidió o no la vigiló en el sentido en el que previamente se había comprometido en el correspondiente código de conducta⁸. Al margen de convenios internacionales, esta línea ofrece una tenue posibilidad de mejorar las condiciones laborales aplicables en un determinado país. Pero tiene importantes límites –de ahí el calificativo de tenue– en la medida en que depende de la apreciación judicial del susodicho carácter vinculante de los códigos de conducta.

⁷*Vid.* el comentario de ROSENCRANZ, A., ROBLIN, S., BALLOFFET, N., “Farming and Food: How We Grow What We Eat. Doling Out Environmental Justice to Nicaraguan Banana Workers: The Jose Adolfo Tellez v. Dole Food Company Litigation in the U.S. Courts”, *Golden Gate University Environmental. Law Journal*, Vol. 3, 2009, pp. 161-180, pp. 172-173.

⁸ En estos términos, Resolución del Instituto de Derecho internacional de 1995, en su Sesión de Lisboa, sobre las obligaciones de las empresas multinacionales y sus miembros, principio 2, accesible en: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_04_en.PDF (Último acceso, 7.12.2011).

A la hora de determinar dicho carácter vinculante, se apunta que ha de examinarse el grado de precisión en a qué se compromete la empresa; el grado de difusión y, por tanto, conocimiento de los destinatarios explícitos e implícitos (como los trabajadores); así como la aceptación de lo que implica el citado código para y por terceros⁹. Que tales códigos de conducta puedan considerarse vinculantes es, de hecho, complicado, pero las expectativas mejoran si están incorporados a un contrato internacional, en cuyo caso su capacidad de generar obligaciones podría incrementarse.

La autonomía material del contrato internacional puede abrir una puerta a la reclamación contractual en la medida en que el código de conducta adoptado por el grupo de empresas, o simplemente por la empresa matriz o contraparte, se entienda incorporado al contrato y, además, genere obligaciones susceptibles de ser demandadas por terceros. Así, la empresa puede imponer a su contraparte el cumplimiento de determinados estándares laborales -lo que ya se hace en la práctica a través de la elección de la contraparte entre aquellas que, efectivamente, cumplen con los susodichos estándares-¹⁰ pero también obligándole a asumir como propio su código de conducta.

La empresa Wal-Mart es protagonista de un importante caso planteado ante la jurisdicción estadounidense, donde fue demandada porque sus proveedores en países en vías de desarrollo no habían cumplido con los estándares fijados en su código de conducta, en particular, con la prohibición de trabajo forzado, el pago de salarios mínimos así como el de horas extraordinarias. Además de comprometerse a asegurarse de que sus proveedores aceptaban su código de conducta, en el que también se tratan las condiciones laborales, Wal-Mart se comprometía a vigilar su cumplimiento por parte de los susodichos suministradores. Los demandantes alegaron que de estos compromisos nacía un contrato implícito en el que pueden ampararse terceras partes para reclamar los derechos allí contenidos. Sin embargo, el tribunal no apreció que el susodicho código generara efectivamente obligaciones frente a terceros, en este caso los trabajadores, en la medida en que sólo sentaba una política de empresa, pero no presentaba el suficiente grado de precisión como para ser

⁹*Vid.* KENNY, K. E., “Comment: Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers”, *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 27, 2007, pp. 453-473, pp. 457-463.

¹⁰ Lo que es una práctica común en el ámbito de la contratación pública, pero que, por desgracia, no alcanza a la subcontratación. *Vid.* sobre los límites de esta estrategia, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., *loc.cit.*, pp. 349-351.

considerado una oferta que los trabajadores pudieran aceptar y, en consecuencia, generar obligaciones contractuales¹¹.

Más visos de realidad presenta el supuesto en el que la empresa se haya dotado de un código de conducta con un mecanismo propio de auto-ejecución, que pueda ser invocado por los terceros; en este caso, sí se crearán obligaciones frente a ellos, que cabría calificar de contractuales en tanto que se apoyan en el contrato con la empresa suministradora, etcétera, que no respeta los citados estándares laborales frente a sus trabajadores¹². En todo caso, este camino está todavía en proceso de exploración, siendo oportuno traer a colación la resistencia de los estados en vías de desarrollo a adoptar estándares laborales y medioambientales más avanzados para, precisamente, no dañar su capacidad de atraer inversión extranjera.

En definitiva, el caso *Tellez v. Dole Food Co.* representaba la posibilidad de demandar la actuación ilícita en terceros Estados ante los tribunales del lugar donde se encuentra la administración central de la multinacional, lo que es hoy en día un auténtico reto, no sólo en materia laboral y medioambiental, sino también en materia de defensa de derechos humanos, habida cuenta de que el lugar donde se comete el ilícito no está, normalmente, preparado para pedir cuentas a estas potentes organizaciones empresariales. Por ello, la deriva que tomó este caso tras el veredicto, prácticamente dejado en suspenso por la juez Chaney, ha supuesto un duro golpe a las expectativas de hacer, por fin, responsables de sus actos a las multinacionales.

II. Derecho procesal civil estadounidense

El sistema jurídico estadounidense es mundialmente famoso por su alto grado de litigiosidad, que no es más que una manifestación del papel fundamental que juega en la sociedad estadounidense el proceso como método privilegiado de resolución de los conflictos sociales. En este contexto, los abogados son considerados auténticos ingenieros sociales y su labor se ve incentivada a través de distintos métodos. El primero y capital es que no se aplica el principio de que “el que pierde, paga”. Entablar un proceso no conlleva el pago de costas en

¹¹ Concretamente, fue planteada por el *Internacional Labour Rights Fund*, en representación de trabajadores de China, Bangladesh, Indonesia, Swaziland y Nicaragua ante la *Superior Court* de Los Ángeles, apoyándose en el *Wal-Mart's Standards for Suppliers Agreement*. Vid. *Doe v. Wal-Mart Stores, Inc.*, No. CV 05-7307 GPS (C.D. Cal. 2005), cit. por KENNY, K. E., *loc.cit.*, *passim*.

¹² Vid. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., *loc.cit.*, p. 354.

caso de inadmisión a trámite o desestimación. Ahora bien, ello no implica que no tenga costes.

Los costes extra-procesales y procesales son asumidos por regla general por los abogados, que operan como auténticas empresas. De ahí que la abogacía estadounidense presente un grado de especialización altísimo que no sólo alcanza a las posiciones de abogado demandante y abogado defensor, sino también al tipo de casos que cada uno de ellos acepta. Por ejemplo, Juan J. Domínguez está especializado en responsabilidad extracontractual y, a lo que parece, en accidentes de tráfico. Opera, como indica al inicio de la película, sobre la base de que, si gana, recupera la inversión y cobra una parte sustancial de la indemnización (*contingency fees*); si pierde, pierde también lo invertido que, en este caso, es particularmente alto, ya que clientes y pruebas se hallan en otro país, y la demanda se entabla contra un demandado especialmente fuerte. En la medida en que, en último término, manejan una empresa, se permite todo tipo de tácticas publicitarias a la hora de ganar clientes, lo que, ciertamente, es chocante en nuestra mentalidad y concepción de la ética profesional. Otro ejemplo de especialización extraído del documental es que Domínguez busca a Duane C. Miller para presentar el caso ante los tribunales, mientras que él hace otro tipo de trabajo, como búsqueda de afectados y recopilación de pruebas.

El documental también muestra la preparación del proceso, que constituye una fase del mismo con su propia denominación, la *pre-trial discovery*. La actividad preparatoria del litigio tiene su origen en el Derecho romano-canónico, concretamente en la *interrogatio in iure* y la *actio ad exhibendum*. Estos mecanismos permitían al futuro demandante averiguar hechos relevantes para el proceso que pretendía iniciar, a través del examen bajo juramento de la otra parte o del acceso a documentos y cosas en su poder o de terceros. Con esta actividad se trata de colaborar con las partes en la correcta constitución del litigio, poniendo a su disposición la ayuda jurisdiccional cuando no pueden acceder a los hechos por sí mismas. En este sentido, es importante matizar que la actividad preparatoria del litigio comprende tanto actuaciones particulares como jurisdiccionales. Así, el ordenamiento jurídico español recoge esta herencia en el Capítulo II, Título I, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), bajo el título de diligencias preliminares.

El mismo origen impulsa la *pre-trial discovery*, institución propia del derecho anglosajón, si bien su peculiar construcción procesal,

partiendo de la distinción entre la *equity* y el *common law*, condiciona características particulares. La primera característica es que la actividad preparatoria del litigio conforma una auténtica fase procesal, la fase de *discovery*; término que sirve para designar los métodos a través de los que el demandante, o el demandado, obtienen información en relación con la pretensión procesal.

Las mayores diferencias se suscitan, sin duda, con Estados Unidos, país donde la *discovery* ha alcanzado su más amplio desarrollo como consecuencia de las peculiaridades del proceso estadounidense: la pervivencia del jurado en el proceso civil condiciona la necesidad de preparar con más cuidado la presentación de la prueba procesal (*evidence*). Ello determina que se utilice la *discovery*, no sólo para averiguar hechos necesarios para el correcto desenvolvimiento del juicio, sino también a modo de ensayo general de la prueba ante el tribunal, decidiendo qué medios son relevantes y cómo se van a practicar. Sociológicamente, también sirve a otro de los rasgos del sistema estadounidense el alto índice de acuerdos que ponen fin al proceso. En este sentido, se ha producido una evolución en la institución que, además de atender a la actuación de los deberes de información y exhibición de las partes o terceros, sirve para testar la eficacia de las fuentes de prueba. En este contexto, los actos de *discovery* son muy amplios y tienden a adelantar la actividad probatoria. De hecho, en el documental asistimos a una muestra, la confrontación del testimonio de los demandantes con el que prestaron ante el abogado defensor en la fase de *discovery* y que éste enseña en sala a través de vídeo. Otra muestra del empleo de *discovery* son los documentos internos de la compañía que allí se analizan y que se someten a la consideración del director principal de la *Standard Fruit Company* en los años en que se produjeron los hechos.

El caso discutido es apropiado para una *class action*, aunque lo que aquí experimentamos no es más que su preparación: se plantean ante los tribunales de California demandas individuales con la intención de testar las probabilidades de éxito en un proceso colectivo posterior y, a ser posible, conseguir un acuerdo global con Dole. Ello da la medida de la complejidad de una *class action*, a la que se achaca el servir de chantaje legal al demandado y amparar abusos procesales. Lo cierto es que su preparación es compleja, muy costosa y, en muchos casos, no superan la fase de admisión a trámite, conocida como *certification*. En cualquier caso, este documental advierte de sus funciones entre las que destacan el facilitar el acceso a la justicia, coadyuvar a la economía procesal además de contribuir a la modificación de conductas en aquellos ordenamientos como el estadouni-

dense que confían en la actividad privada para la implementación de normas cuyo cumplimiento por parte de particulares, de otro modo, jamás sería controlado. Señaladamente, queda de manifiesto cómo, sin esta posibilidad, comportamientos como el reflejado en el documental quedarían impunes, entre otras razones por falta de recursos de los afectados.

El documental termina con un veredicto favorable a los demandantes que, sin embargo, no ha podido proseguirse, ya que, ante las alegaciones de la condenada, la jueza apreció fraude en las pruebas presentadas: Dole presentó testigos anónimos que afirmaban que al menos dos de los trabajadores demandantes jamás habían sido empleados de la compañía. Considerando que este fraude habría afectado a toda la demanda contra la compañía, la jueza procedió a cerrar el caso, aunque no ha llegado a desestimarlos en cuanto al fondo. Como colofón, Juan J. Domínguez, el abogado que construyó el caso, fue acusado de mala práctica profesional, acusación que, finalmente, ha negado la *State Bar de California* (el Colegio de abogados)¹³.

III. *A posteriori*

A pesar de este final, ha de advertirse que, siguiendo este caso, los Estados Unidos han recibido una oleada de *mass claims* presentadas por trabajadores no sólo de Nicaragua, sino también de Costa Rica, Honduras, Panamá y Guatemala. Así, pueden consultarse, entre otros muchos (en total, podrían ser unas veinticinco acciones), *Villegas Mora, et al. vs. Dole Food Company, Inc. et al.* [Case No. CV 09-195-CAS(VBKx)]; *Solís Villareal, et al. vs. Dole Food Company, Inc, et al.* [Case No. CV 09-189-CAS(VBKx)]; *Carrillo Obregón, et al. vs. Dole Food Company, Inc, et al.* [Case No. CV 09-186-CAS(VBKx)]; *Ulloa et al. vs. Dole Food Company, Inc., et al.* [Case No. CV 09-200-CAS(VBKx)]; *Ortega Vanegas, et alt. vs. Dole Food Company, et al.* [Case No. CV 09-181-CAS(VBKx)]. En realidad, la litigación en los Estados Unidos por el empleo de este químico se remonta a los años noventa y trabajadores de más de 23 países han presentado demanda, siendo en muchos casos rechazada sobre la base del *forum non conveniens*.

Además de las demandas presentadas directamente en los Estados Unidos, cabe mencionar que también se ha seguido el camino contrario, es decir, acudir a los tribunales de los países en los que se ha

¹³*Vid.* la nota informativa en <http://www.bananasthemovie.com> (Último acceso, 7.12.2011).

producido el daño para, después, solicitar su reconocimiento en los Estados Unidos. Esto es lo que ha ocurrido con *Sanchez Osorio, et al. vs. Dole Food Company, Inc., et al.* [665 F. Supp. 2d 1307; 2009 U.S. Dist.]¹⁴, cuya apelación ha sido resuelta el 25 de marzo de 2011 [635 F.3d 1277; 2011 U.S. App. LEXIS 6208; 22 Fla. L. Weekly Fed. C 1926] en el que 150 demandantes litigaron en Chinandega, el lugar de procedencia de los trabajadores cuya historia nos es mostrada en el documental, sobre la base de una ley especial dictada por el Gobierno nicaragüense, la núm. 364¹⁵, para lidiar con esta cuestión, y con base a la cual le fueron concedidos 97 millones de dólares, condena que es la que se intenta reconocer en los Estados Unidos. Finalmente, el reconocimiento es denegado atendiendo a tres motivos: la falta de competencia del juez de origen, ausencia de garantías procesales mínimas en el juicio donde ha recaído la decisión, decisión que, además, contraría el orden público de Florida (vid. *Florida Uniform Out-of-country Foreign Money-Judgments Recognition Act, Fla. Stat.* §§ 55.601-55.607). El tribunal de instancia puso en cuestión, además, la imparcialidad de los tribunales de Nicaragua, lo que fue rectificado en apelación.

4. Actividades

La temática jurídica aquí tratada convierte a este documental en apto para ser tratado en un curso de doctorado o seminario especializado que, además, puede ser tanto de Derecho procesal comparado, como de responsabilidad social corporativa, de responsabilidad por productos defectuosos, o de protección de los trabajadores, siempre con la deslocalización de empresas como temática de fondo.

Tras su visionado, debería abrirse un coloquio para poner en común los temas que han llamado la atención de los asistentes, y poner de manifiesto a través de aquel cómo opera el propio ordenamiento jurídico, pudiendo plantearnos, por ejemplo, la viabilidad ante la jurisdicción española, tanto de la posibilidad de que una empresa española sea demandada por la gestión que de una explotación

¹⁴Vid. DAVIDSON, G. A., “Case Note: *Osorio v. Dole Food Co.*, 665 F. Supp. 2d 1307 (S.D. Fla. 2009)”, *Florida International University Law Review*, Vol. 5, 2009, pp. 193-207.

¹⁵Ley especial para la tramitación de juicios promovidos por las personas afectadas por el uso de pesticidas fabricados a base del plaguicida DBCP, aprobada el 5 de octubre de 2000 (Gaceta Diario Oficial, núm. 12, 17.1.2001), accesible en <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaca87dac762406257265005d21f7/545bec2a8b101dd8062571bc005edb9d?OpenDocument> (Último acceso, 7.12.2011).

agrícola ha realizado en otro país (*ergo*, analizando problemas de competencia judicial internacional así como de ley aplicable), como el que pueda ser demandada en otra jurisdicción y sea necesario proceder al reconocimiento de esa decisión en España.

Además de la simulación, los distintos temas suscitados por el documental son aptos para desarrollar técnicas de investigación jurídica, por lo que podrá pedirse a los asistentes que profundicen, individualmente o en grupo, en alguno de los tópicos para su posterior exposición y discusión en el aula. Por ejemplo, muchas empresas ya publican en sus páginas web sus códigos de conducta; el análisis de los mismos, su comparación, así como el estudio de algún caso en que públicamente se haya denunciado la contradicción entre código y actuación podría ser la antesala de propuestas sobre cómo mejorar su redacción y, en particular, su exigibilidad.

5. Bibliografía y sitios web de interés

Bibliografía

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Colección De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009.

DAVIDSON, G. A., “Case Note: Osorio v. Dole Food Co., 665 F. Supp. 2d 1307 (S.D. Fla. 2009)”, *Florida International University Law Review*, Vol. 5, 2009, pp. 193-207.

JAMES, JR., F., HAZARD, JR., G. C., LEUBSDORF, J., *Civil Procedure*, 5ª ed., New York, 2001.

KENNY, K. E., “Comment: Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers”, *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 27, 2007, pp. 453-473.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Autorregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales”, *AEDIPr.*, Vol. VIII, 2008, pp. 329-355.

PÉREZ REAL, A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos internacionales ‘Códigos de conducta y*

mercados, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

ROSENCRANZ, A., ROBLIN, S., BALLOFFET, N., “Farming and Food: How We Grow What We Eat. Doling Out Environmental Justice to Nicaraguan Banana Workers: The Jose Adolfo Tellez v. Dole Food Company Litigation in the U.S. Courts”, *Golden Gate University Environmental Law Journal*, Vol. 3, 2009, pp. 161-180.

Sitios web de interés

<http://www.bananasthemovie.com/>

<http://codigosdeconducta.com/portal/index.php>

<http://www.unglobalcompact.org/>

http://www.oecd.org/departament/0,3355,en_2649_34889_1_1_1_1_1_1,00.html

http://www.iso.org/iso/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/social_responsibility/sr_iso26000_overview.htm

<http://www.bananalink.org.uk/content/view/112/64/lang,en/>

La contaminación medioambiental en Derecho internacional privado. “Crude: the real price of oil”

Katia Fach Gómez¹

1. Película

TÍTULO

Crude. The Real Price of Oil (Crudo).

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2009

País: Estados Unidos

Director: Joe Berlinger

Productoras: Entendre Films, Radical Media, Red Envelope Entertainment, Third Eye Motion Picture Company.

Productores: Joe Berlinger, Michael Bonfiglio, J.R. DeLeon, Jon Kamen, Danielle Pelland, Ted Sarandos, Frank Scherma, Richard Stratton, Justin Wilkes.

Música: Wendy Blackstone

Género: Documental

Duración: 105 min.

SINOPSIS

En el año 1993, un grupo de ecuatorianos demandó a la multinacional Texaco ante los tribunales estadounidenses. Los demandantes alegaron que las actividades de explotación petrolera llevadas a cabo por Texaco a partir de los años sesenta en la región ecuatoriana de Sucumbíos habían tenido consecuencias devastadoras. Según los demandantes, estas décadas de actividades extractivas generaron 18 mil millones de galones de agua tóxica. Los cauces de los ríos, receptores

¹ La autora es miembro de los Proyectos de Investigación DER 2009-11702 (subprograma JURI) y e-PROCIFIS (Ref. S 14/3). katiafachgomez@gmail.com.

de las sustancias contaminantes, así como unas 30.000 personas de nacionalidades secoya, siona, cofán, huaorani y quichua siguen sufriendo hoy en día los estragos medioambientales y sanitarios de dichas actividades empresariales. La acción judicial planteada en el año 1993 es el punto de partida de una batalla global que sigue abierta en una pluralidad de frentes. Desde una perspectiva jurídica, las reclamaciones judiciales y arbitrajes se han multiplicado, así como se han diversificado también los países en los que se han planteado dichas contiendas. Desde una perspectiva sociológica, este caso es un claro exponente de la dicotomía protección medioambiental-beneficio empresarial, que sigue suscitando un enconado debate en la actualidad. En este escenario, el laureado documental de Berlinger centra su atención en el perfil humano de alguno de los protagonistas del caso, presentando al mismo tiempo una pluralidad de perspectivas desde las que se puede analizar el caso.

2. Temática jurídica

Palabras clave: contaminación medioambiental, derechos de los indígenas, responsabilidad corporativa, responsabilidad del Estado, derecho internacional privado, derecho comparado.

3 & 4. Comentario y actividades

El caso que da origen a este documental es, desde la perspectiva jurídica, extraordinariamente complejo y multidisciplinar. A continuación se proponen una serie de actividades que, enfocadas desde distintos sectores del derecho, permiten reflexionar sobre alguno de los muchos aspectos legalmente relevantes de este supuesto de hecho.

A. Litigación internacional

I. En el documental se informa de que se planteó una *class action* contra Texaco en Estados Unidos en el año 1993 (y que dicha demanda fue heredada por Chevron en el 2001). Lea artículos jurídicos como, por ejemplo, los que se sugieren en el apartado bibliográfico y exponga cuáles son las características principales de las *class actions* en USA y en qué medida dicha figura existe también en el ordenamiento jurídico español

II. En “Crudo” también se indica que Chevron luchó nueve años para retirar este caso de los tribunales estadounidenses y llevarlo ante

los tribunales ecuatorianos. Investigue sobre la figura del *forum non conveniens* en Estados Unidos e indique si tal mecanismo también existe en el ámbito judicial de la Unión Europea. Asimismo, lea la bibliografía recomendada en torno al *Alien Tort Claims Act* (ATCA) y reflexione en torno a si dicha norma hubiese tenido un papel importante en el litigio estadounidense, caso de que el *forum non conveniens* no hubiese sido admitido por el juez norteamericano.

III. En el documental aparece un gráfico indicando que esta contaminación ha sido más dañina que la generada por el *Exxon Valdez*. Recopile información sobre este caso, indicando sus características generales, los puntos jurídicos principales que se plantearon y cómo se resolvió éste.

B. Derecho estadounidense

IV. Lea este artículo del New York Times:

http://www.nytimes.com/2011/01/03/us/03crude.html?_r=1&emc=eta12 y realice una investigación jurídica sobre cuáles son, con

² "Scenes Cut From Film Find New Role in Court" By JOHN SCHWARTZ and DAVE ITZKOFF Published: January 2, 2011

The film clips look like evidence from a sting operation: in one, a lawyer plans a huge protest at a courthouse because the judges "make decisions based on who they fear the most."

But the lawyer, Steven Donziger, had invited the cameras in to document his work on a high-profile, 17-year legal battle with the Chevron Corporation in Ecuador.

The candid footage has come to light because Chevron's lawyers persuaded a federal judge in New York to force a filmmaker who chronicled the legal fight, Joe Berlinger, to turn over more than 500 hours of outtakes from his film, "Crude."

The ruling has drawn wide attention because Mr. Berlinger and lawyers for the plaintiffs had argued that the outtakes were protected, in much the same way that journalists are generally not required to turn over their notebooks if they are subpoenaed in a lawsuit between other parties.

The ruling, which came last May and was largely upheld by a court of appeals this summer, is being seen as a cautionary tale for lawyers who invite in documentary filmmakers to tell the story of their legal fights.

Chevron has used the outtakes in case after case in the United States tied to the sprawling suit, in which plaintiffs in Lago Agrio, Ecuador, claim that oil exploration by Texaco, which Chevron acquired in 2001, left local waters toxic. A report submitted to the court in Ecuador puts the damage at \$113 billion.

Karen Hinton, a spokeswoman for the plaintiffs' side of the suit, said the core of the litigation is that "Chevron's reckless drilling practices and its fraudulent remediation resulted in the massive contamination of the environment and the deaths and illnesses of thousands of people."

The clips, however, "have sent shock waves through the nation's legal communities," one federal judge said in an opinion. Another court last month called them

carácter general, las características del *discovery* en Estados Unidos, así como sobre las consecuencias concretas que el contenido del metraje desechado del film *Crude* puede tener en este caso. Para responder a esta cuestión consulte también la abundante documentación jurídica recogida en <http://www.crudethemovie.com/>

V. En el documental se muestra una reunión mantenida en Estados Unidos entre varios de los abogados ecuatorianos y el despacho Kohn, Swift y Graft, especializado en *class actions lawsuits*. En esta reunión, el abogado Steven Donziger hace hincapié en que el apoyo de este despacho es esencial para abortar la estrategia que creen que está desarrollando Texaco: forzar la bancarrota de los demandantes. Encuentre información sobre las características de los servicios *pro bono* de los despachos estadounidenses (qué es, cómo se eligen los casos, etc) y reflexione asimismo sobre las críticas vertidas a este respecto por los abogados de los demandados: esto es una empresa, que se financia para obtener un lucro.

VI. En el mismo sentido, en el documental se muestra un video producido por Chevron y que fue mostrado a sus accionistas. En él se acusa a Petroecuador de causar la contaminación y se afirma que los abogados norteamericanos que apoyan al los demandantes en realidad están buscando obtener *contingency fees*. Explique el significado de esta noción y si también existe este concepto en el derecho español

VII. En unas declaraciones que Luis Yanza ofrece a una radio local de la ciudad ecuatoriana de Ambato, éste declara que estamos ante un caso que va a sentar precedente y que no queden impunes las acciones cometidas por empresas transnacionales en Ecuador. Reflexione sobre la noción de *leading case* en Estados Unidos y si ésta también existe en derecho español.

“extraordinary evidence” that suggests that lawyers “presented false evidence and engaged in other misconduct.”

In one outtake, when a dinner companion asks Mr. Donziger if the judge will be killed if he rules against his side, Mr. Donziger says, “He thinks he will be, which is just as good.” In another, he talks about evidence of toxic contamination that is all “smoke and mirrors.”

Chevron contends that still other clips and documents show that the plaintiffs ghostwrote a crucial environmental report by a supposedly independent expert and worked with the government to prosecute two Texaco lawyers who helped get Ecuadorean officials to sign off on the company’s cleanup efforts in 2001.

Randy M. Mastro, a lawyer for Chevron, said, “This is a series of smoking guns that’s more like a five alarm fire.”

C. Derecho ecuatoriano

C1. Derecho procesal

VIII. En el documental se muestran algunas inspecciones judiciales que consisten en que el juez y los abogados de ambas partes visitan las estaciones de producción petrolera situadas en la zona ecuatoriana contaminada. ¿Esta inspección es algo propio de los sistemas jurídicos del *common law* y se ha implantado en este litigio a causa de la nacionalidad de los demandados o considera Usted que existen recursos similares en muchos ordenamientos jurídicos de *civil law* -incluido el español-?

IX. En un momento del documental se ve cómo los abogados de ambas partes, acompañados de cámaras y periodistas, irrumpen en el despacho de un juez de Quito y, tras plantearle a éste solicitudes contradictorias (respecto de la inspección judicial como diligencia previa solicitada por Texaco respecto de las actividades de un laboratorio que ha de analizar unas muestras), comienzan una agria discusión dentro de dichas dependencias judiciales. El abogado Steven Donziger comenta que algo así nunca se haría en Estados Unidos y que en este caso se ven forzados a llevar a cabo acciones de esta naturaleza para neutralizar las prácticas corruptas de Texaco. ¿Cuál es su opinión respecto de lo sucedido? ¿en España sería posible irrumpir de esta manera en la oficina judicial?

C.2. Derecho civil

X. El 14 de febrero de 2011, la corte de justicia de Sucumbíos dictó sentencia en primera instancia en torno a este caso, condenando a la demandada a abonar \$8.6 billion. Lea esta extensa sentencia (<http://www4.elcomercio.com/ClientFiles/ElComercio/archivos/pdfs/2011/02/CorteProvincial.pdf>) y prepare un esquema en el que se presenten de forma sintética los diversos temas abordados por el juez ecuatoriano Nicolás Zambrano Lozada y qué respuesta da cada uno de ellos. Manifieste su opinión jurídica al respecto.

C.3. Entes de derecho público

XI. El abogado de la empresa demandada indica en el documental que la apertura de esta zona del Ecuador a la exploración y

explotación petrolera fue una decisión tomada soberanamente por el Estado ecuatoriano en la década de 1960. En otro momento del documental, el mismo abogado alega que Petroecuador (empresa pública ecuatoriana) y Texaco formaron un consorcio y operaron conjuntamente, realizando una explotación industrial permitida por la ley ecuatoriana. Reflexione sobre una hipotética responsabilidad del Estado ecuatoriano en este caso y cómo los afectados podrían actuar jurídicamente contra su Estado. ¿Podría el arbitraje desempeñar un papel relevante en esta cuestión? Adicionalmente, ¿piensa que es legalmente viable la insinuación que el presidente Correa realiza tras visitar la zona afectada, respecto de la responsabilidad de anteriores mandatarios ecuatorianos?

XII. Asimismo, el documental muestra que en un video difundido por Chevron se apunta a que en la década de los noventa Texaco ya realizó costosas operaciones de limpieza en la zona que fueron supervisadas por el gobierno de Ecuador y que en consecuencia, éste *"formally released Texaco from any responsibility past, present or future"*. Reflexione en términos legales sobre la validez y efectos jurídicos de dicha declaración emitida por el Estado ecuatoriano.

D. Estado de derecho y Latinoamérica

XIII. El día de la toma de posesión de Correa como presidente de Ecuador, el abogado Steven Donziger declara para el documental "Crude" que este cambio de gobierno es muy positivo para el caso, ya que con esta nueva administración, la multinacional no va a poder seguir usando mecanismos antes utilizados, como sobornos, manipulación del poder de la administración, etc. Para Donziger, el caso necesita un entorno político en el que se proteja la independencia judicial y en el que los jueces no tengan miedo de dictar sentencias negativas a las empresas multinacionales. Asimismo, Donziger llama la atención sobre la inestabilidad política del país, ya que Correa es el octavo Presidente que ha tenido Ecuador en los últimos diez años. En relación con todos estos factores recién apuntados, ¿cree que son características propias de Ecuador o extrapolables a toda o parte de Latinoamérica? Argumente su respuesta.

XIV. Según el documental, las noticias estadounidenses presentan a Correa como un *"humanist leftist christian"*. ¿Cuál es su opinión al respecto?. Asimismo, estas noticias recalcan la cercanía de Correa con Venezuela y su oposición a la firma del *Trade Agreement* con USA.

¿Cómo ha evolucionado el tema del acuerdo comercial durante los años del gobierno de Correa?

XV. Addenda. Este grave caso de contaminación medioambiental ha generado otros documentales cronológicamente posteriores a “Crude”. A modo de ejemplo, el realizador zaragozano Arturo Hortas es el autor de “Sucumbíos, Tierra sin Mal”, obra que ha sido galardonada, entre otros, con el premio honorífico *Survival Internacional* al mejor documental de temática indígena en el Festival de Cine y Derechos Humanos de Barcelona de 2011³. Tras visionar este documental, se propone al alumno que reflexione sobre las siguientes cuestiones relacionadas con éste:

En “Sucumbíos, Tierra sin Mal” se alude al artículo 71 de la Constitución ecuatoriana del año 2008. Expresa su opinión sobre este artículo, que encabeza el capítulo constitucional dedicado a los derechos de la naturaleza e indique igualmente su opinión sobre el contenido de los artículos 41-43 de la Ley de gestión ambiental ecuatoriana de 1999.

A lo largo del documental se alude en varias ocasiones y desde distintas perspectivas a que muchos de los habitantes de Sucumbíos no poseen títulos de propiedad respecto de los terrenos en los que residen. En este sentido, un sacerdote defiende que toda la Amazonía era tierra baldía, otro entrevistado considera que Texaco acometió una invasión territorial de las tierras cofanes, etc. Reflexione sobre los efectos jurídicos que puede tener en Latinoamérica la falta de títulos de propiedad de los bienes inmuebles en los que se habita. Tome por ejemplo como punto de origen de su investigación una iniciativa brasileña a este respecto:

(http://www.elpais.com/articulo/portada/Lula/ordena/dar/titulos/propiedad/habitantes/favelas/elpepipri/20030107elpepipor_6/Tes)⁴.

³http://www.elpais.com/articulo/cataluna/periodistas/Wikileaks/premiados/CCCB/elpepuespcat/20110613elpcat_6/Tes;

<http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=847691>

⁴ Lula ordena dar títulos de propiedad a los habitantes de las favelas Brasil prepara un plan para reinsertar a los jóvenes que dejen el narcotráfico
El País 7 ENE 2003.

El nuevo presidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, ha ordenado poner en marcha un plan para legalizar las favelas de Brasil. El objetivo es otorgar títulos de propiedad a los millones de habitantes de estos barrios de chabolas e infraviviendas levantadas de forma ilegal en torno a las grandes ciudades por personas de escasos recursos, la mayoría procedentes de zona rurales. Los títulos de propiedad

En el documental aparece María Fernanda Espinoza, ministra del Patrimonio ecuatoriana, alabando el fondo fiduciario creado en Yasuní que, en su opinión, es un ejemplo de renunciamiento que refleja una nueva ética planetaria. Tras consultar detalladamente la web <http://mdtf.undp.org/yasuni/es>, responda a las siguientes cuestiones: ¿Qué beneficios reporta a Ecuador la no explotación de Yasuní?, ¿Qué beneficios reporta a nivel mundial la no explotación de Yasuní?, ¿Qué hay en esta zona de Ecuador que merezca ser protegido?, ¿Está de acuerdo con que Ecuador va a ser el contribuyente más destacado en este fideicomiso? ¿Por qué?. Explique la diferencia entre la ventana de fondo de capital y de fondo de rentas, ¿Un particular puede obtener CGYs?

5. Bibliografía y sitios web de interés

Bibliografía

KIMERLING, J., “Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, ChevronTexaco, and Aguinda v. Texaco”, *New York University Journal of International Law and Politics*, ISSN 0028-7873, Vol. 38, N°. 3, 2006, págs. 413-664.

VADI, V. S., “When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources and Indigenous Heritage in International Investment Law”, *Columbia Human Rights Law Review*, Spring, 2011, 42 Colum. Human Rights L. Rev. 797.

permitirían a las familias tener acceso a créditos blandos, disponer de una dirección postal oficial y, en fin, legalizar su situación.

Sólo en São Paulo y Río de Janeiro se calcula que hay cuatro millones de habitantes en las favelas. Cientos de miles de personas malviven también en las favelas de Recife, Salvador de Bahía, Bel Horizonte y decenas de localidades más. El nuevo ministro de Justicia, Márcio Thomaz Bastos, es el encargado de elaborar un plan para regularizar la situación, una empresa que exigirá reformas legales. Un grupo de expertos jurídicos ha recibido ya el encargo de elaborar un proyecto, que contará con un presupuesto de 300 millones de euros.

En sus primeras decisiones desde que juró la presidencia, el pasado 1 de enero, Lula da Silva ha dado firmes pasos en su objetivo de acabar con el hambre y la pobreza en uno de los países con más recursos del mundo. En su primer Consejo de Ministros, la semana pasada, el Gobierno decidió suspender la compra de varios *caças* para renovar la flota de las Fuerzas Aéreas de Brasil y destinar los 760 millones de dólares previstos para financiar proyectos sociales. Además del plan para regularizar a los habitantes de las favelas, Lula ha encargado a Nilmário Miranda, secretario nacional de Derechos Humanos, un proyecto para proteger con trabajo y otra residencia a los jóvenes de favelas que quieren abandonar el narcotráfico.

JONATHAN HORLICK, J., CYR, J., SCOTT REYNOLDS, S., BEHRMAN, A., "American and Canadian Civil Actions Alleguing Human Rights violations abroad by Oil and Gas Companies", 45 *Alberta Law Review* 653, 2003.

DONZIGER, S., GARR, L., PAGE, M., "Rainforest Chernobyl Revisited+ The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon", 17 *Human Rights Brief* 8, 2010.

BLUMBERG, P. I., "Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems", 50 *Am. J. Comp. L.* 493, 2002.

JAEGER, K., "The Alien Tort Statute: Comments on Current Issues: A. Jurisdiction and Justiciability: Environmental Claims Under the Alien Tort Statute", 28 *Berkeley Journal of International Law* 519, 2010.

CASEY, M. R., RISTROPH, B., "Boomerang Litigation: How Convenient Is Forum Non Conveniens in Transnational Litigation?", 4 *BYU Int'l L. & Mgmt. Rev.* 21, 2007.

CORTELYOU, K., "Disaster in the Amazon: Dodging 'Boomerang Suits' in Transnational Human Rights Litigation", 97 *California Law Review* 857, 2009.

CARELLA, J. F., Of Foreign Plaintiffs and Proper Fora: Forum Non Conveniens and ATCA Class Actions, 2003 University of Chicago. The University of Chicago Legal Forum 717.

VAN SCHAACK, B., Unfulfilled Promise: The Human Rights Class Action, 2003 University of Chicago. The University of Chicago Legal Forum 279.

CABALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las "class actions" en Europa*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2009.

BERGSIEKER, R. T., "International Tribunals and Forum Non Conveniens Analysis", *Yale Law Journal*, ISSN 0044-0094, Vol. 114, N° 2, 2004, págs. 443-450

GARRO, A. M., "Forum non conveniens', disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada", *DeCITA: direito do comércio internacional = derecho del comercio internacional*, ISSN 1980-2870, N° 4, 2005, págs. 174-206.

GABUARDI, C. A., “Entre la jurisdicción, la competencia y el forum non conveniens”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ISSN 0041-8633, N°. 121, 2008, págs. 69-115

BOU FRANCH, V. E. “Exxon Valdez”, en *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos* / coord. por José Juste Ruiz, Tullio Scovazzi, 2005, ISBN 84-8456-190-9, págs. 191-262

GOLDBERG, V. P., “Recovery for Economic Loss Following the Exxon Valdez Oil Spill”, *Journal of Legal Studies*, ISSN 0047-2530, Vol. 23, N° 1, 1994, págs. 1-39

CABALLO PIÑEIRO, L., “La actividad preparatoria de un litigio internacional: de las diligencias preliminares a la *pre-trial discovery*” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, N° 5, 2005, págs. 1253-1264

TABARROK, A., HELLAND, E., “Contingency Fees, Settlement Delay, and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets”, *Journal of Law, economics and organization*, ISSN 8756-6222, Vol. 19, N° 2, 2003, págs. 517-542

GONZÁLEZ MORALES, F., *El trabajo clínico en materia de Derechos Humanos e Interés Público en América Latina*, Universidad de Deusto. ISBN 8474859301, 2004.

GUDYNAS, E., “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, *Revista de estudios sociales*, ISSN 0123-885X, N°. 32, 2009 (Ejemplar dedicado a: Medio Ambiente), págs. 33-47.

ZAMORA CABOT, F. J., “Una Luz en el Corazón de las Tinieblas: El Alien Tort Claims Act of 1789, (ATCA) de los Estados Unidos”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Libro Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pág.1381-1394.

ZAMORA CABOT, F. J., “Casos Recientes de Aplicación del Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789, de los EE.UU., Respecto de las Corporaciones Multinacionales”, *Pacis Artes, Libro Homenaje al Profesor J.D. González Campos*, Madrid, 2005, pág. 505-519.

ZAMORA CABOT, F. J., “Los Derechos Fundamentales en Clave del Alien Tort Claims Act de los Estados Unidos y su Aplicación a las Corporaciones Multinacionales” *The ATCA Revisited*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2006, pág. 333-366.

REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (transnational human rights claims)*, Thomson Aranzadi, 2009.

REQUEJO ISIDRO, M., "Transnational human rights claims y acceso a la jurisdicción civil en Europa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, pp. 511-548.

REQUEJO ISIDRO, M., "Las instituciones comunitarias frente a las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, pp. 153-174.

MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Editorial Bosch, 2007.

ACOSTA, A., GUDYNAS, E., MARTÍNEZ, E., VOGEL, J. H., "Dejar el crudo en tierra o la búsqueda del paraíso perdido: elementos para una propuesta política y económica para la Iniciativa de no explotación del crudo del ITT", *Polis: revista académica de la Universidad Bolivariana*, N° 23, 2009.

CHICAIZA, G., "El parque nacional Yasuní: Otra amenaza de explotación petrolera en Ecuador", *Ecología política*, N° 15, 1998, págs. 121-122.

FALCONÍ, F., "La iniciativa Yasuní ITT es una gran señal para la humanidad", *Ecología política*, ISSN 1130-6378, N° 39, 2009 (Ejemplar dedicado a: Cambio climático y energías renovables), págs. 83-86.

Sitios web de interés

Página web oficial de la película: <http://www.crudethemovie.com/>

Blog oficial de la película: <http://www.crudethemovie.com/crude-blog/>

Arbitraje internacional de inversiones. “También la lluvia” (*Even the rain*)

Katia Fach Gómez

1. Película

TÍTULO

También la lluvia (*Even the Rain*)

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2010

País: Spain

Directora: Icíar Bollaín

Guión: Paul Laverty

Productora: Morena Films

Editor: Angel Hernández Zoido

Música: Alberto Iglesias

Sonido: Emilio Cortés, Pelayo Gutiérrez, Nacho Royo-Villanova

Producción: Juan Gordon

Reparto: Luis Tosar (Costa), Gael García Bernal (Sebastián), Juan Carlos Aduviri (Daniel-Hatuey), Karra Elejalde (Colon), Raul Arevalo (Juan de Montesinos), Carlos Santos (Bartolomé de las Casas).

Duración: 104 minutos

SINOPSIS

En el año 2000, un curtido productor de cine (Costa) y un joven e idealista director (Sebastián), comienzan a rodar una película en Cochabamba (Bolivia). Esta película quiere ser crítica con la época de la conquista española de Latinoamérica, presentando a Cristóbal Colón como un personaje que, obsesionado por conseguir la mayor cantidad posible de oro para la corona española, no duda en abusar de la población indígena. Como contrapunto, la película también muestra la perspectiva de sacerdotes como Bartolomé de las Casas y Antonio de Montesinos, quienes en aquella época abogaron por

otorgarle un mejor trato a la población indígena. Conforme el rodaje avanza, los actores españoles van reflexionando sobre sus personajes y sobre las características y consecuencias de la conquista de América. Al mismo tiempo, la vida cotidiana de Cochabamba se agita, ya que sus habitantes comienzan una protesta contra la decisión de la alcaldía de privatizar el servicio de aguas. Entre los muchos bolivianos que están trabajando como extras en la película, Costa y Sebastián eligen a Daniel para asumir el importante rol del indio Hatuey, un jefe taíno de la isla La Española que desempeñó un papel esencial en la rebelión contra los conquistadores. Daniel se convierte asimismo en uno de los principales líderes de la revuelta popular que los habitantes de Cochabamba realizan contra los intereses extranjeros que han pasado a controlar la gestión del agua en la ciudad. La violencia se generaliza en esta ciudad de Bolivia y ello provoca importantes efectos tanto en la película histórica como en las prioridades y destinos de sus protagonistas.

2. Temática jurídica

Palabras clave: Arbitraje internacional de inversiones, CIADI, TBIs, APPRI, interpretación de tratados internacionales, noción de nacionalidad, control legal, control de facto, *holdings* empresariales, *shell companies*, derechos humanos, *amicus curiae*, interés general, sociedad civil, ONGs.

3 & 4. Comentario y actividades

I. Busque información en internet sobre las protestas sociales que generó el caso Aguas del Tunari (utilice en su búsqueda términos como Cochabamba, Bechtel, guerra del agua, privatización, etc). ¿Cree que la película “También la lluvia” refleja adecuadamente la realidad social y jurídica de este caso? ¿Por qué? Por ejemplo, ¿cree que son reales las referencias que se hacen en la película a un salario mensual en Bolivia de 40 dólares y a unos recibos del agua que con la privatización ascenderían a 450 dólares mensuales?

II. En un momento de la película, Sebastian, Costa y el grupo de actores españoles acuden a un agasajo que reciben por parte del alcalde de Cochabamba. Mientras ellos se encuentran en el interior del regio edificio municipal, la población se manifiesta con vehemencia en el exterior, usando proclamas como “Fusil, metralla, el pueblo no se calla”. El alcalde, tras excusarse por esa “pequeña trifulca domestica”,

expone a sus invitados su perspectiva sobre las bondades de la inversión extranjera. Para el mandatario, “el dinero no crece en los árboles” y por lo tanto, hay que aliarse con la modernidad. El alcalde critica el victimismo de los indígenas quienes, por su pasado histórico, “llevan la desconfianza en los genes” y afirma que los indios arrastrarían a Bolivia nuevamente a la edad de piedra si se cede un ápice a sus reclamaciones. Frente a esta perspectiva, ¿qué argumentos jurídicos estima usted que podrían manejarse para cuestionar los beneficios de la inversión extranjera en países en vías de desarrollo?

III. Una vez concluidas las revueltas populares que se presentan en esta película, los inversores encargados de privatizar el sistema de agua en Cochabamba decidieron interponer una demanda ante el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en la que se reclamaba una elevada cuantía económica al Estado de Bolivia. Lea detalladamente el resumen de este caso (Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3), que se halla en la web de ICSID (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>). Prepare un breve esquema indicando cuáles son las cuestiones jurídicas que se plantean en este caso.

IV. Como es sabido, los países suelen firmar Tratados Bilaterales de Inversión (llamados APPRI en España, TBI en algunos países de latinoamérica) para ofrecer una serie de garantías al inversor extranjero y de esta forma potenciar las inversiones. Consulte el TBI Países Bajos-Bolivia, que puede descargarse en la siguiente página web: <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>. En relación con este texto, responda a las siguientes preguntas: ¿En qué artículos de este texto se están reconociendo derechos al inversor y cuáles son estos? ¿A qué mecanismos se puede acudir para solucionar los conflictos entre un inversor y el Estado receptor de la inversión? ¿Cuál es el punto concreto de este TBI cuya interpretación ha generado gran controversia en el caso Aguas del Tunari?

V. Acuda a la página web de CIADI para descargar la Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction of October 21, 2005, 20 ICSID Rev.—FILJ 450 (2005). Centre su atención en la segunda excepción alegada por Bolivia, en torno a si la empresa es una entidad boliviana “controlada directa o indirectamente” por nacionales de los Países Bajos. Resuma los argumentos presentados por ambas partes. ¿Cuál es la decisión adoptada por el tribunal arbitral en esta materia? ¿Y la del voto particular del señor Jose Luis Alberro-Seremeta? ¿Cuál de estas dos interpretaciones suscribiría usted y por qué?

VI. Consulte el texto del Modelo sobre inversión para el desarrollo sostenible elaborado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible:

(www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf).

Analice el artículo 2 de este texto y compárelo con su homólogo en el TBI Países Bajos-Bolivia. ¿Se habría llegado al mismo resultado en el arbitraje de Aguas del Tunari si el TBI citado hubiese tenido la redacción del artículo 2 del Modelo IISD?

VII. ¿Cómo se resuelve en este caso la cuestión de la participación de terceros en el arbitraje de Aguas del Tunari? ¿Cómo valora usted la decisión del tribunal arbitral a este respecto? Consulte el caso *Bewater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22) en la página web de CIADI y explique qué ha decidido este tribunal arbitral respecto a la intervención de *amicus curiae*.

VIII. Encuentre información en internet sobre cómo acabó finalmente este caso, después de que CIADI emitiese la ya analizada *Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction*. ¿Qué opina usted de este final?

IX. A lo largo de la película, se hacen varias alusiones a la importancia que tuvo el oro en la época de la colonización y también a la importancia que actualmente ha adquirido el agua, al ser un recurso escaso y en ocasiones de difícil acceso. En este sentido, el boliviano Daniel afirma indignado que los inversores extranjeros les están vendiendo “hasta la lluvia” y asimismo Daniel asevera que “sin agua no hay vida”. Entre los múltiples trabajos jurídicos que abordan el tema del agua desde la perspectiva de los derechos humanos, el comercio internacional y los tratados de inversiones, se ha seleccionado éste: *A Thirst for Distant Lands: Foreign investment in agricultural land and water* (<http://www.iisd.org/investment/>). Analícelo y exponga su opinión respecto de las tesis defendidas por los autores.

X. En la película se escenifica el sermón de fray Antonio de Montesinos¹ y asimismo el actor que interpreta a Bartolomé de las

1 “Yo soy la voz de Cristo en el desierto de esta isla, y por tanto conviene que con atención no cualquiera, sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos la oigáis. [...] “Esta voz es que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid: ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes, que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido. ¿Cómo los tenéis tan oprimos y fatigados, sin dalles de

Casas presenta a su personaje como el “padre del Derecho Internacional”. Exponga usted cuáles son los postulados más relevantes de estos dos religiosos.

XI. Esta película está dedicada a Howard Zinn, un intelectual estadounidense recientemente fallecido. Dado que muchos de sus escritos abordan cuestiones de derechos y libertades civiles, que es la tematica subyacente en “También la lluvia”, profundice en la vida y obras de Howard Zinn.

5. Bibliografía y sitios web de interés

Bibliografía

VANDEBELDE, K. J., “Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia - ICSID tribunal decision on whether a choice-of-forum clause in a concession agreement divests an international tribunal of jurisdiction to arbitrate investorstate disputes under a bilateral investment treaty”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, N° 1, 2007, pags. 179-184.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CLADI*, Tirant lo Blanch, 2004.

FACH GÓMEZ, K., “La protección del medio ambiente y el comercio internacional: ¿Se puede ‘pensar en verde’ el arbitraje de inversiones?”, AA. VV., Comercio Exterior, 2009, pp. 205-255.

ÁLVAREZ ÁVILA, G., “Las características del arbitraje del CIADI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N°. 2, 2002, pags. 206-229.

PASCUAL VIVES, F.J., “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°. 18, 2009.

comer ni curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y mueren, y, por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y los domingos? ¿Éstos no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? [...].
<http://sapiens.ya.com/angarmegia/montesinos.htm>

IANNELLO, P. A., “El procedimiento arbitral ante el CIADI, Derecho comercial y de las obligaciones”, *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, N°. 215, 2005, pags. 813-832.

MEREMINSKAYA, E., “Nacionalidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho*, Vol. 18, N°. 1, 2005, pags. 145-170

BEUCHOT PUENTE, M., *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona : Anthropos, 1994.

QUERALTÓ MORENO, R. J.; MARCUS, R., *El pensamiento filosófico-político de Bartolomé de las Casas*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1976.

ZINN, H. , *Nadie es neutral en un tren en marcha: historia personal de nuestro tiempo*, Hondarribia (Gipuzkoa): Hiru, 2001.

Trabajadores transfronterizos y deslocalización empresarial en “Outsourced”

Katia Fach Gómez¹

1. Película

TÍTULO

Outsourced

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Director: John Jeffcoat

Productora: ShadowCatcher Entertainment

Producción: Tom Gorai

Música: BC Smith

Fotografía: Teodoro Maniaci

País: Estados Unidos

Reparto: Asif Basra (Purohit N. Virajnarayanan), Ayesha Dharker (Asha), Josh Hamilton (Todd Anderson), Arjun Mathur (Gaurav), Larry Pine (Bob), Matt Smith (Dave).

Guión: John Jeffcoat, George Wing

Género: Comedia romántica

Año: 2006

Duración: 103 min.

SINOPSIS

Todd trabaja en el *call center* de una empresa estadounidense (*Western Novelty*) que vende una amplia gama de productos, la mayoría de ellos, “*patrióticos*” o típicos de la cultura norteamericana. De forma súbita, su jefe le comunica que sus compañeros van a ser despedidos. A Todd le ofrecen la posibilidad de mantener su empleo y todos los beneficios a él vinculados (seguro médico, acciones, bonus, etc) a cambio de irse a trabajar temporalmente a la India. Su empresa ha decidido reducir

¹ La autora es miembro de los Proyectos de Investigación DER 2009-11702 (subprograma JURI) y e-PROCIFIS (Ref. S 14/3). katiafachgomez@gmail.com

costes y trasladar allí el *call center* que atiende a sus clientes estadounidenses, por lo que Todd tendría que encargarse de entrenar a la persona que en el futuro pasará a hacer su propio trabajo en la India. Todd aterriza en un país que le es culturalmente ajeno y cuyas costumbres no entiende. Sus primeros contactos con el *call center* indio le generan gran frustración, ya que los trabajadores están muy alejados de los planteamientos norteamericanos de cómo hacer negocios y tratar a los clientes. Su objetivo empresarial de “americanizar” el *call center* indio parece imposible de alcanzar.

2. Temática jurídica

Palabras clave: contrato laboral internacional, trabajador migrante, deslocalización empresarial, contrato de consumo internacional, inversiones internacionales, legal *outsourcing*, situaciones privadas internacionales.

3 & 4. Comentario y actividades

I. Todd es un trabajador estadounidense que ha aceptado ser desplazado a trabajar temporalmente a India. Imagine a continuación que Todd hubiese sido contratado por una empresa domiciliada en territorio comunitario para trabajar en varios países europeos y que se niega a aceptar un cambio de ubicación extracomunitario. Si Todd es despedido por este motivo y él quiere acudir a los tribunales reclamando que se ha producido un despido improcedente, exponga cuáles serían las consecuencias jurídicas de aplicar a este caso el Reglamento 44/01 y el Reglamento 593/2008.

II. Piense a continuación en los contratos que se generan entre los compradores de los productos de *Western Novelty* (WN) y esta empresa. Dé respuesta jurídica a las siguientes hipótesis:

- Suponga que WN está incorporada en Delaware. Explique qué motivos han podido hacer que la empresa esté incorporada en ese State.

- Respecto al contrato de compraventa que vincula a WN y a sus compradores, indique qué se podría haber tomado como referente para redactar las cláusulas de este contrato (ley nacional, convenio internacional, *lex mercatoria*, etc...) y qué consecuencias se derivarían de esta elección.

- Pensando en las características de este tipo de negocios, argumente si sería preferible que la cláusula referida a la solución de conflictos incluida en el contrato remitiese a órganos jurisdiccionales o arbitrales. Redacte cuál sería en su opinión la cláusula óptima.

- Si WN estuviese domiciliada en territorio comunitario, indique cuáles serían los tribunales competentes y el derecho aplicable respecto de una reclamación iniciada por un consumidor al que el producto le llegó roto y no consiguió la devolución del dinero abonado.

III. En un momento de la película aparece una gran valla publicitaria en la que se puede leer “Invest in India. Our Incredible Economy. An Open Ended Equity Scheme”. Investigue cuál es la situación de India como receptor de inversiones extranjeras y acuda a la página de CIADI para comprobar si se han producido reclamaciones contra este país.

IV. Cuando Todd está comiendo en el McDonalds de Bombay se encuentra con otro estadounidense que está trabajando en la India. Esta persona (que le hace entender a Todd que jamás podrá comer una hamburguesa con queso en ese país) le habla, entre otras cosas, del legal *outsourcing* que se está generando entre USA e India. A este respecto, lea el siguiente artículo²; dé su opinión al respecto e indique

² The growth of legal outsourcing (<http://www.economist.com/node/16439006>): Jun 24th 2010 | Delhi. RITU SOLANKI, a 28-year-old lawyer with a degree from Nottingham University, spends most of her time drafting contracts and legal memos for a telecoms firm in Britain. She, however, is in Gurgaon, a high-rise satellite city on Delhi's edge, where she works for CPA Global, a legal-outsourcing company. A lawyer with similar experience at a London law firm might charge up to \$400 an hour for the sort of work Ms Solanki does; her labour costs around \$50 an hour. As law firms and corporate legal departments face mounting pressure to cut costs, an increasing number are choosing the Indian option. Last year, Rio Tinto, an international mining group, moved a tranche of legal work to Indian lawyers at CPA Global, which has its headquarters in Jersey, to save a fifth of its legal costs. Others are following. In May CMS Cameron McKenna, a British law firm, signed the legal industry's biggest outsourcing deal with Integreon, an American company with operations in India. Over the next ten years, Integreon's Indian staff will provide the British firm with services from human resources to legal research. Though India's legal-process outsourcing (LPO) industry is still small, it is growing fast. In a recent report, ValueNotes, an Indian consultancy, estimated that India's LPO revenues will grow from \$146m in 2006 to \$440m this year and \$1.1 billion in 2014. The number of Indian firms offering LPO services has swelled from 50 in 2005 to more than 140 today. Investors have spotted the potential. In February, Actis, a British private-equity outfit that specialises in emerging markets, invested \$50m in Integreon. Intermediate Capital Group, also based in Britain, has bought an undisclosed chunk of CPA Global. The growth in LPO has been boosted by the global economic

si prevé que un fenómeno similar se vaya a producir en España y cuáles serían los países que podrían prestar servicios jurídicos a menor precio.

V. Imagine que Todd decide quedarse a vivir en India. Apunte diversas situaciones de su vida cotidiana en las que haría aparición el Derecho Internacional Privado (suponga que se casa con Asha, etc).

VI. Esta película también puede ser analizada desde una perspectiva empresarial, por lo que es muy recomendable para estudiantes de doble licenciatura Derecho-Económicas, Derecho-Administración y Dirección de Empresas y para todos aquellos estén interesados en cuestiones de *global business*. En estos ámbitos, se propone que reflexione sobre las cuestiones siguientes:

- En qué medida las costumbres locales han de ser tenidas en cuenta por una empresa multinacional que desea implantarse exitosamente en un país extranjero.
- En el proceso de formación de los trabajadores indios, indiqué qué iniciativas de las adoptadas por Todd para reducir el tiempo medio de llamada (llamado en la película MPI -*Minutes Per Incident*) por debajo de los 6 minutos le parecen positivas/negativas y argumente su respuesta.

slowdown. "It's a very obvious way to cut costs and it is hard to refute once you have seen the good work that is being produced," says Leah Cooper, CPA Global's strategy director. Until four months ago, Ms Cooper was Rio Tinto's managing attorney. Western lawyers have in the past been slow to outsource even the most basic work to India, because of worries about confidentiality and quality. But they are now commissioning ever larger volumes. Developments within India's outsourcing industry have also contributed to making the country a more compelling destination for legal work. Although still dominated by low-value process outsourcing, such as call-centres, the fastest growth is in companies offering highly skilled work, from medicine to engineering and information technology (IT). A growing number of newly qualified lawyers, trained in a legal system based on Britain's and often educated at British or American universities, are drawn to the higher salaries and international experience now being offered. Such lawyers are capable of doing more complex work than the document review and proofreading that currently forms the bulk of legal outsourcing. That said, many legal jobs, from court appearances to the handling of witness depositions, will never be outsourced. And fears persist among some senior lawyers about sending even the simplest chores offshore. A profit-inflating scandal last year at Satyam, India's fourth-largest IT outsourcing company, reawakened old worries. There is also the question of how young lawyers will cut their teeth if the jobs they typically do are sent instead to Delhi. Ms Cooper says: "I hear that every day and my response is, I didn't learn a thing as a baby lawyer digging through boxes in a storeroom. We may have to rethink how our lawyers are trained."

- En tiempos de crisis económica como los actuales, ofrezca propuestas sobre cómo conseguir motivar a los trabajadores sin tener que dedicar un gran esfuerzo económico a esta cuestión.
- ¿Quién considera que sería un mejor *future manager*? ¿Purohit o Asha? ¿Por qué? ¿Qué implica en su opinión el concepto *leadership*?
- Piensa que, en un país como India, ¿Asha podría tener problemas para alcanzar un puesto de responsabilidad por el hecho de ser mujer?
- En un mundo globalizado, explique cuál es la importancia del *cross cultural communication / cross cultural understanding*.
- Reflexione sobre el hecho de que a los trabajadores indios les gusten los productos norteamericanos que están vendiendo y sobre la respuesta que Todd le da a su jefe en un momento de la película, haciéndole ver que India es un enorme mercado emergente.
- En el mundo de las ventas, ¿hasta qué punto es importante conocer las características y gustos de los clientes? Pensando en España, ¿cree que la llegada de inmigrantes a nuestro país ha hecho que ciertos negocios se especialicen en este colectivo? (aporte ejemplos al respecto)
- Desde una perspectiva estrictamente laboral, ¿cómo se valora que una empleada tenga una relación sexual con su jefe? ¿Cree que la valoración variaría según el país del mundo en que se produjese este hecho?
- ¿Cómo valora la conversación de Ash con un cliente americano, muy disgustado por los efectos del *outsourcing* en el mercado laboral estadounidense, pero a la vez nada dispuesto a pagar 212 dólares más por una figura que sea 100% made in USA?
- Cuando los jóvenes trabajadores indios son despedidos, estos no se muestran afectados, pues creen que rápidamente conseguirán otro trabajo. Purohit, en cambio, considera que un manager de mediana edad lo va a tener mucho más difícil. ¿La realidad española actual es similar a la de India que se acaba de indicar?
- ¿Piensa que Purohit va a tener éxito entrenando a los trabajadores chinos del nuevo *call center*?

4. Bibliografía y lecturas recomendadas

CUERVO GARCÍA, J. A., “Outsourcing y deslocalización: Elementos de búsqueda de la ventaja competitiva”, *Claves de la economía mundial*, 2006, pags. 129-139.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

GUZMÁN ZAPATER, M., “El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, ISSN 1133-0198, N° 2, 2009, pags. 2257-2286.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Estudios sobre consumo*, ISSN 0212-9469, N° 79, 2006, pags. 17-34.

ZARZALEJO CARBAJO, M. M., “La competencia judicial internacional en el contrato individual de trabajo”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, N° 219, 2001, pags. 123-170.

YBARRA BORES, A., “El carácter temporal en el desplazamiento internacional de trabajadores a efectos de la determinación de la Ley Rectora del Contrato de Trabajo: hacia un concepto autónomo de temporalidad en el marco del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, N° 6, 2005 (Ejemplar dedicado a: Relaciones laborales, formación y fiscalidad), pags. 655-673

UGARTE CATALDO, J. L., “Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores”, *Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Vol. 12, N° 1, 2006, pags. 11-29.

ARCHANA, V., “Inversión directa extranjera en India”, *Claves de la economía mundial*, Vol. 10, 2010, pags. 392-404.

SANCHO TEJERO, M. R.; MANCHÓN GONZÁLEZ-ESTÉFANI, R., *Economía industrial*, N° 362, 2006 (Ejemplar dedicado a: China e India: oportunidades y estrategias), pags. 39-70.

Integración y diferencias culturales en la adopción internacional.

“Un cuento para Olivia”

Inmaculada García Mazás & Ramón Santiago Paz Lamela

1. Película

TÍTULO

Un cuento para Olivia

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2007

País: España.

Dirección: Manane Rodríguez.

Guión: Xavier Bermúdez, Manane Rodríguez.

Compañía: Xamalú Filmes.

Fotografía: Ángel Luis Fernández.

Música: Coche Villanueva.

Producción: Xavier Bermúdez.

Sonido: José Alberto Suárez.

Reparto: Paulina Gálvez, Manuel Cortes, Luisana Álvarez, Viviana García, Pilar Pereira, Sara Andrade, Olga González, Cristian Díaz García, Alexis Valdés, Roberto Leal, M^a Inés Cuadrado, Anxo Damil, Consuelo Porto, Paula Meléndrez.

Duración: 90 min.

SIPNOSIS

En “Un cuento para Olivia” se narra la historia de Olivia, una niña sudamericana de 6 años, que es adoptada por una pareja española en un orfanato situado en algún país de Latinoamérica. La película nos muestra en formato de “cuento infantil” la nueva vida en la que se embarcan los adoptantes, y los retos que conlleva la integración de la menor en un nuevo ambiente sociocultural, en el que los miedos de la niña condicionan todo el desarrollo argumental.

2. Temática Jurídica

Palabras clave: adopción internacional, integración del menor, filiación adoptiva, diferencias socioculturales, protección del niño, idoneidad del adoptante e interés superior del menor.

3. Comentario

I. Introducción: la adopción internacional en la película

A lo largo de la película podemos observar varias cuestiones de trascendencia jurídica en relación con la adopción internacional, de las que trataremos fundamentalmente tres, por orden de aparición. En primer lugar, la referencia a los Estados en vías de desarrollo o industrialización, como paradigma del Estado de origen de los menores adoptados. En segundo término, la incidencia del concurso de voluntades entre adoptando y adoptantes, a la hora de constituir la adopción, así como el papel que juega la veracidad de la información sobre el adoptando y sus futuros padres. Finalmente, haremos una breve referencia a las cuestiones de integración sociocultural, presentes a lo largo de toda la obra, y a la importancia de la adaptación del menor a su nuevo entorno.

II. La internacionalidad de la adopción como factor económico

La adopción, como argumento cinematográfico, se utiliza generalmente en referencia a su ámbito internacional, lo que no es de extrañar, si tenemos en cuenta el impacto social y la proliferación de este fenómeno en la actualidad¹. Las diferentes obras cinematográficas ponen en escena los entresijos burocráticos, económicos, sociales y culturales presentes en las adopciones, haciendo hincapié, generalmente, en la figura del menor como sujeto central de la trama. No obstante, la gran mayoría de ellas tienen un elemento común, bien de modo explícito (como por ejemplo en *La casa de los babys*), o bien de modo subyacente, como en la obra ahora comentada. Se trata del factor económico presente en las adopciones internacionales, y que se manifiesta fundamentalmente de dos modos. En primer término,

¹ Según datos del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2009 se habían alcanzado un total de 3006 adopciones internacionales frente a las 1487 del año 1998. [<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=/t25/a072/a02/10/&file=c70004.px>] (datos a 03.10.20011).

como un impedimento/condicionamiento *a priori*, que impide a los adoptantes acudir a las autoridades de Estados distintos de donde residen en busca de un menor que adoptar, debido al coste económico que constituyen, tanto el desplazamiento como los trámites en terceros Estados. Esta manifestación resulta clara si se observan los datos del INE en relación con el número de adopciones internacionales, y la anualidad en que se producen. De esta suerte, durante los años de crecimiento económico en nuestro país, el número de adopciones internacionales alcanzó una media anual en torno a las 5500; mientras que desde el año 2006 esta cifra se ha reducido progresivamente hasta las 3000 del año 2009.

No obstante los datos anteriores, el cine sobre adopción internacional ha preferido poner de relieve una segunda manifestación del factor económico, aquella que hace referencia al binomio Estado “menos desarrollado económicamente” – Estado “exportador”, o en otros términos, “Estado de origen”. Un elevado índice de natalidad, junto con peores posibilidades económicas para el desarrollo personal de los menores, inducen a los ciudadanos de Estados con menor desarrollo económico a entregar a sus hijos a orfanatos, y otras entidades similares, para su cuidado. En tales circunstancias, el fenómeno de la adopción internacional se presenta como una oportunidad para menores y adoptantes. Desde el punto de vista del adoptado, sus expectativas objetivas, de progresión personal y social, aumentan con el traslado a un país de mayor desarrollo económico y cultural; mientras que los adoptantes pueden disfrutar de un procedimiento de adopción con mayores expectativas de consumación que las existentes en un supuesto estrictamente nacional. Como se observa en el filme, la gran oferta de menores en adopción permite a los futuros padres elegir entre distintos niños. No obstante, ante dicha situación es necesario velar para que el procedimiento no acabe convirtiéndose en un mercado internacional de personas, cuya única finalidad sea el enriquecimiento personal o institucional de las entidades situadas en ambos Estados implicados.

En orden a paliar los efectos perniciosos del factor económico, presente en las adopciones internacionales, numerosos Estados han suscrito el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Las disposiciones convencionales (art.4) establecen un mecanismo que pretende garantizar, entre otros, la inexistencia de una contraprestación económica en los trámites de adopción, que suponga una adquisición encubierta, para lo cual se requiere la intervención de las

distintas autoridades centrales de los Estados implicados en el procedimiento. En cualquier caso, dado que el Convenio no contempla normas sustantivas de aplicación directa, sino que relega su regulación efectiva a los derechos internos de cada Estado parte, dependerá de sus propias autoridades y normativas velar para que la mercantilización de las adopciones no llegue a producirse.

En la película se pone de relieve cómo el subdesarrollo económico tiene que ver con la gran cantidad de menores en adopción. De este modo, a los protagonistas se les ofrecen distintos menores como posibles candidatos, permitiendo a los futuros adoptantes la posibilidad de elegir de acuerdo con sus preferencias personales. Esta posibilidad de elección no parece adecuarse al principio informador del proceso de adopción: el interés superior del menor. Principio que no sólo debe presidir el procedimiento de adopción en todas sus fases, sino también inspirar la normativa interna e internacional. Así, el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 establece en su art. 3 que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán primordialmente al interés superior del niño.

Permitir a los futuros padres seleccionar a un menor en función de sus preferencias y expectativas puede ocasionar daños psicológicos en los niños, que pueden alcanzar carácter permanente, si ven cómo una y otra vez no son ellos los elegidos. Por otro lado, la mencionada posibilidad de elección iría en contra del principio de igualdad, permitiendo discriminaciones basadas en la predilección de los futuros padres adoptivos por menores de determinado sexo, e incluso yendo más lejos, en atención a la gradación de color de algunas razas.

III. Información sobre el menor y consentimientos

El Convenio de La Haya de 1993, teniendo presente en todo momento el interés superior del niño, contempla la adopción internacional, tanto en su preámbulo como en su artículo 4 b), como una medida a tomar en consideración en último término. En primer lugar, el Estado de origen del menor debe adoptar todas las medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen. Y si esto no fuera posible, tratarán de encontrar una familia adecuada para él dentro de ese Estado. Sólo cuando esta última alternativa no pueda llevarse a término, se podrá considerar al menor apto para la adopción internacional.

En aras de que la elección del menor y de sus futuros padres no quede al capricho de estos últimos, y que el consentimiento de ambos se emita con las garantías e informaciones necesarias, el Convenio de La Haya de 1993 antes referido establece en sus arts. 15 a 17 la necesidad de que las Autoridades Centrales de los Estados implicados emitan los respectivos informes respecto a adoptando y adoptantes. En dichos informes habrá de consignarse información sobre distintos aspectos del menor (identidad, historia médica y familiar, creencias religiosas, etnia...), y de los adoptantes (aptitud para adoptar, situación familiar y personal, motivación...). Con ello pretende garantizarse que las partes gozan de la información necesaria para emitir su consentimiento, teniendo presente en todo caso que será el interés del menor el que prevalezca en el procedimiento de adopción. Una de las manifestaciones más visibles de dicho consentimiento, aunque no siempre la más relevante, tiene lugar en el filme cuando Olivia, la menor adoptada, manifiesta su voluntad de que los protagonistas sean sus futuros padres, y dicha manifestación es correspondida por éstos últimos. El Convenio de La Haya de 1993 resalta especialmente en su art. 4 c) la importancia de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento sea necesario, sean debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento *en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos, entre el niño y su familia.*

No obstante lo anterior, ha de reiterarse que la efectividad práctica de las disposiciones convencionales, en relación con la elaboración de los informes y la obtención de los preceptivos consentimientos, queda una vez más en manos de las autoridades de cada Estado y su legislación interna. En el caso de España, dichos requisitos se establecen en la Ley 54/2007 de adopción internacional, que matiza el alcance de los requisitos generales contemplados en el texto del Convenio.

IV. Aspectos socioculturales e integración del menor

En último lugar, pero no por ello de menor importancia, se sitúan los aspectos relativos a la integración del menor en su nuevo entorno social. Aunque las diferencias sociales y culturales no son un elemento exclusivo de las adopciones internacionales, sin embargo es en este tipo de adopciones donde adquieren una mayor significación. La existencia de grandes diferencias culturales, económicas y sociales se erigen en un verdadero reto de integración en el que participan, tanto el menor

como sus padres adoptivos. Estas circunstancias constituyen el eje central de la trama que ahora comentamos y alcanzan la práctica totalidad de las situaciones de la vida de la menor. Además, la problemática de la integración del menor adoptado crece con la edad de éste, al marcarse todavía más las peculiaridades socioculturales del menor y sus diferencias con el nuevo medio social.

En la película se observa cómo las costumbres, el habla y los rasgos físicos de Olivia son verdaderos condicionantes de su integración con el resto de compañeros de colegio. Estas diferencias, que provocan el rechazo inicial del grupo, llevan a la menor a un cierto grado de aislamiento cultural y social. De otra parte, la menor siente un temor constante a ser “devuelta” al orfanato de origen por no cumplir con las expectativas de sus nuevos padres.

Con objeto de minorar, en la medida de lo posible, las consecuencias adversas del traslado del menor a otro Estado, el art. 16 b) del Convenio de La Haya de 1993, ordena a la Autoridad Central del Estado de origen preparar un informe donde *se asegurará que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural*. Aspectos fundamentales a la hora de considerar la procedencia de los futuros padres.

Por su parte, el Estado de recepción también puede colaborar ayudando en la integración del menor. A tenor de lo dispuesto en el art. 9 c) del Convenio de La Haya de 1993, podemos afirmar que las Autoridades Centrales, directamente o con la cooperación de Autoridades Públicas y otros organismos acreditados (en España las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional - ECAIS) pueden ofrecer a padres adoptivos y menores, servicios de asesoramiento y orientación, tanto previos como posteriores a la adopción; servicios prestados por profesionales, con experiencia en el ámbito de la adopción internacional, que les ayuden a prevenir, o en su caso, afrontar los posibles conflictos personales, familiares y sociales con que se vayan encontrando.

Si la integración no fuese posible, o de ella se derivasen perjuicios que pusieren en riesgo el interés superior del menor, presente en todo procedimiento de adopción, el Convenio de La Haya de 1993 en su art. 21 prevé la posibilidad de que la Autoridad Central del Estado de acogida tome las medidas necesarias para la protección del niño, incluida la retirada del menor a los adoptantes y, en último recurso y si su interés así lo exige, el retorno del menor a su Estado de origen. Estas medidas deben entenderse desde el punto de vista de que el

menor se encuentra en el centro del procedimiento de adopción, y sus intereses priman respecto a cualquier otro que pudiese concurrir.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

Tras la visualización de la película, el profesor comentará los aspectos jurídicamente relevantes en relación con la adopción internacional, especialmente el régimen de cooperación establecido en el Convenio de La Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

En primer lugar, corresponderá a los alumnos la elaboración de un texto breve en el que identifiquen los elementos relevantes de la adopción contemplados en el filme. (Por ejemplo, deberán identificar si existen los consentimientos necesarios para la adopción, si ésta se produce ajena a intereses económicos, etc.).

En segundo término, los alumnos expondrán razonadamente si en la película se observan suficientes elementos como para poder considerar que existen dificultades de integración de carácter insalvable, y cómo debería procederse (jurídicamente).

5. Bibliografía y sitios web de interés

Bibliografía

MARCHAL ESCALONA, N. “La Vergüenza”, *Revista Proyecto Decine*, núm. Marzo 2011.

MARCHAL ESCALONA, N. “El fracaso, la nulidad y la disolución de adopciones de menores extranjeros residentes en Andalucía”, en AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, (S. Sánchez Lorenzo, ed.), Atelier, Barcelona, 2009, pp.621-667.

MARCHAL ESCALONA, N. “Luces y sombras de la adopción internacional”, *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación interdisciplinar*, (M.C. García Garnica dir., M. Morillas Fernández, Abigail Quesada Páez, coord.), Thomson, Aranzadi, 2008, pp. 143-163.

CARRILLO CARRILLO, B. L. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Comares, Granada, 2003.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M. “La actuación de la administración ante las adopciones internacionales en el marco del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 671-684.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 6908-6910.

Sitios web de interés

<http://www.hcch.net>

Página web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, donde es posible acceder al texto de los Convenios y a otras informaciones, como el estado de las ratificaciones, explicaciones complementarias sobre su articulado, y bibliografía internacional relacionada con la materia.

<http://www.mjusticia.es>

Página web del Ministerio de Justicia, en el que podrá accederse a informaciones relativas a los trámites sobre las adopciones internacionales.

Aspectos generales del matrimonio en Derecho internacional privado. El matrimonio de conveniencia en “Cleopatra”

Ángeles Lara Aguado

1. Película

TÍTULO

Cleopatra

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 1999.

País: Estados Unidos.

Dirección: Franc Roddam.

Producción: Dyson Lovell, Babelsberg Internacional Film Production, Hallmark Entertainment.

Guión: Margaret George, Stephen Harrigan y Anthon Diether.

Música: Trevor Jones.

Género: Biografía, drama

Reparto: Billy Zane, Timothy Dalton, Ruper Graves, Leonor Varela, Sean Pertwee, Bruce Payne, John Bowe, Art Malik, Kassandra Voyagis, Indra Ové.

Duración: 180 min.

SINOPSIS

Cleopatra es la reina de Egipto. Pero sus hermanos, después de tres años de gobierno, la han despojado del trono y se encuentra en el exilio. Sin embargo, Cleopatra consigue reunir un ejército junto a la frontera del reino. Mientras tanto, Egipto, que forma parte del Imperio Romano, tiene una importante deuda tributaria que Julio César y su imponente ejército han venido a reclamar. Cleopatra consigue seducir a Julio César, pero, ante su sorpresa, éste la convence para que contraiga matrimonio con su hermano Ptolomeo XIII, como era la tradición egipcia y así recuperar el poder. Cleopatra queda embarazada de César. Tras el asesinato de Julio César, se produce una

guerra civil en Roma. En esta guerra destaca uno de sus generales, Marco Antonio, que asume gran poder. Cleopatra y Marco Antonio vivirán una apasionada historia de amor que acabará de forma trágica con la invasión de Egipto por parte del ejército de Octavio Augusto y la muerte en batalla de Marco Antonio. Cleopatra, desesperada, decide suicidarse, dejándose morder por un áspid.

2. Temática jurídica

Palabras clave: matrimonios de conveniencia; capacidad matrimonial; impedimentos para contraer matrimonio; forma de celebración del matrimonio; reconocimiento voluntario de paternidad.

Aunque matrimonios de conveniencia han existido siempre y se han basado en muy diversos motivos, en los últimos años han cobrado un significado especial los contraídos por nacionales del foro con extranjeros, debido al deseo de éstos últimos de sustraerse a las duras normas de extranjería y de beneficiarse de las ventajas que estas uniones llevan aparejadas en el plano de la nacionalidad. La posibilidad de que dichos matrimonios surtan cualquier efecto en un determinado país depende del reconocimiento de la validez de los mismos en ese Estado, lo que presupone que el matrimonio cumple una serie de requisitos de capacidad, de fondo y de forma, que deberán controlar las autoridades competentes.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado también cobran especial interés las distintas formas de reconocimiento voluntario de paternidad en los supuestos en que uno de los elementos de la relación de filiación es extranjero, habida cuenta de las divergencias de los ordenamientos jurídicos en la regulación de esta institución, que en algunos sistemas jurídicos resulta desconocida o prohibida.

3. Comentario del profesor

Si bien la trama fundamental de la película se desenvuelve más por otros derroteros, permite un enfoque internacional-privatista, aunque para ello, se trasladarán los hechos a la actualidad y se considerará como si fuera la relación entre una egipcia y un italiano. Varias cuestiones resultan relevantes a estos efectos: por un lado, por intereses de estrategia política, César obliga a Cleopatra a contraer matrimonio

con su hermano Ptolomeo, como era costumbre entre los egipcios en aquella época. De esta manera, los dos hermanos se mantienen en el poder y soluciona un conflicto interno, que podría haber desembocado en un enfrentamiento bélico en uno de los territorios del Imperio Romano. En sí este matrimonio, celebrado entre dos egipcios en Egipto, no tendría interés para el Derecho internacional privado, si no fuera porque la autoridad que interviene en su celebración es extranjera, lo que lo convierte en un matrimonio internacional. Salvando mucho las distancias, sería el equivalente a un matrimonio consular, para cuya validez se requiere que, al menos, uno de los contrayentes sea nacional del país que envía al cónsul; que alguno de los cónsules tenga su domicilio en la demarcación consular; que ninguno de los contrayentes sea nacional del país donde el cónsul ejerce sus funciones; que la ley del país que envía al cónsul lo autorice a celebrar matrimonios y que la ley del país donde el cónsul ejerce sus funciones autorice a los cónsules extranjeros a celebrar matrimonios en su territorio (Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares).

Aunque el matrimonio celebrado entre Cleopatra y su hermano Ptolomeo no tiene ninguna vinculación con el ordenamiento jurídico español, podría resultar interesante cuestionarse los efectos jurídicos que dicho matrimonio podría producir en España y, aunque no tenemos un precepto específico que regule la eficacia extraterritorial de un matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero, doctrinalmente se ha admitido la aplicación de los arts. 9.1º y 50 Cc. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado español varios obstáculos habría que oponer a la validez de este matrimonio. Existe un impedimento de consanguinidad para la celebración del matrimonio. No obstante, es una cuestión que se rige por la ley nacional (art. 9.1º Cc.) y ésta es la egipcia, que a la sazón no se oponía a esta celebración. Sólo si pudiera encontrarse una contravención de algún principio o valor constitucional o de nuestro orden penal, podría oponerse la excepción de orden público internacional para admitir la validez del matrimonio por este motivo. En este sentido, hay que tener en cuenta la eliminación del incesto de los delitos tipificados en nuestro Código Penal, lo que dificultaría su consideración como motivo de orden público, aunque no se trate de una relación admitida en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, habría un motivo vinculado a las cuestiones de fondo del matrimonio, como es la ausencia de consentimiento matrimonial. Pese a la inexistencia de un precepto específico que regule el consentimiento en nuestro Derecho internacional privado, doctrinalmente se admite que también

la ley nacional determinada de conformidad con el art. 9.1º Cc. se aplica a estas cuestiones, al constituir un presupuesto del propio matrimonio como acto de estado civil, si bien se están alzando voces defendiendo la aplicación a este aspecto de la *lex fori*, en la medida en que resulta difícil separar el consentimiento de la ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio. Si el Derecho egipcio admitiera la posibilidad de celebración de un matrimonio sin que se exteriorizara el consentimiento libre, real, incondicionado y no viciado, podría entrar en contradicción con el art. 1 de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1962 relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos. En la película, Cleopatra manifiesta claramente su oposición a la celebración de dicho matrimonio con su hermano Ptolomeo, por lo que su consentimiento no sería real. Se trataría de un matrimonio simulado de conveniencia política, muy diferente a los matrimonios blancos, que actualmente tanto protagonismo están alcanzando en Derecho internacional privado y cuya finalidad es eludir la rigidez de las normas de extranjería y que han obligado a reaccionar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) a través de su Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de conveniencia. Ahora bien, el control del consentimiento matrimonial sólo viene realizándolo la DGRN cuando alguno de los contrayentes es español o, siendo ambos extranjeros, si celebran el matrimonio ante autoridad española, por la intervención de la excepción del orden público internacional. En cambio, es más cuestionable el control del consentimiento en un caso como el del matrimonio de Cleopatra, en el que el acto se ha celebrado entre extranjeros en el extranjero.

A todo ello habría que unir la posibilidad de que Ptolomeo no alcanzara la edad mínima necesaria para contraer matrimonio, de conformidad con la normativa actual, ya que contaba con trece años, si bien hay que tener en cuenta la posibilidad de dispensa del impedimento, de conformidad con la ley nacional del contrayente afectado por el impedimento.

Otra cuestión merece consideración desde la perspectiva internacional-privatista. Tras la relación amorosa mantenida entre César y Cleopatra, ésta queda embarazada y da a luz un niño, que nace en Egipto. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado español, su filiación deberá venir establecida de conformidad con el art. 9.4º Cc., que remite a la personal del hijo, y si ésta no pudiera ser determinada, a la ley de su residencia habitual. Se plantea aquí una cuestión previa de nacionalidad problemática, por cuanto la ley nacional del hijo depende de su filiación y la filiación se rige por la ley

nacional. Este círculo vicioso ha sido resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000 avalando una orientación material del precepto, al permitir la anticipación de la ley española como ley nacional del hijo, ya que el presunto progenitor era español, habida cuenta de que la ley francesa coincidente con la nacionalidad de la madre limitaba el reconocimiento de la filiación. Esta interpretación del art. 9.4º Cc. orientada al *favor filii* ha sido también defendida por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona núm. 162/2001, de 26 de octubre. Habría que indagar, conforme al Derecho italiano, si se admite el reconocimiento voluntario de la filiación. César hizo una declaración en Roma ante su esposa y Octavio reconociendo su paternidad sobre Cesarión. Ahora bien, habría que comprobar si, de conformidad con el Derecho italiano, se admite como forma válida de determinación de la paternidad la declaración del progenitor biológico cuando la madre del reconocido está casada con otro hombre en el momento del nacimiento del menor. Y es que, en este entramado de relaciones, Cleopatra estaba casada con su hermano cuando concibió y dio a luz al hijo de César.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

Como complemento de la formación del alumno se considera especialmente interesante la búsqueda de la normativa actual sobre filiación de Egipto y de Italia. Esta indagación incluye no sólo la normativa material de ambos países sobre el reconocimiento voluntario de la filiación, sino también sus normas de Derecho internacional privado, lo que permitiría determinar el efecto que el reconocimiento de paternidad que hizo César respecto de su hijo Cesarión podría tener en ambos países implicados, desde la normativa actual.

Junto a esta investigación, se propone estudiar la normativa de nacionalidad egipcia e italiana para averiguar qué nacionalidad habría ostentado Cesarión, si los hechos hubieran ocurrido en la actualidad.

Igualmente, se estima conveniente analizar la normativa egipcia e italiana sobre capacidad y consentimiento matrimoniales, a fin de descubrir si el matrimonio contraído en su momento por Cleopatra con su hermano Ptolomeo hubiera resistido el control de validez en el momento actual.

Por último, se plantea al alumnado debatir sobre la diferencia entre matrimonios de conveniencia y matrimonios forzados.

5. Lecturas recomendadas y sitios web de interés.

Bibliografía

ABARCA JUNCO, P., “La celebración del matrimonio y su nulidad”, AAVV, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª, Madrid, UNED, 2010, pp. 109-138.

ADROHER BIOSCA, S., *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1993.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Tus nubendi y orden público internacional”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1862, 2000, pp. 425-447.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y GRIEDER MACHADO, H., “El matrimonio de conveniencia”, *B.I.M.J.*, núm. 1879, 2000, pp. 3221-3234.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Matrimonio de conveniencia: argumentos vergonzantes y paradojas inocuas”, *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2007/1, pp. 29-51.

ARROYO MONTERO, R., *El matrimonio consular*, Madrid, La Ley, 1991.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 12ª edic., vol. II, Granada, Comares, 2011.

ESPINAR VICENTE, J.M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2008.

ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado*, 5ª edic., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 6ª edic., Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, Navarra, Civitas Thomson-Reuters, 2012.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación (Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza)*, Madrid, Dyckinson, 2007.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002.

RODRÍGUEZ BENOT, A., “La filiación y los alimentos”, en *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª edic., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 165-208.

Inmigración y multiculturalismo en “Babel”¹

Nuria Marchal Escalona

1. Película

TÍTULO

Babel

FICHA TÉCNICA-ARTÍSTICA

Babel fue dirigida por el director mexicano Alejandro González Iñárritu, con un guión original del escritor Guillermo Arriaga, y protagonizada por Gael García Bernal, Brad Pitt, Cate Blanchett, Adriana Barraza y Koji Yakusho. La película se estrenó en Cannes en junio de 2006 y completa la *Trilogía de la muerte* de González Iñárritu, iniciada con *Amores perros* y continuada con *21 gramos*. Ganó el Globo de oro a la mejor película de drama en el año 2007 y fue candidata a seis premios Óscar, entre ellos mejor película y mejor director, aunque finalmente sólo consiguió el premio en la categoría de mejor banda sonora.

SIPNOSIS

La película está basada en la Torre de Babel, en la cual se unen todas las etnias. En este caso, se unen mediante un rifle, que es regalado por un japonés a un marroquí, que, a su vez, lo revende a un ciudadano marroquí para defender a sus rebaños. Armados con dicho rifle, dos niños marroquíes salen a cazar chacaes para asegurar el bienestar de su rebaño de cabras. En los callados ecos del desierto, los niños dan rienda suelta a sus travesuras infantiles. Entre otras cosas deciden probar un rifle, que su padre acaba de comprar, apuntando hacia un

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar”, del que es investigador principal la Dra. Mercedes Moya Escudero.

autobús. Este disparo desencadena una serie de acontecimientos fortuitos que servirá para conectar a una pareja estadounidense en su desesperada lucha por sobrevivir con los dos chicos marroquíes, responsables involuntarios del accidente, una niñera que cruza la frontera de México ilegalmente con dos niños estadounidenses y una adolescente japonesa sorda y rebelde sobre cuyo padre pesa una orden de busca y captura. A pesar de las enormes distancias y de las culturas tan antagónicas que los separan, estas personas comparten un destino de aislamiento y dolor.

2. Temática jurídica

Palabras clave: Control de Fronteras. Inmigración irregular-Invisibilidad jurídica- Diversidad-Cultural. Multiculturalismo-Interculturalismo. Integración.

3. Comentario del profesor

De todas las historias que narra esta película nos detendremos en el análisis de la que cuenta las peripecias de una niñera mejicana, que reside y trabaja ilegalmente en EE.UU., y que decide cruzar la frontera con los hijos de los turistas estadounidenses, que son curiosamente los que han sufrido el atentado en autobús en Marruecos, para asistir a un compromiso familiar en Méjico. En su viaje de vuelta, no sólo pone en peligro la vida de los dos pequeños en las tierras áridas de Méjico -fronterizas con EE.UU.-, sino que acaba con su detención y su deportación o expulsión de EE.UU., después de toda una vida viviendo y trabajando en EE.UU.

I. La inmigración irregular: causas y efectos

La inmigración constituye un fenómeno que acompaña a la naturaleza humana desde sus orígenes y se ha convertido en los inicios del tercer milenio en el signo de los tiempos. El fenómeno migratorio es el fiel trasunto del desequilibrio de reparto de riqueza que se está produciendo en la sociedad internacional. Pero, desgraciadamente, la globalización ha impuesto un modelo de flujos personales en los que las fronteras se abaten para unos (*ad. ex.* nacionales de la Unión Europea titulares de las libertades comunitarias) y se alzan más fuertes para otros. La política de admisión es parte importante de toda política de

extranjería. Estas políticas, de forma general, contemplan al inmigrante como una exigencia del mercado laboral, no como un individuo con sus necesidades y derechos. Toda política de extranjería aparece claramente orientada a evitar la entrada o permanencia irregular en su territorio, y a tratar de gestionar una inmigración ordenada y legal. Sin embargo, la lucha por una vida en mejores circunstancias es tan acuciante que no entiende de fronteras, de legalidad. Por ello, el éxodo es inexorable e incontrolable de forma efectiva por los Estados.

La inmigración irregular constituye el punto negro no sólo del Derecho de extranjería, sino también de las políticas de integración. La permanencia en el territorio de las sociedades de acogida de “irregulares”, o personas con ausencia de las correspondientes autorizaciones, crea una bolsa de actividad laboral clandestina, un mercado marginal paralelo al oficial, que desestabiliza los cimientos del propio orden social del país. La migración irregular es considerada como un problema que afecta a la seguridad de los Estados. Ello explica que, hoy en día, se dictamine y legitime un Derecho punitivo, un Derecho manifiestamente discriminatorio, que penaliza a aquellos que no reúnen los requisitos exigidos para su consideración jurídica de “legales”. Así ha ocurrido en Italia con la llamada Ley Berlusconi, para la que la inmigración ilegal constituye un delito, o la “Ley de Arizona” (Ley SB 1070), que criminaliza la permanencia de inmigrantes sin documentos en el Estado de Arizona y que, además, permite también el abordaje policial de los sospechosos que estuvieren ilegalmente en dicho Estado. En España también se han adoptado medidas polémicas que penalizan a los inmigrantes irregulares. A principios del año 2012 fue aprobada una polémica orden en el Ayuntamiento de Vic en la que se negaba a empadronar a extranjeros irregulares impidiendo y, por tanto, negando a estas personas la posibilidad de acceder a derechos universales como la salud y la educación. El Ayuntamiento aseguraba que lo que pretendía con esta medida era exigir el cumplimiento de la ley, dado que: *Es una obligación de la Administración ofrecer seguridad y las situaciones irregulares pueden favorecer actividades delictivas*. Afortunadamente, la conclusión del informe elaborado por la Abogacía del Estado a este respecto fue tajante. En él se estimaba que ante las peticiones de inscripción de extranjeros en el padrón municipal *debe entenderse y considerarse como válido y suficiente un pasaporte aunque no cuente con el preceptivo visado*.

El “irregular” es el principal damnificado de la legislación de extranjería que afecta, incluso, a su condición personal. No sólo se ven sometidos a menudo a situaciones de hecho que rayan en la explotación o la esclavitud, sino que incluso legalmente ven negados

sus derechos civiles y políticos y cerradas las puertas de la integración económica y social. El deseo de salir de este estado de clandestinidad jurídica hace que estas personas sean un blanco fácil para las mafias. Hoy en día proliferan las mafias que se encargan de organizar “matrimonios en blanco” o “de conveniencia”, es decir, aquéllos en los que se utiliza la institución matrimonial para conseguir determinadas ventajas en materia de extranjería o nacionalidad, o que falsifican certificados de empadronamiento de Ayuntamientos, necesarios para regularizar la situación administrativa en España por “arraigo”.

II. El difícil reto de la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida

Sin embargo, la problemática de la inmigración no finaliza cuando el extranjero consigue legalizar su situación. El auténtico desafío reside en el encaje del inmigrante en la sociedad de acogida. La integración del extranjero en un proyecto o actividad colectiva constituye un elemento clave de cualquier política migratoria. No obstante, somos conscientes de la complejidad que presenta el fenómeno de la integración, constituyendo un gran reto para los poderes públicos, en concreto, en España donde convergen competencias y estrategias de las distintas administraciones públicas (estatal, autonómica y local). El reto es promover una política de integración y cohesión social que incorpore las necesidades de los recién llegados y responda a las inquietudes de los residentes. De hecho, el nuevo art. 2 ter de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 299, de 12 de diciembre. Modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre, y por L.O. 14/2003 de 20 de noviembre, *BOE* núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, en adelante, L.O. 2/2009) intenta dar respuesta a los distintos problemas que plantea la integración del inmigrante en España, a saber: determina el papel o la función que en este ámbito corresponden a las distintas administraciones públicas y sus límites (estatal, autonómica y local), los distintos ámbitos de actuación (económico, laboral...), así como los instrumentos a utilizar para hacer efectiva dicha integración. Todo ello al amparo de las políticas de integración y los principios básicos comunes fijados a nivel europeo donde la integración de los residentes legales de terceros Estado es un tema clave, como así fue reconocido en la Conferencia interministerial, celebrada en Zaragoza, bajo los auspicios de la Presidencia Española de la UE el pasado año.

Grosso modo, la integración de personas procedentes de otros espacios culturales en nuestra sociedad puede abordarse desde diferentes fórmulas o modelos: el de la asimilación (o modelo universalista o nacionalista de la aculturación), el pluricultural (o modelo liberal o social de la pluriculturalidad) o el modelo de la integración intercultural. Depende de la finalidad que se persiga con la integración. El modelo español apunta a objetivos interculturales -en términos relativos-, por lo menos en el papel o desde las teorías, como así se deduce del art. 2 ter L.O. 2/2009. En este precepto el legislador no olvida, a la hora de perfilar los lindes de esta apuesta por la interculturalidad relativa, un dato esencial: que la Constitución consagra un marco de límites y libertades como encuadre de los máximos y mínimos que vinculan al legislador, al intérprete y al juzgador. En este marco adquieren especial relevancia los derechos fundamentales de validez universal consagrados en diversos instrumentos internacionales. Y es que integrar implica facilitar el acceso a una sociedad que tiene ya unas reglas y unos valores, pero también, es cierto, la necesidad de matizar la universalidad de la protección internacional de los derechos humanos en aras del relativismo ético y cultural, particularmente patente en la cultura islámica. Ello se debe a que el Derecho islámico es un sistema normativo totalmente diferente al nuestro, pues procede de fuente divina. Además, cuenta con instituciones y figuras totalmente desconocidas (*ad. ex. repudio*), que llegan a ser incompatibles con nuestros principios fundamentales. Afortunadamente, nuestro país se ha mostrado más sensible que muchos otros a esta necesidad, al permitir celebrar en España un matrimonio en forma islámica, hebrea o evangélica, lo que no deja de ser una realidad sorprendente en otros países de nuestro entorno (*ad. ex. Francia*). Sin embargo, también es cierto que cuando entran en juego los derechos fundamentales (Derecho a la vida, igualdad, integridad física) resulta legítimo que la “identidad cultural” se vea limitada por la exigencia del respeto universal de los derechos humanos. Éste sería el caso de la mutilación genital femenina habitual en ciertas culturas africanas. El principio de igualdad de sexos no permite tolerancia alguna con cualquier forma de discriminación de la mujer, lo que es frecuente en el régimen del matrimonio y de las relaciones entre los cónyuges. Pero también es cierto que, en ocasiones, surge la necesidad de alcanzar un equilibrio entre el respeto a la identidad cultural del individuo con los valores esenciales del Estado de acogida que han de respetar todos los que en él se integren. Ello explica que se hayan reconocido determinados efectos a instituciones especialmente sensibles desde una perspectiva multicultural como el matrimonio poligámico o el repudio. Y es que el respeto de los derechos fundamentales

no puede perjudicar los derechos de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse. Al contrario, no debería de existir problema alguno cuando no están en juego tales derechos. Sin embargo, hay ocasiones en las que no es tarea fácil realizar dicha delimitación, como así puede suceder con la utilización del *hijab* (o velo en la cabeza) o el *burka*. ¿Costumbres que deben respetarse o manifestación de la sumisión de la mujer al varón?

En suma, la integración de los inmigrantes requiere el respeto mutuo de identidades y costumbres, pero sin que ello signifique vulnerar, en ningún caso, nuestras leyes. En especial, debemos asegurarnos de que los derechos individuales y las libertades prevalecen frente a tradiciones o costumbres, ya sean laicas o religiosas, lesivas de los derechos de las personas reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. Debemos conseguir que en el conjunto de la población prevalezca un sentimiento de pertenencia y complicidad con un sistema de valores básicos para la convivencia.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

Tras la exposición de la película, el profesor realizará una serie de comentarios y forzará un debate que permita al alumno centrarse en los problemas de carácter jurídico-social reflejados en la película.

Elementos de debate:

¿Qué piensa sobre la prohibición del *hijab* o el *burka* en los países occidentales en los espacios públicos?

¿Cuál es, a su juicio, el modelo de integración que debería de seguirse en España?

¿Qué opinión le merecen las leyes que criminalizan a los inmigrantes irregulares?

5. Lecturas recomendadas y sitios web de interés

Bibliografía

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., MERSINNI, F., *El Islam jurídico y Europa* (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998.

GARCÍA AÑÓN, J., “Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas”, *Perspectivas de la inmigración en España*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 350-358.

LÓPEZ SALA, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, 2005.

MAESTRE CASAS, P., “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado”, AA.VV., *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 195 ss.

MARCHAL ESCALONA, N., “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, núm. 5, 2002, pp. 367-376.

MARCHAL ESCALONA, N., “Art. 2 ter”, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, 2001, Thomson/Reuters, Madrid, 109-119.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., *La inmigración islámica en España* (su problemática jurídica), Madrid, Diles, 2007.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “Perfiles de la integración del extranjero”, en AA.VV., *La integración de los Extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009.

Sitios web de interés

<http://migraciones.ugr.es>

El matrimonio concertado y la mutilación genital femenina en “Flor del Desierto”¹

Nuria Marchal Escalona

1. Película

TÍTULO

Flor del desierto

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Director: Sherry Hormann.

Producción: Peter Herrmann.

Guión: Sherry Hormann (a partir de la novela autobiográfica de Waris Dirie).

Música original: Martin Todsharow.

Fotografía: Ken Kelsch.

Vestuario: Gabriele Binder.

Montaje: Clara Fabry.

Reparto: Liya Kebede, Sally Hawkins, Timothy Spall, Juliet Stevenson, Craig Parkinson, Anthony Mackie, Meera Syal, Soraya Omar-Scego.

Duración: 124 minutos.

SIPNOPSIS

Como en un cuento de hadas, Waris Dirie, nacida en Somalia entre pastores nómadas, se convirtió en una de las modelos más solicitadas de la época. Recorrió un camino fascinante hasta pisar las pasarelas más famosas y ser portada de las mejores revistas de moda. A los 13 años huyó de una boda de conveniencia y anduvo días por el desierto antes de llegar a Mogadiscio, capital de Somalia. Allí, sus parientes la

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar”, del que es investigador principal la Dra. Mercedes Moya Escudero

mandaron a trabajar como criada a la Embajada de su país en Londres, donde pasó la adolescencia sin saber leer ni escribir. Antes de volver a un país destrozado por la guerra, prefirió permanecer ilegalmente en Londres y trabajar de limpiadora en un restaurante de comida rápida. Mientras trabajaba, fue descubierta por el famoso fotógrafo Terry Donaldson.

2. Temática jurídica

Palabras clave: Matrimonio concertado, Matrimonio de conveniencia o “en blanco”, mutilación genital femenina o “ablación”.

3. Comentario del profesor

Flor del desierto es una llamada de atención sobre el horror de la ablación, y un intento de contagiar un espíritu de solidaridad y coraje a las mujeres que la sufren. Es capaz de transmitir de un modo soportable una realidad cruda y traumática que padecen muchas mujeres y niñas de origen africano. En *Flor del desierto* se cuenta la historia de una mujer que fluctúa entre el cuento de hadas (el triunfo como modelo) y un cuento cruel (víctima de un matrimonio concertado, de explotación laboral en su infancia, y de ablación).

I. Matrimonios concertados

La protagonista del film huye de Somalia de un matrimonio concertado. En no pocas culturas existen los matrimonios concertados; matrimonios en los que no son los cónyuges quienes buscan libremente a la pareja con la que contraerán matrimonio, sino que es pactada por la propia familia de los cónyuges. Normalmente, la elección la suelen hacer los padres y, aunque afecta tanto a hombres como a mujeres, no es menos cierto que para la mujer es más frecuente debido a su posición de inferioridad en el matrimonio; práctica que es contraria a lo establecido en diversos textos internacionales (*ad.ex.* el art. 6.2º. a) de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 7 de noviembre de 1967). Sin embargo, en la actualidad esta práctica se está trasladando hacia los países europeos a través de la población migrante. Niñas que han nacido en Europa, hijas o nietas de inmigrantes son objeto de acuerdo entre sus familiares para contraer matrimonio, bien sea con un hombre que reside en el país de

acogida o en el país de origen. De hecho, los matrimonios concertados han sido denunciados por algunas jóvenes como Narina Anwar, una pakistaní de veintiún años que residía en Londres con su familia y que hasta los once años no conoció Pakistán, y fue obligada por sus padres a viajar a su país donde le aguardaba una boda concertada con su primo Babar, el cual era analfabeto y cinco años mayor que ella. Afortunadamente, y después de sufrir amenazas y encierros, pudo librarse de ese matrimonio pidiendo ayuda al consulado británico, el cual la repatrió al Reino Unido.

Es cierto que los motivos que tiene cada uno para contraer matrimonio son jurídicamente irrelevantes (para obtener la nacionalidad, una autorización de residencia, una pensión de viudedad, etc), lo único que importa es si realmente se ha prestado consentimiento matrimonial. No hay, por tanto, obstáculo alguno en que dos personas contraigan matrimonio, aun cuando se trate de un matrimonio concertado, o que se reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero en tales circunstancias. No obstante, el problema reside en que, en la mayoría de los supuestos, la negativa de estas mujeres a contraer nupcias y, por lo tanto, a otorgar su consentimiento, puede suponer la ruptura con su vida anterior, lazos familiares, sustento e, incluso, la muerte. Son, por tanto, mujeres que se ven coaccionadas a contraer matrimonio. La cuestión que se suscita es la de saber si desde la óptica del Derecho español estos matrimonios serían válidos. ¿Podrían celebrarse este tipo de matrimonios en España? ¿Podrían reconocerse los matrimonios concertados celebrados en el extranjero? A nuestro juicio, la respuesta a la primera pregunta debe ser en sentido negativo. Las autoridades españolas que hayan de conceder la autorización para la celebración del matrimonio deberían denegar ésta si detectan que el consentimiento es consecuencia de presiones en el seno de la familia, incluso aunque éstas no lleguen a implicar la amenaza de males graves e injustos, bien sea aplicando la cláusula de orden público (art. 12.3º Código Civil español), o bien la *lex loci celebrationis*. De la misma manera, consideramos que no debería reconocerse la eficacia de aquellos matrimonios concertados celebrados en el extranjero, incluso aquellos en los que las amenazas no hayan revestido un carácter antijurídico. En tales supuestos el reconocimiento podría entenderse como contrario al orden público español.

El verdadero problema que presenta este tipo de matrimonios reside en descubrir si el consentimiento de alguno de los contrayentes ha sido obtenido mediante coacciones o amenazas. Actualmente, los gobiernos de países occidentales están tratando de hacer frente a esta cuestión. En 2004, el Reino Unido estableció una oficina que se

ocupa de matrimonios forzados, en un intento por frenar la práctica y proporcionar apoyo a las víctimas. En Dinamarca, las autoridades han establecido una red nacional de centros de crisis al servicio de mujeres y niñas que han sido obligadas a contraer matrimonio. En España quizás fuera conveniente utilizar los mecanismos de control que se utilizan para impedir los matrimonios en “blanco”, a los que hacemos referencia a continuación, para evitar la celebración de matrimonios concertados.

II. Matrimonio de conveniencia

Los movimientos migratorios han puesto en evidencia la estrecha relación existente entre la institución matrimonial, por una parte, y el régimen de la nacionalidad y de la extranjería, por otra. El matrimonio es una forma de facilitar que los cónyuges de los nacionales o de los residentes legales obtengan con mayor facilidad las correspondientes autorizaciones de trabajo y de residencia y, posteriormente, la nacionalidad de la sociedad de acogida. Tanto en el ámbito comunitario (*vid.* la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos -DOCE 1997 C 382/1-), como en España se han producido algunas manifestaciones en relación a los matrimonios de conveniencia. Desde hace más de diez años los Registros Civiles, instruidos por la DGRN, desarrollan una política de control sobre los denominados “matrimonios blancos” o de conveniencia que pretende evitar la utilización de la institución matrimonial para conseguir determinadas ventajas en materia de extranjería o nacionalidad. Los encargados del Registro Civil han recibido instrucciones sobre la forma en que han de conducir el expediente matrimonial con el fin de identificar estos matrimonios y así negar la autorización para que el matrimonio se celebre, o bien, si se trata de matrimonios celebrados en el extranjero, para impedir su acceso al Registro Civil español. En concreto, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 9 de enero de 1995 considera como trámite esencial, en la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, la audiencia personal de cada contratante, reservada y por separado. La dificultad que plantea este acercamiento de la DGRN es que el contenido del consentimiento matrimonial no es detectable de una forma directa, por lo que es preciso proceder a través de indicios. La Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia aborda de una forma directa esta cuestión, y mantiene que ante la usual falta

de “pruebas directas de la voluntad simulada” debe operarse a través de presunciones. La postura adoptada por la DGRN ha sido criticada por la doctrina iusprivatista, que mantiene que no cabe justificar una limitación del derecho al matrimonio en aras de evitar el fraude a la normativa de extranjería, más teniendo en cuenta que los motivos que tiene cada uno para contraer matrimonio son irrelevantes jurídicamente. Lo único que importa es si realmente se presta un consentimiento matrimonial no viciado.

III. Mutilación genital femenina o “ablación”

La ablación sexual es la mutilación de parte de los genitales externos femeninos para evitar sentir placer sexual, con la finalidad de que la mujer pueda llegar virgen al matrimonio, puesto que, si no es de ese modo, ésta puede ser rechazada. También se realiza para evitar la supuesta promiscuidad de la mujer y asegurar que solamente tenga hijos con el marido. Es un ritual de iniciación realizado a las niñas de algunos países de África, Oriente Medio y otros. La pérdida casi total de sensibilidad es la principal consecuencia para las afectadas, con el añadido trauma psicológico. Hay mujeres que mueren desangradas o por infección en las semanas posteriores a la intervención, ya que se realiza casi siempre de manera rudimentaria, a cargo de curanderas o mujeres mayores, y con herramientas no muy ortodoxas como cristales, cuchillos o cuchillas de afeitar y nunca en centros sanitarios -como así relata, de hecho, la película objeto de comentario-. Existen varios tipos de ablación, a saber: a) la amputación del prepucio del clítoris, pudiendo extirparse en parte o en su totalidad el clítoris; b) la escisión o mutilación total o parcial del prepucio del clítoris y los labios menores, conservando solo los labios mayores y c) la infibulación es la forma más agresiva, y consiste en la extirpación del clítoris y labios mayores y menores. Ésta es, precisamente, la que sufrió la protagonista de nuestra película.

Sea por creencia, por cultura, por tradición o superstición lo cierto es que la mutilación genital femenina o “ablación” constituye uno de los ataques frontales más directos contra los derechos humanos de las niñas y las mujeres, en tanto en cuanto se violan sus derechos a la vida, a la integridad física, a la dignidad, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a la salud, a la sexualidad, a la maternidad, a la no discriminación por razón de sexo; derechos que están salvaguardados a nivel internacional por medio de Declaraciones o Convenios. De hecho, los Gobiernos de ciertos países (Burkina Faso, Costa de Marfil, Togo, Ghana, Senegal, Egipto, República Centroafricana,

Yibuti, Tanzania, Guinea-Conakry, Niger, Kenia y Sudan), debido, sobre todo, a la presión internacional, están tomando una actitud negativa hacia la permisividad de la mutilación genital femenina. El aumento de la inmigración ha traído esta práctica a Europa. La Unión Europea, como organización internacional, ya ha tomado medidas y ha realizado distintas acciones para prohibir su práctica en su territorio e informar acerca de sus consecuencias. Además, diversos Estados poseen una legislación específica que penaliza la mutilación genital femenina, como son Suecia, el Reino Unido y Bélgica. En España, el art. 149 del Código penal procede a tipificar este tipo de conductas que menoscaban la dignidad e integridad, castigadas con penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz. No obstante, su inclusión en el Código penal era, en cierto sentido, insuficiente a efectos de una verdadera represión, ya que la inobservancia de la ley penal española era bien fácil de efectuar mediante estos viajes vacacionales al país de origen, lugar en el cual la mujer o la niña era sometida a la mutilación de sus genitales sin que al respecto nada pudieran hacer las autoridades españolas. A tales efectos, se modificó la Ley Orgánica 3/2005 de 8 de julio que permite perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

Es cierto que la existencia del amparo legal es importante, pero lo verdaderamente efectivo a largo plazo es apostar por el trabajo de sensibilización y educación. La herramienta más potente es sin duda la educación y el diálogo. Deben ser las propias familias quienes se convenzan de las ventajas del abandono de esta práctica. De ahí, la importancia de desarrollar estrategias y planes de acción específicos que, además de prever campañas de información y sensibilización, incluyan protocolos de actuación transversales e integrales que han de llevarse a cabo, sobre todo, en las Comunidades Autónomas con presencia de familias procedentes de países donde se practica la mutilación genital femenina. En el trabajo para la erradicación de esta práctica es importante el papel de los profesionales (sanitarios, trabajadores sociales, pedagogos, etc.). Resulta fundamental informar y formar a los mismos para detectar las posibles situaciones de riesgo, así como para que sepan qué hacer ante tales situaciones.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

Tras la exposición de la película, el profesor realizará una serie de comentarios y forzará un debate que permita al alumno centrarse en los problemas de carácter jurídico-social reflejados en la película.

Elementos de debate

¿Qué opinión le merece el tratamiento que hace el director del film sobre la mutilación genital femenina?

¿Qué le parece la existencia de matrimonios concertados en nuestros días? ¿Deberían ser válidos en los países occidentales? ¿Cómo se podría luchar contra ellos?

¿Qué opinión le merece el tratamiento que la DGRN hace de los matrimonios en blanco?

5. Lecturas recomendadas y sitios webs de interés

Bibliografía

ARENAS GARCÍA, R., “Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)”, <http://adipr.wordpress.com/2007/07/03/matrimonios-convenidos-y-matrimonios-por-conveniencia/>

ARTUCHT IRIBERRI, E., “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado”, AA.VV., *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp- 199-222.

ARTUCHT IRIBERRI, E., “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el DIPr. español”, *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 185-191.

ADAM MUÑOZ, M^a.D., *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado*, Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, 2004.

ADAM MUÑOZ, M^a.D., “La multiculturalidad como posible causa de violencia por razón de género. Incidencia sobre los matrimonios concertados” en AA.VV., *Violencia y Género, Congreso Internacional*, 9, 10 de marzo de 2001, Córdoba, pp. 35-64.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr.*, Granada, Comares, 2000.

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, núm. 6622, 4 de enero de 2007.

DOMÍNGUEZ LOZANO, P., “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *REDI*, 1995, pp. 317-318.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *AA.VV.*, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 287-296.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *AA.VV.*, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247-285.

Sitios web de interés

<http://migraciones.ugr.es/>

Aranzadi Westlaw.es

Interés superior del menor y fracaso en la adopción internacional. “La Vergüenza”¹

Nuria Marchal Escalona

1. Película

TÍTULO

La Vergüenza

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2009

País: España

Guión: David Planell

Música: Christopher Slaski

Fotografía: Charly Planell

Reparto: Alberto San Juan, Natalia Mateo, Marta Aledo, Norma Martínez, Esther Ortega, Brandon Lastra.

Productora: Avalon Productions

Duración: 107 minutos

SIPNOSIS

El film transcurre en la mañana en que Pepe y Lucía, una pareja de treintañeros modernos y acomodados, han decidido comunicar a Jimena, la trabajadora social, que la vida con Manu es muy difícil; que no se hacen con su hijo peruano adoptado de ocho años; que los seis meses que llevan con él se han acabado convirtiendo en un infierno; Y que quieren devolverlo...

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar”, del que es investigador principal la Dra. Mercedes Moya Escudero

2. Temática jurídica

Palabras clave: Adopción internacional. Fracaso de la adopción internacional. Interés del menor.

3. Comentario del profesor

I. Introducción

La adopción internacional en España constituye una realidad cotidiana. Cada vez estamos más acostumbrados a ver en las calles, en colegios, etc a menores de razas, de culturas y de países extranjeros que han sido adoptados por españoles. Es un hecho innegable que su número se ha incrementado en España en los últimos años de forma espectacular. Se ha revelado que el nuestro es uno de los países del mundo con la tasa más alta de adopciones internacionales -unas 6.000 cada año- de menores procedentes, sobre todo, de países asiáticos, latinoamericanos y de la Europa del Este. El aumento de este tipo de adopciones se debe, principalmente, a la dificultad de encontrar a niños de corta edad en las adopciones nacionales. De hecho, los países que demandan niños en adopción son los más industrializados, donde existe un acusado descenso de natalidad. Por el contrario, los Estados en “vías de desarrollo” son los países de origen de los menores. No obstante, en otras ocasiones, el deseo de adoptar viene de la mano de un marcado sentimiento solidario.

La adopción constituye una medida social y legal de protección del menor que ha alcanzado una importante y especial difusión en el ámbito internacional. En muchos casos, constituye una vía para la lucha contra la pobreza existente en determinados países, así como para paliar las consecuencias de las catástrofes naturales que afectan a zonas especialmente deprimidas, o los conflictos bélicos, etc. Sin embargo, la adopción debe ser el último mecanismo al que se recurra para proteger al menor (principio de subsidiariedad). Antes de acudir a esta medida de protección, hay que priorizar aquellas otras que mantengan al menor dentro de su “entorno habitual”, lo que implica que sólo debe recurrirse a la adopción cuando la permanencia del menor en la propia familia no sea lo más beneficioso para él, sea la propia familia biológica la que lo entregue voluntariamente en adopción o se trate de un menor cuya filiación no sea conocida.

Ahora bien, si la adopción se caracteriza por ser una institución que presenta un carácter excepcional, mucho más debe serlo cuando

existe un elemento extranjero en la relación adoptiva, es decir, bien los adoptante/s, o bien el/os adoptando/s tiene/n nacionalidad o residencia en el extranjero (art. 1.2º Ley 54/2007, 28 de diciembre, de adopción internacional), dado que, en tales casos, se prefiere que el niño permanezca en el propio país, en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de procedencia. Y ello porque existe un mayor riesgo de fracaso, es decir, de inadaptación de los menores adoptados con su nueva familia, con la cual van a convivir en un entorno cultural distinto.

II. Condicionantes de la adopción internacional

A) La complejidad de la adopción internacional

La institución adoptiva es compleja porque las autoridades judiciales o administrativas implicadas en la tramitación y constitución de una adopción aplican su propia normativa que, en ocasiones, puede llegar a ser contradictoria. La consecuencia que se deriva de esta diversidad legislativa es que el proceso de adopción internacional deviene complicado, dado que para que se constituya válidamente dicha adopción, han de cumplirse los requisitos legales exigidos tanto en el Estado de recepción como en el de origen del menor, que, en ocasiones, impiden la válida constitución de la adopción. Ello explica que los particulares se amparen en otras instituciones (ad.ex. reconocimiento voluntario de paternidad) para realizar adopciones encubiertas y evitar así las leyes relativas a la adopción (“fraude adoptivo”).

Ahora bien, la diversidad jurídica es la nota característica no sólo en las legislaciones materiales internas de los distintos Estados, sino también en los sistemas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.). En España, la complejidad que presenta esta institución es aún mayor, dado que coexisten distintas normas de diferente procedencia. Por una parte, están las normas de origen internacional, entre las que es preciso destacar el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993 (en adelante, Convenio de La Haya de 1993). Junto a este Convenio están las normas de origen estatal y las autonómicas. La protección del menor no sólo ha preocupado al legislador internacional y estatal, sino también al autonómico que, en el marco de su competencia legislativa, ha promulgado diversas Leyes, regulando fundamentalmente la vertiente administrativa que la institución adoptiva presenta (idoneidad de los adoptantes, etc.). Para paliar este problema de dispersión normativa, que no

siempre favorece al menor, uno de los objetivos de la Ley de adopción internacional ha sido integrar en un solo cuerpo legal la legislación vigente en la materia. Sin embargo, no puede decirse que dicha Ley haya acabado con la dispersión normativa, dado que el proceso adoptivo (duración, requisitos, etc.) dependerá de la Comunidad Autónoma en la que se tramite.

A simple vista, puede parecer que el Convenio de La Haya de 1993, que nos vincula con un gran número de países de los que proceden los menores adoptados por nacionales españoles, resuelve dicho problema, ya que precisa las condiciones de fondo que deben concurrir en toda adopción internacional constituida según el Convenio. En concreto, este Convenio establece las condiciones de fondo (capacidad, consentimientos, etc.) que deben ser observadas en toda adopción constituida de conformidad con lo establecido en su articulado, con independencia de cuál sea la ley que resulte aplicable a las mismas (ley nacional, residencia habitual del adoptando o adoptante, etc). El problema reside en que el Convenio sólo enuncia las condiciones que han de ser observadas (Capítulo II), es decir, sólo indica que el adoptando y los adoptantes deben cumplir ciertos requisitos de capacidad y, además, han de observarse los consentimientos necesarios para que pueda procederse a la constitución de la adopción. Sin embargo, no establece qué requisitos son, en concreto, los que han de cumplirse, ni cuál es la ley que regula tales extremos. Dicha cuestión dependerá, por tanto, de lo que establezca la normativa existente en cada Estado miembro. Ello supone que las condiciones de fondo que deben ser verificadas en el curso del procedimiento regulado en el Convenio de la Haya son las que determine tanto la ley del Estado de origen como la del Estado de recepción, lo que puede constituir un obstáculo para la constitución de adopciones internacionales, ya que el Convenio de La Haya lo que hace es fiscalizar un mismo requisito a la luz de dos sistemas jurídicos. Por lo que puede afirmarse que el Convenio de La Haya no resuelve los problemas que se derivan como consecuencia de la diversidad legislativa presente en toda adopción internacional, aunque sí es cierto que intenta paliarlos en la medida de lo posible estableciendo un sistema de cooperación efectiva.

La diversidad legislativa existente en Derecho comparado aconseja que tanto las autoridades del Estado de origen del menor, como las de recepción, durante la tramitación y la posterior constitución de una adopción internacional, tengan en cuenta las exigencias establecidas en los distintos ordenamientos jurídicos, en aras de garantizar la validez de la adopción internacional. De esta manera, las autoridades del Estado de recepción del menor han de tener en cuenta las

exigencias establecidas por el Estado de origen del mismo, entre otras cuestiones, porque de no cumplirse las autoridades competentes en dicho Estado rechazarían de plano la tramitación del oportuno expediente adoptivo. Así, por ejemplo, si el Estado de origen sólo admite la adopción por parte de cónyuges que vivan juntos, está claro que una pareja de hecho, aun cuando el Derecho español lo permita, no será considerada idónea en el Estado de origen del menor para adoptar a niños procedentes de dicho país. Sería, por tanto, una pérdida de tiempo remitir el expediente de adopción a ese Estado. La elección del Estado de origen presupone, por tanto, una cierta anticipación y toma en consideración de los requisitos exigidos en el Estado de origen del menor. Corresponderá, por tanto, a las autoridades administrativas competentes asesorar a los adoptantes a la hora de elegir el país donde remitir la solicitud, tomando en consideración la ley del Estado de origen, para no frustrar el procedimiento desde sus inicios. Es cierto que aquéllas no aplicarán propiamente el Derecho extranjero, sino que sólo lo considerarán como un hecho, lo que les obligaría a colocarse en la misma posición que las autoridades del Estado de origen del menor.

De la misma manera, las autoridades del Estado de origen del menor, al constituir la adopción del menor, pueden tener en cuenta los requisitos de validez exigidos en el Estado de recepción para asegurar la eficacia extraterritorial de dicha adopción. Es más, es posible que la legislación de dicho Estado establezca que se aplique la ley del Estado de recepción a determinados aspectos de la adopción (capacidad, consentimientos, etc), para evitar la constitución de una adopción claudicante. El reconocimiento internacional de la adopción, capaz de proporcionar estabilidad y permanencia al estatuto del hijo adoptivo fuera de las fronteras de un Estado, puede conseguirse coordinando los ordenamientos jurídicos en presencia. Dicho método, en materia de adopción, reduce el riesgo de adopciones claudicantes que traen causa en las divergencias existentes entre las distintas regulaciones aplicables para la constitución de una adopción internacional. Ello explica que en determinados sistemas de Derecho internacional privado se condicione la válida constitución de la adopción al cumplimiento de los requisitos exigidos por los distintos ordenamientos en presencia. Siendo así, será la ley de la autoridad que constituya la adopción (*lex autoritatis*) la que determine qué extremos de cada ordenamiento jurídico deberán ser respetados (*lex fori*, ley nacional del adoptando o adoptante, etc.). Sin embargo, puede suceder que el sistema conflictual vigente en el Estado de constitución de la adopción no sea claro a la hora de determinar qué extremos y qué

normativa debe aplicarse para la válida constitución de una adopción internacional. Así sucedía, por ejemplo, con el inciso final del art. 9.5º.I C.c. cuya interpretación dividió a la doctrina a la hora de precisar si dicho precepto obligaba al juez español a la hora de constituir una adopción a aplicar de forma cumulativa o distributiva la ley española y la ley de la nacionalidad del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios. La Ley 54/2007 de adopción internacional parece haber resuelto dicha polémica a favor de la aplicación distributiva de ambas leyes, siempre que su aplicación responda al “interés del menor”. El problema que plantea la mencionada Ley es que complica considerablemente la concreción de la ley aplicable a la constitución de la adopción (ley española *v.* ley extranjera), dado que para su determinación distingue entre distintas situaciones de hecho en función de la dispersión de los elementos en el espacio (nacionalidad, residencia habitual) y/o en el tiempo, cuanto entre distintos aspectos de la adopción (consentimientos, audiencias, etc.).

B) Procedimiento complejo v. cooperación entre autoridades

Es evidente que los trámites a seguir para constituir una adopción internacional son complejos, por lo que se requiere de una elevada dosis de cooperación entre las autoridades implicadas, no sólo para agilizar los trámites del proceso adoptivo, sino también para asegurar que se cumplen ciertas garantías destinadas a proteger el interés superior del niño. La cooperación entre autoridades se ha convertido así en el centro de gravedad del DIPr. en esta materia. De hecho, la cooperación entre autoridades es uno de los rasgos más característicos y el instrumento al que acude el Convenio de La Haya de 1993 para dar cumplimiento a los objetivos convencionales (art. 1). Y ello porque es el único cauce posible para asegurar el “interés del menor” y evitar todo tipo de abusos en las adopciones internacionales. En dicho Convenio la cooperación entre autoridades se traduce en la práctica en la distribución de concretas funciones y responsabilidades entre las autoridades del Estado de origen del menor y las del Estado de recepción. La esencia del texto convencional es asegurar que las adopciones que finalmente se constituyan hayan sido tramitadas siguiendo las pautas o directrices establecidas en el mismo, lo que garantiza, aunque no asegura, que la adopción se ha constituido en “interés del menor”. No obstante, hay que tener presente que el Convenio sólo se aplica en determinados supuestos (ámbito material, espacial y temporal). Sin embargo, ello no significa que en los casos

en los que este instrumento normativo no resulte aplicable no exista dicha cooperación. De hecho, la protección del menor no puede garantizarse si no existe coordinación entre las distintas autoridades implicadas en la tramitación y constitución de la adopción internacional, pero también es cierto que, aunque dicha cooperación exista y la adopción sea finalmente constituida, puede que lo haga, aunque sin las garantías debidas.

C) Inconvenientes derivados del peculiar régimen jurídico de la adopción en España

A lo anterior hay que añadir que el régimen jurídico de la adopción internacional en España es peculiar, porque en nuestro país la adopción participa de una doble naturaleza: privada y pública. Téngase en cuenta que en España la adopción cumple una importante función social. La progresiva preocupación y ocupación del Estado en este ámbito ha tenido consecuencias de diversa índole, situando el centro de interés en la fase de preparación o instrucción de la adopción, lo que ha supuesto que se aumente y se fortalezca el protagonismo de las autoridades públicas en el proceso de adopción. De hecho, la adopción ha sufrido en España un proceso de publicación. La competencia para pronunciarse sobre la idoneidad o no del/os adoptante/s se ha trasladado de las autoridades judiciales a las entidades públicas. Se han incrementado así los controles por parte de las autoridades públicas para prevenir el temido tráfico de menores. Tales normas son de Derecho público, de aplicación territorial (dimensión pública), que coexisten con otras normas de naturaleza privada, ya que la adopción es una institución impregnada de elementos personales, incardinada dentro de las instituciones propias del estatuto personal y familiar (dimensión privada). De ahí que podamos afirmar que el régimen jurídico de la adopción internacional en España es complejo, no sólo porque intervienen distintas autoridades (judiciales y administrativas), sino también porque las normas que resultan aplicables poseen distinta naturaleza (pública y privada).

Sin embargo, a nuestro juicio, esta peculiaridad que caracteriza a la institución adoptiva en España no debería ser causa de problema alguno, dado que, si un requisito es de naturaleza privada, como así sucede con la capacidad del/os adoptante/s, la ley aplicable debería determinarse según las técnicas propias del DIPr. y el art. 16 C.c. para los supuestos interregionales; mientras que, si se trata de un requisito de Derecho público (*ad.ex.* idoneidad de los adoptantes), no hay que olvidar que cada Comunidad Autónoma tiene su propia normativa y

que tales normas tienen un ámbito de aplicación espacial limitado, lo que significa que cada Comunidad Autónoma aplicará lo establecido al respecto en su propia normativa cuando la solicitud de adopción se tramite en su territorio. A nuestro juicio, los problemas surgen no como consecuencia de la doble naturaleza de la que participa la normativa que regula la adopción, sino que obedece a tres razones. La primera, a la deficiente delimitación de las competencias que en esta materia corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas, lo que puede ser origen de colisiones normativas; problema que la nueva Ley 54/2007 no sólo no resuelve, sino que fomenta. La segunda razón es porque el art. 16 C.c., precepto que se aplica para determinar la ley española aplicable en los supuestos interregionales, no sólo provoca una deslealtad constitucional entre los distintos sistemas de Derecho civil españoles, sino distorsiones al DIPr. por no tener en cuenta el carácter plurilegislativo en España. Y la tercera y última, porque en la normativa actual hay ausencias manifiestas. Así, por ejemplo, en la Ley 54/2007 no se especifica qué ley han de aplicar nuestras autoridades administrativas para determinar las condiciones estrictamente jurídicas que posibilitan el inicio del expediente adoptivo. En la práctica, esta ausencia se subsana en virtud de la regla *auctor regit actum*, lo que implica que nuestras autoridades autonómicas aplican su propia normativa siempre que sean competentes para ello.

D) Principios e intereses rectores de la adopción internacional

La adopción internacional constituye una institución que se caracteriza no sólo por su complejidad, sino también por la presencia de ciertos intereses (públicos/privados) jurídicamente relevantes: los de las partes implicadas (menor, familia biológica y adoptantes) y los de los Estados directamente afectados (Estado de origen del menor y Estado de acogida) y los de los poderes públicos

El “interés del menor” juega un papel fundamental en la institución adoptiva (*favor minoris*). Este principio debe ser considerado por las autoridades competentes en el momento de constituir la adopción para determinar la modalidad de adopción a constituir (simple o plena), a la hora de declarar la nulidad o disolución del vínculo adoptivo (*favor adoptionis*), así como los efectos que dicha declaración conlleva. De ahí que sorprenda la función que parece desempeñar este principio en la Ley 54/2007, donde más que la necesidad de tutelar el “interés del menor”, parece que lo que existe es un injustificado afán y un supremo interés por tutelar una innecesaria “armonía de soluciones” (arts. 19 y 20).

El problema estriba en que junto al "interés del menor" existe también el interés de los padres biológicos, que debe ser respetado. De hecho, en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos actuales se exige el consentimiento de los padres biológicos del menor cuando éstos son conocidos y no han sido privados de la patria potestad. Sin embargo, no está del todo claro si el "interés del menor" es el único interés en virtud del cual se ha de decidir sobre la adopción o es susceptible de matizarse. ¿Qué sucede cuando el "interés del menor" diverge de los intereses de los padres biológicos y éstos se oponen a la constitución de la adopción de su hijo? A nuestro juicio, en tales supuestos el "interés del menor" ha de sobreponerse, en principio, a cualquier otro interés legítimo que pudiera existir. Sin embargo, ello no obsta a que la autoridad competente tenga en cuenta los intereses de los padres biológicos. A ésta le corresponderá ponderar la importancia de dicha oposición. Así, si considera que los "intereses del menor" pueden verse perjudicados, no deberá constituirse la adopción. No hay que olvidar que se trata, en definitiva, de dar una familia a un niño, y no un niño a una familia.

Sin embargo, no cabe duda de que, junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de los padres adoptivos. Existen unas personas que desean ser padres. No obstante, también es cierto que no hay un derecho de adoptar y, por tanto, nadie tiene derecho, en sentido absoluto, a ser declarado idóneo a efectos de constituir la adopción. El derecho es, todo lo más, a formular la solicitud de adopción, y a que el procedimiento de adopción se desarrolle con exclusión de la arbitrariedad y de cualquier discriminación.

Junto a los intereses privados, no podemos olvidar que la institución adoptiva desempeña en España una importante función social. La finalidad primordial de esta institución es la efectiva protección del menor que se ha visto privado de una vida familiar normal. Los poderes públicos deben proporcionar un entorno familiar adecuado para atender a la protección y al bienestar de los menores, lo que provoca consecuencias de diversa índole. Las autoridades públicas (judiciales y administrativas) han de tener muy presente que todas y cada una de las medidas que adopten en relación con el menor han de velar por el "interés" del mismo. Han de garantizar que la adopción responde a las necesidades del menor, de forma que le permita su desarrollo integral. Esta idea justifica que se tomen mayores precauciones cuando el niño ha de pasar una frontera. Este intervencionismo estatal incide en la formulación y el planteamiento de normas de DIPr. en las que el "interés del menor" actúa como principio de construcción de las mismas. Ahora bien, si se acepta que las normas reguladoras del

presente instituto se inspiren en el “interés del menor”, ha de aceptarse también que este criterio se tenga presente en el momento de su aplicación.

III. El fracaso en la adopción internacional

La adopción internacional suscita no sólo problemas jurídicos, motivados por las divergencias legislativas existentes en los distintos Estados implicados, sino también problemas afectivos y personales que afectan a las partes implicadas en el proceso adoptivo. Básicamente, los problemas que afectan a la adopción transnacional son cuatro: a) el primero trae causa de la complejidad de sus trámites, lo que explica que algunas de las adopciones que se constituyen sean irregulares; b) el segundo sería la denegación en nuestro país del reconocimiento o validez de la adopción constituida ante autoridad extranjera; c) el tercer problema que puede afectar a la adopción transnacional es que ésta se halle afectada por un vicio insubsanable y, por tanto, que sea susceptible de ser declarada nula, y d) el cuarto y último problema es que la adopción fracase, es decir, que el menor no llegue a integrarse en la nueva familia.

Son, por tanto, distintas las situaciones patológicas o los problemas que presenta una adopción internacional. El film objeto de comentario se centra en el fracaso de la adopción. En las adopciones internacionales, y, sobre todo, en las transnacionales, es decir, aquéllas en las que el menor se desplaza de un Estado a otro, existe un mayor riesgo de inadaptación del menor o fracaso, en la medida en que el adoptante y el adoptado pertenecen, en la mayoría de las ocasiones, a culturas diferentes. Dicho “fracaso” puede producirse bien antes de constituirse la propia adopción, o bien después de que la misma haya sido reconocida por las autoridades españolas.

Normalmente, las adopciones de menores extranjeros son constituidas por las autoridades de origen del menor. No obstante, también es cierto que el Convenio de La Haya de 1993 prevé la posibilidad de desplazar al menor con el fin de que la adopción se constituya en el Estado de recepción del mismo (art. 2). Es posible que la adopción no pueda constituirse en el país de origen del menor, bien porque ello no sea posible, es decir, no exista esta institución en ninguna de sus modalidades (ni simple, ni plena), como es el caso de la India, bien porque el país de recepción del menor exige que se lleve a cabo un periodo de prueba previo a la constitución de la adopción. En tales casos, el menor debe ser desplazado al país de recepción bajo la

cobertura de otra medida de protección como puede ser la tutela o el acogimiento, y una vez en dicho Estado es cuando debe procederse a constituir la adopción, salvo que la autoridad competente considere que no responde al “interés del menor”. Si aquélla no llegara a constituirse, el menor se encontraría en una situación diferente dependiendo de si el menor ha sido desplazado a España bajo el régimen de una tutela o de un acogimiento. De forma que, si lo ha hecho sometido a tutela, en el caso de que no se constituyese la adopción, el menor seguirá estando tutelado por la familia o persona bajo cuya protección se encontraba en el momento en que fue desplazado a nuestro país, siempre que dicha medida de protección haya sido reconocida por las autoridades españolas (art. 34 Ley 54/2007). Sólo en el caso de que dicha familia o persona solicitase la extinción de la tutela o la autoridad competente lo estimase pertinente, el menor sería declarado en nuestro país en situación de desamparo y, por tanto, sería la Administración quien debería asumir la tutela del mismo. Por el contrario, si el menor es trasladado en régimen de acogimiento y la adopción no llegara a constituirse, aquél no podría permanecer en la familia que lo tiene acogido. Dicho acogimiento debería extinguirse de oficio y declararse el desamparo del menor. En ambos casos, será la Administración la encargada, en última instancia, de decidir qué sucede con el menor.

En cualquier caso, el art. 21 del Convenio de La Haya prevé ciertas medidas a adoptar por la autoridad competente en las situaciones en las que, a pesar de haber sido observadas todas las precauciones previstas en el Convenio de La Haya, resulta que el mantenimiento del niño con la familia de recepción ya no responde a su interés superior. En concreto, señala cuatro medidas de protección, las cuales deben ser adoptadas teniendo en cuenta la opinión del menor, según su grado de madurez, a saber: la primera consiste en retirar al menor de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional. Según esta disposición, la Autoridad Central del Estado de recepción ha de consultar a la del Estado de origen la conveniencia de buscar otros adoptantes en el mismo Estado de recepción o, en su defecto, de una nueva colocación alternativa del menor de carácter duradero. Una nueva adopción sólo podrá tener lugar si la autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada. Una vez agotadas las posibilidades de que el menor permanezca en el Estado de recepción, procede el retorno a su Estado de origen, sólo si el retorno obedece al “interés del menor”.

Ahora bien, el fracaso también puede afectar a adopciones que han sido constituidas en otro país. Así, puede suceder que la adopción se

haya constituido en el extranjero, pero que ésta no sea reconocida en el Estado de recepción, en España. En tal caso, podría plantearse la posibilidad de constituir *ex novo* la adopción en nuestro país. Si la autoridad competente considera que no procede constituirla podemos encontrarnos con una situación en la que el menor esté formalmente adoptado en origen, pero que ni ha sido reconocida, ni se ha podido constituir la adopción en el Estado de recepción. Algunos autores consideran que, en tales supuestos, debe declararse la nulidad de la adopción. Sin embargo, a nuestro juicio, esta postura no es de recibo, ya que la nulidad de la adopción sólo puede ser declarada cuando la adopción está afectada por un vicio desde su constitución, no como un remedio a una situación patológica. Lo que sí está claro es que ante tal situación, el menor no debe sufrir perjuicio alguno, debe ser protegido, por lo que, en principio, debería beneficiarse de las medidas de cuidado y protección en vigor en el Estado al que el menor ha sido trasladado.

También puede suceder que la adopción constituida en el extranjero y reconocida por nuestras autoridades “fracase”. Las adopciones internacionales que fracasan suponen un fenómeno cada vez más frecuente, aunque es escasa la información oficial que existe sobre las mismas, ya que el fracaso ni se da en el primer año de convivencia ni cuando los niños son pequeños. Ocurre, normalmente, cuando ya ha transcurrido un tiempo y, sobre todo, cuando los hijos llegan a la pubertad y a la adolescencia. Aunque hasta la fecha el número de adopciones fracasadas puede no considerarse alarmante, sus efectos pueden ser traumáticos, por lo que para disminuir el riesgo de fracasos en la adopción es preciso que el seguimiento post-adoptivo no implique un mero trámite, sino una vía de apoyo y asesoramiento real y efectivo.

No obstante, es posible que, aun cuando los padres adoptivos cumplan adecuadamente sus funciones y faciliten al menor su integración, la adopción fracase. En estos casos, ¿qué sucede jurídicamente con el menor? No hay una norma ni estatal ni autonómica que lo determine expresamente. Ahora bien, es evidente que la primera medida de protección del menor consistirá en retirar a este último de las personas que lo han adoptado y ocuparse de su cuidado provisional, lo que supondrá su ingreso en un centro de menores. De esta manera se posibilitará la salida del menor del entorno familiar y se proporcionará a ambas partes un tiempo para reflexionar sobre la situación. Es en este ámbito donde destaca la labor de apoyo a los adoptantes y al adoptado que llevan a cabo los servicios correspondientes de la Administración Pública. Éstos deberán trabajar coordinadamente con

la familia y con el menor para tratar de mejorar las relaciones entre ambos, dado que la prioridad que en todo momento se persigue es la reintegración del menor con la familia adoptiva, por considerarla, en principio, como la medida más garantista del interés del menor. Ahora bien, si todas estas gestiones fallan, no queda otra solución que considerar al menor en situación de abandono, con el consecuente desamparo que origina, debiendo la Administración Pública competente declarar formalmente tal estado. A partir de aquí, ha de decidirse si se buscan a otros adoptantes en el país de acogida o se retorna al menor a su Estado de origen. Dicha cuestión dependerá del “interés del menor”, si bien es cierto que es difícil pensar que la vuelta al Estado de origen pueda ser la solución más conveniente para el menor, sobre todo si tenemos en cuenta que salió de su país porque no existía otra forma de protegerlo. No obstante, no hay que rechazar de plano esta posibilidad, aunque de considerar ésta última como la mejor solución pueden existir muchos impedimentos para ponerla en práctica, pues puede suceder que, tras la constitución y reconocimiento de la adopción, el menor haya adquirido la nacionalidad española y, en algunos casos, haya perdido la suya de origen. No obstante, el análisis de Derecho comparado evidencia que dicha posibilidad es posible sólo en supuestos muy excepcionales (*ad.ex.* Senegal, Corea, Letonia, Costa de Marfil), dado que muy pocos países consideran la adopción causa de pérdida de su nacionalidad.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

Tras la exposición de la película, el profesor realizará una serie de comentarios y forzará un debate que permita al alumno centrarse en los problemas de carácter jurídico-social reflejados en la película.

Elementos de debate

¿Cómo cree usted que el director del film aborda el problema del fracaso en la adopción?

¿Cuál sería, a su juicio, la mejor solución para hacer frente a este problema?

¿Cree usted que la obtención del oportuno certificado de idoneidad asegura la aptitud para ejercer una paternidad/maternidad responsable?

5. Lecturas recomendadas y sitios web de interés

Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, nº 22, 2007

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, vol. LVIII, 2006-2.

CALVO BABIÓ, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003.

CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional. Reflexiones y Comentarios*, Granada, Comares, 2008.

CALZADILLA MEDINA, M.A., *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004.

CARRILLO CARRILLO, B.L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Comares, Granada, 2003.

GER MARTOS, M.; SEBASTIÁN DELGADO, J., “Adopciones fracasadas”, en AA.VV., *La adopción: situación y desafíos de futuro*, CCS, Alcalá, 2005.

MARCHAL ESCALONA, N., “Luces y sombras de la adopción internacional”, *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación interdisciplinar*, (M.C. García Garnica dir, M. Morillas Fernández Abigail Quesada Páez, coord.), Thomson/Aranzadi, 2008, pp. 143-163.

MARCHAL ESCALONA, N., “El fracaso, la nulidad y la disolución de adopciones de menores extranjeros residentes en Andalucía”, en AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, (S. Sánchez Lorenzo, ed.), Atelier, Barcelona, 2009, pp. 621-667.

Las diferencias culturales y la protección del menor en las adopciones internacionales. “La Casa de los Babys”

Ramón Santiago Paz Lamela

1. Película

TÍTULO

La casa de los babys

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2003

País: Estados Unidos de América

Dirección: John Sayles.

Producción: Hunt Lowry, Lemoore Syvan, Alejandro Springall.

Guión: John Sayles.

Música: Mason Daring.

Reparto: Maggie Gyllenhaal (Jennifer), Daryl Hannah (Skipper), Lili Taylor (Leslie), Marcia Gay Harden (Nan), Mary Steenburgen (Gayle), Susan Lynch (Eileen), Rita Moreno (Señora Muñoz), Bruno Bichir (Diómedes), Vanessa Martinez (Asunción), Angelina Peláez (Doña Mercedes), Lizzie Martinez (Hermana Juana).

Duración: 115 minutos.

SINOPSIS

Seis mujeres de nacionalidad norteamericana viajan a un país latinoamericano donde esperan poder adoptar a un bebé. Las condiciones sociales de cada una son variadas, así como también lo son los motivos que las llevan a adoptar. Todas esperan alojadas en un exótico motel a que la interminable labor burocrática de las autoridades locales gestione sus peticiones y, finalmente, puedan adoptar a un recién nacido de un orfanato local.

A medida que transcurren las semanas de espera, todas van compartiendo sus expectativas y los motivos que las han llevado a realizar el

viaje, hasta que al fin se produzca el deseado momento, y todas reciban a sus hijos.

2. Temática jurídica

Palabras clave: interés superior del menor; adopción internacional; filiación adoptiva.

Las adopciones internacionales constituyen uno de los ámbitos jurídicos en los que las desigualdades económicas entre Estados tienen una mayor incidencia. Mientras que en los países desarrollados el crecimiento demográfico se ha estancado, hasta el punto de que a día de hoy es posible hablar de crecimiento negativo en determinados casos, por el contrario, aquellos Estados de economías subdesarrolladas, o todavía en una fase primaria del desarrollo económico, son paradigma de un incremento demográfico de carácter exponencial. En este contexto, las adopciones internacionales son un marco propicio para el abuso de los intereses del menor, la trata de personas y los secuestros encubiertos. Prácticas ilícitas, como la compra de menores en Estados inmersos en conflictos bélicos, encubiertas bajo la apariencia de adopciones plenas, no deben recibir reconocimiento jurídico en los Estados receptores. Sin embargo, desde otra perspectiva, tampoco deben dilatarse, o incluso imposibilitarse, aquellas adopciones que, cumpliendo con las oportunas prescripciones legales, constituyen una alternativa a la maternidad biológica, y a su vez, son vehículo de desarrollo para menores en situación de desamparo en sus Estados de origen. En definitiva, la celeridad y el garantismo deben tratarse de modo conjunto en el desarrollo de una adopción internacional.

El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección y cooperación en materia de adopción internacional, persigue conjugar ambas pretensiones a través de la creación de un mecanismo propio y común a todos los Estados parte. Sobre la base de la intervención de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados implicados, el mecanismo del Convenio garantiza un modelo común de actuación con idénticos requisitos y efectos para toda adopción sujeta a su ámbito de aplicación.

3. Comentario del profesor

La situación descrita en la película se desarrolla en un pequeño motel situado en un Estado latinoamericano que, aunque no se indique de modo explícito, podríamos localizar en México. En medio de un ambiente de pobreza y marginación social, la adopción internacional se presenta para los menores como una alternativa a la vida en las calles. Los orfanatos locales representan una vía de escape para los niños, a las miserias que padecen las clases más desfavorecidas. En este contexto general, la película nos muestra ciertos aspectos que es preciso analizar en relación con las adopciones internacionales.

En primer lugar, y aunque por medio de referencias vagas, se alude a la existencia de un procedimiento reglado de adopción. Sin embargo, tal proceso carece de las necesarias garantías al no existir una verdadera actividad indagatoria por parte de las autoridades del Estado donde van a realizarse las adopciones, en aras de determinar la idoneidad de los adoptantes. Por lo que se infiere del film, los datos aportados por los solicitantes no son objeto de ningún procedimiento de verificación, bastando la mera declaración de los adoptantes (o en el mejor de los casos, la de testigos amigos de los declarantes). De suerte tal que casi cualquier tipo de persona, con independencia de su idoneidad física o mental, estado civil o situación económica, puede concurrir en una adopción y llevar ésta a término. En este mismo sentido, la ausencia de información sobre el menor adoptado también es patente. No se facilita ningún tipo de información fiable sobre su estado físico o psíquico, omitiéndose información relevante sobre la existencia de enfermedades u otros. Esta ausencia recíproca de información, que afecta a los futuros padres y al Estado que tutela los intereses de los menores, pone en peligro el futuro desarrollo personal del menor en su nuevo Estado de acogida.

En segundo término, la autonomía del Estado de adopción para regular sus procedimientos administrativos o judiciales a tal efecto permite la concurrencia de situaciones como la contemplada en la película: la existencia de trámites burocráticos dilatados temporalmente, que no responden a la búsqueda de garantías en la adopción, sino simplemente a formalismos jurídicos y a la pasividad de las autoridades locales. Asimismo, la ausencia de una correcta actuación de las autoridades locales favorece situaciones de fraude y corrupción, como los que son apreciables en la obra. Agentes privados, como el representado por el abogado de la película, acaban decidiendo sobre la mayor o menor celeridad de los procedimientos, teniendo tan sólo

presente la eventual recompensa económica. Todo ello nos lleva al tercero de los aspectos a destacar: el negocio de las adopciones. De esta suerte, las adopciones internacionales acaban por quedar en manos de pequeñas corruptelas que hacen de ellas su negocio. Ante la pasividad colaborativa de las autoridades locales, las adopciones acaban convirtiéndose en un negocio, en el que la mercancía son niños menores de edad y recién nacidos. En consecuencia, las adopciones pueden llegar a ser una verdadera fuente de ingresos por distintas vías para los Estados donde se efectúan, o como en el caso ahora comentado, en su “principal exportación”.

Finalmente, resulta todavía más grave la ausencia de consentimiento que concurre en muchas madres a la hora de abandonar a sus hijos en los orfanatos. La voluntad de los progenitores, sobre todo en el caso de menores de edad, no es tenida en cuenta más que de un modo estrictamente formal, privándoseles del verdadero ejercicio de su patria potestad.

Ante la situación global descrita en la obra cinematográfica, la efectividad práctica del Convenio de La Haya de 1993 queda en entredicho, en la medida en que la falta de uniformización de las legislaciones nacionales, sumada a la aplicación estrictamente formalista de las prescripciones del Convenio, permiten la supervivencia de pequeñas mafias locales que actúan ante la falta de rigurosidad de sus gobiernos. Sin embargo, la necesaria conformidad con la adopción del Estado “receptor”, que garantiza la aplicación de las prescripciones convencionales, permite que situaciones como las anteriores puedan evitarse, aunque ello quedará en manos de las autoridades de dicho Estado.

4. Actividades

Tras una breve exposición del profesor referida a los elementos jurídicamente relevantes de la película, se fomentará el debate entre los alumnos sobre las características de las adopciones que tienen lugar en la obra cinematográfica. Se hará especial hincapié en la concurrencia de los elementos propios del mecanismo del Convenio de La Haya de 1993 en el film, y en la situación descrita en la obra. Finalmente, cada alumno contestará, individualmente y por escrito, a un pequeño cuestionario en relación con lo expuesto y comentado en clase.

5. Lecturas recomendadas, películas relacionadas y sitios web de interés

Lecturas recomendadas

RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M., “La actuación de la administración ante las adopciones internacionales en el marco del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 671-684.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, en *Diario La Ley*, 6908-6910.

GÓMEZ CAMPELO, E., *La Ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*, Reus ed., Madrid, 2009, 196 pp.

Películas relacionadas

La pequeña Lola (*Holy Lola*). Dirección: Bertrand Tavernier; Guión: Tiffany Tavernier y Dominique Sampiero. País: Francia. Año: 2004. Duración: 130 minutos.

Una pareja de jóvenes franceses deseosos de adoptar a un niño inicia un agotador viaje a Camboya. Allí se encontrarán con una realidad muy distinta a la que esperaban, y se ven obligados a buscar por su propia cuenta al menor, ante la pasividad de las autoridades locales y las complicaciones burocráticas.

Sitios web de interés

<http://www.hcch.net>

Página web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, donde es posible acceder al texto de los Convenios y a otras informaciones, como el estado de las ratificaciones, explicaciones complementarias sobre su articulado, y bibliografía internacional relacionada con la materia.

<http://www.mjusticia.es>

Página web del Ministerio de Justicia, en el que podrá accederse a informaciones relativas a los trámites sobre las adopciones internacionales.

Inmigración, violencia y matrimonio concertado en “Oriente es Oriente” (*East is East*)

Carmen Ruiz Sutil

1. Película

TÍTULO

East is East (Oriente es Oriente)

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 1999

País: Reino Unido.

Dirección: Damien O'Donnell

Guión: Ayub Khan-Din

Fotografía: Brian Tufano

Montaje: Michael Parker

Música: Deborah Mollison.

Director artístico: Henry Harris

Producción ejecutiva: Allan J. Wands

Producción: Leslee Edwin

Reparto: Om Puri (George Khan), Linda Bassett (Ella Khan), Jordan Routledge (Sajid Khan), Archie Panjabi (Meenah Khan), Emil Marwa (Maneer Khan), Chris Bisson (Saleem Khan), Raji James (Abdul Khan), Jimi Mistry (Tariq Khan), Ian Aspinall (Nazir Khan), Lesley Nicol (Auntie Annie), Gary Damer (Earnest), Jhon Bardon (Mr. Moorhouse), Emma Rydal (Stella Moorhouse), Ruth Jones (Peggy), Kaleem Janjua (Mullah), Madhav Sharma (Mr. Shah) y Leena Dhingra (Mrs. Shah).

Duración: 95 min.

SINOPSIS

George Khan es un paquistaní orgulloso que reside en Inglaterra desde 1937. El trabajo que realiza es por cuenta propia, concretamente es propietario de una freiduría de pescado y patatas (fish and chips). George está casado con una nacional inglesa que, a pesar de

que ama e intenta honrar a su marido, desea que sus siete hijos sean felices, pero éstos se resisten a mantener algunas costumbres pateras, principalmente la de llevar a cabo un matrimonio concertado. George gobierna a su familia con mano de hierro, actuando de forma autoritaria y, a veces, violenta, pues siente que los suyos deben ser pakistaníes respetables. Los hijos, por su parte, se consideran ciudadanos ingleses, pues han nacido y viven en la localidad británica de Salford, y sólo aspiran a ser como los demás ciudadanos de un mundo moderno que toman sus propias decisiones y eligen personalmente su destino. Entre los hermanos, hay una chica a la que le gustaría ser jugadora de fútbol y no hace más que martirizar al más pequeño, un niño de doce años llamado Sjid que siempre lleva una parka con capucha y al que el padre está empeñado en que le hagan la circuncisión. Uno de los hermanos es el donjuán del barrio; otro, por el contrario, va frecuentemente a la mulá o mezquita para recitar el Corán. El hermano repudiado de la familia por el padre rechaza la celebración de la boda convenida, motivo que se convierte en uno de los temas centrales de la película. Y es que George intenta pertinazmente que dos de sus hijos varones se casen con las hijas de un pakistaní, aunque este objetivo no es alcanzado porque las chicas son físicamente poco agraciadas.

El director de la película ha optado por realizar una comedia con ciertos ribetes dramáticos. Con ello se consigue restar importancia al problema étnico, satirizando la repulsión que algunos británicos sienten por los extranjeros, y potenciar la problemática común que afecta tanto a inmigrantes como a oriundos, dramatizando situaciones que pueden producirse en cualquier entorno familiar. Las escenas referidas a la discriminación racial son presentadas con un disimulado sentido del humor consistente, por ejemplo, en ridiculizar al viejo racista que se manifiesta en contra de los “pakis”. Este vecino tiene una nieta que sale con uno de los hijos de George, mientras que otro de sus nietos tiene como mejor amigo al más pequeño de la familia protagonista, y que se pasa el día imitando las costumbres pakistaníes. Ahora bien, en un intento de posicionarse contra cualquier tipo de discriminación, la película reseña el racismo que sienten los pakistaníes contra los indios. Además de destacar la defensa de la igualdad en este sentido, el eje del film es el drama de una familia con un padre que intenta preservar la tradición familiar por encima de todo. Por ello, uno de los hijos, tras negarse a contraer un matrimonio pactado, decide abandonar el hogar paterno. Preservar la tradición frente al avance de la sociedad no deja de ser un conflicto común en cualquier país del mundo, y especialmente, en cualquier familia británica con

perfil conservador. Entre los personajes, destaca el pequeño Sajid Khan, un muchacho que vive dentro de una vieja parka de la que nunca se despoja. Esta prenda simboliza la necesidad de protección frente a un mundo que le resulta hostil y de la que tan sólo se liberará cuando todos los prejuicios salgan a la luz. Cabe mencionar, asimismo, la labor interpretativa de Linda Bassett, que encarna a la madre, uno de los personajes más interesantes de la película sobre el que gira el desarrollo narrativo de la acción.

2. Temática jurídica

Palabras clave: Matrimonios concertados, integración de la inmigración y violencia de género.

El Reino Unido ha sido desde tiempos inmemoriales receptor de inmigrantes y asilados políticos por diversos motivos. El núcleo neurálgico de esta comedia es la inmigración y los contrastes culturales en una familia de origen pakistaní instalada en tierras británicas, que comienza de un modo magistral: en tan sólo unos segundos, en una breve exposición, el director nos presenta el conflicto principal de la película: la lucha de un padre aferrado a sus costumbres, creencias y cultura por no sentirse traicionado por sus hijos, mientras que éstos luchan por adaptarse a un entorno completamente diferente. Nos encontramos ante el eterno conflicto étnico y cultural al que se ven sometidas las personas que han abandonado su país de origen buscando una vida mejor en otra sociedad de acogida, donde la pérdida de la identidad se manifiesta como un problema constante.

El film transcurre entre el drama y la comedia, por lo que resulta entretenido, sin olvidar la intencionalidad múltiple de la cinta, que no se limita a retratar la vida de una familia inmigrante de la Inglaterra de los años setenta. El director provoca la reflexión en el público sobre la experiencia de una persona de cultura distinta a la del resto o que nace en un país diferente al de sus raíces culturales o religiosas. Con los toques cómicos utilizados se ha querido desdramatizar temas muy serios y actuales, como el conflicto de Cachemira entre India y Pakistán, matrimonios concertados, la circuncisión, el racismo, los inmigrantes de segunda generación, los barrios obreros de las afueras de Manchester, la homosexualidad y su rechazo o la violencia de género y la resignación de la mujer.

3. Comentario del profesor

Los temas dramáticos planteados en la película son demasiado serios y difíciles de combatir, aunque la fotografía de Brian Tufano, dirigida por O'Donnell, que introduce la técnica de la mirada oculta de la cámara, nos permite sentirnos espectadores de un docudrama. Así, Sajid, el hijo pequeño, se convierte en el principal protagonista de ese tipo de mirada, alguna vez desde la grieta (con una forma determinada) de su escondite en el reducido almacén del patio y otras veces desde el interior de la capucha de su parka (prenda que perderá, al igual que su prepucio, para transformarse esta vez en niño occidental). El joven duda sobre si debe seguir las tradiciones de su padre, respetando su condición paquistaní (el hijo de un paquistaní es siempre respetuoso) o, por el contrario, romper con ellas. El movimiento de cámara subraya los acontecimientos vividos por el joven como testigo cómplice con el espectador y nos permite asomarnos tímidamente a las tradiciones de otros lugares, regiones o países, que pueden resultarnos extrañas y sorprendentes.

La temática central de la película sirve para analizar si este tipo de escenarios podrían existir en la sociedad española y cómo resolverlos. En particular, hay varios problemas planteados en la película, como son: los matrimonios concertados y sin consentimiento; la integración de la inmigración o la violencia de género. El Derecho internacional privado parte de la premisa básica que le proporciona el universalismo multicultural, aunque existen ciertos límites que deben ser respetados en los países occidentales y que son traducción de los “valores comunes” de Justicia universalmente aceptados. Pero salvaguardados éstos, es positivo que se aplique un Derecho extranjero o se otorgue validez a una decisión extranjera, con el objetivo de aceptar en la sociedad de acogida los fenómenos e instituciones procedentes de otras culturas y civilizaciones, incluso aunque no se correspondan con las suyas. En cuanto a la institución del matrimonio en Derecho español, hay que señalar que existe un sistema matrimonial único, al que se accede mediante distintas formas de prestar el consentimiento, civiles o religiosas. El consentimiento matrimonial se rige por la ley nacional de cada contrayente conforme al art. 9.1 del Código civil, aunque todas las leyes extranjeras que admiten el “matrimonio concertado” por padres o familiares de los contrayentes, sin que éstos hayan emitido su consentimiento matrimonial, son contrarias al orden público internacional español y por tanto, inadmisibles tal posibilidad.

Por otra parte, las posibles fórmulas comparadas de integración del inmigrante y, sobre todo, una adscripción geográfica o política a un determinado Estado pueden ser simplistas e injustas. No obstante, es interesante señalar las diferencias de modelos existentes en la actualidad. La política de extranjería seguida en el Reino Unido está basada en el modelo pluricultural o liberal que, a diferencia del modelo universalista o nacionalista de la aculturación típico de la política francesa, radica en el respeto a las diversidades culturales. El modelo británico fomenta la autonomía y separación de los grupos étnicos y evita el mestizaje, la interacción, la contaminación cultural. La configuración pluricultural de España y su propia historia política lo aleja tanto de los postulados asimilacionistas del modelo francés como del modelo británico. El modelo español apunta en parte a objetivos interculturales, pero lo hace desde la teoría, porque tendremos que esperar unos años para ver el resultado definitivo. No obstante, en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, aparentemente se pretende mantener este equilibrio a través del “establecimiento de un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio de los derechos fundamentales”.

Para finalizar, nos detenemos en el fenómeno de la violencia de género, que viene deparando a todas las sociedades desagradables sorpresas, convirtiéndose en una prioridad para los Estados frenarla. Por eso, en las sociedades de talante democrático, donde priman los valores de respeto, tolerancia, justicia, participación e igualdad, los Poderes Públicos desarrollan una labor tendente a dar respuesta a tan grave y doloroso problema, reaccionando desde todos los frentes, (jurídico, social, sanitario, asistencial, etc), con actuaciones que persiguen su prevención, su erradicación y la protección de la víctima. En la actualidad, los ciudadanos están muy sensibilizados con quien sufre malos tratos habituales y piden una respuesta enérgica y severa, a diferencia de las décadas anteriores, como los años setenta donde transcurre la trama de la película. Sin embargo, en ocasiones, el concepto mismo de violencia de género no está bien definido y se confunde con el de violencia doméstica o simplemente violencia, por lo que la lucha contra aquella puede resultar menos eficaz de lo que se pretende. En España, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género se toma como ejemplo de la importancia que tienen las diferentes definiciones y el ámbito al que se aplica cuando se trata de luchar contra la violencia contra las mujeres. Por ser una ley integral, no contempla

únicamente el castigo a los maltratadores y la ayuda o protección a las víctimas, sino que es una norma ambiciosa que pretende combatir esta violencia desde todos los ángulos posibles. El objeto de la Ley integral es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombre sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1 de la Ley). De esta manera, se trata de dar una respuesta global a la violencia que se ejerce contra las mujeres, abarcando los aspectos preventivos, los educativos, los sociales, los asistenciales y los de atención posterior a las víctimas, sin olvidar la respuesta punitiva que deben recibir estas manifestaciones de violencia y las medidas cautelares y definitivas de protección a la víctima. Además, contempla la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones.

En lo que se refiere a las penas que se imponen a los maltratadores, la Ley consigna el uso de la discriminación positiva, lo que no es muy habitual en materia penal. Así, se impone el agravamiento de las penas que ya existían por violencia de género, pero sólo en el caso de que el agresor sea varón y la víctima una mujer con la que tiene o ha tenido una relación afectivo-sexual. Concretamente se reforman los artículos 153.2, 171.4, 172.2 y 148.2 del Código Penal que pasan a aumentar las penas en relación a los delitos de violencia, lesiones o amenazas en el caso de que el agresor sea un varón que ejerce violencia contra una mujer que es o ha sido su pareja. Si se produce una agresión en el ámbito doméstico por parte de una mujer contra otra mujer, contra un varón, un hijo o hija, un anciano o anciana, una persona dependiente..., o bien una agresión de un varón contra otra persona que no sea una mujer, en estos casos las penas que se aplican son las que ya existían en el Código Penal contra estos delitos, pero no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley integral. Por tanto, la Ley integral no combate toda la violencia doméstica, ya que no se incluye en el concepto de violencia de género la que pueda producirse en parejas homosexuales, ni la que pueda producirse contra diferentes miembros de la familia (hijos, padres, personas dependientes...). Estos argumentos críticos producen daño a los intentos de atajar desde las instituciones el feminicidio y la violencia de género, además de confundir el concepto de violencia de género.

En mayo de 2005, el Tribunal Constitucional avaló por siete votos a cinco la constitucionalidad de la Ley integral, porque la aplicación de la misma era compatible con el principio de igualdad consagrado en la

Constitución española. La doctrina del Tribunal Constitucional declara que la Ley integral no es contraria al artículo 14 de la Constitución y proclama que “los tratos diferenciados a favor de las mujeres con el fin de corregir desigualdades de partida, de eliminar situaciones discriminatorias, de conseguir resultados igualadores y de paliar la discriminación sufrida por el conjunto social de las mujeres”. Todo ello puede lograrse “mediante un derecho desigual igualitario, lo que, ante prácticas sociales discriminatorias, constitucionalmente es exigible al Estado social asegurar la efectividad de la igualdad entre los sexos”.

Desde el pasado 11 de mayo de 2012, el *Convenio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* del Consejo de Europa ha sido firmado por trece países, incluida España. El texto del Convenio europeo es fruto del compromiso entre dos visiones de la violencia en el ámbito doméstico: la de los que consideran que el término se refiere exclusivamente a aquella violencia en la que la mujer es la víctima, ya que este fenómeno la afecta desproporcionadamente, y la de los que juzgan que es aplicable a cualquier miembro de la familia que la padezca¹. Las definiciones de “violencia contra las mujeres” y “violencia doméstica” del título del Convenio, e incluso el sentido que aporta que ambas expresiones queden unidas por la conjunción “y”, han tenido que ser concretadas en el artículo tercero de este nuevo Convenio. Nos encontramos en un momento en el que el significado de los vocablos “violencia contra la mujer”, “violencia intrafamiliar”, “violencia familiar”, “violencia doméstica”, “violencia de la pareja” y otros similares, ha de ser aclarado continuamente ya que con frecuencia son invadidos por el alcance de

¹ Artículo 3 – Definiciones. A los efectos del presente Convenio: a) por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; b) por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima; c) por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres; d) por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada; e) por “víctima” se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b; f) el término “mujer” incluye a las niñas menores de 18 años.

la voz “violencia de género”, que sin embargo está ausente en el título de este nuevo Convenio. En lo que respecta a los individuos que cada Estado se compromete a proteger, es ambiguo y queda sujeto al desarrollo que cada Parte quiera realizar (se debe tener en cuenta que en la mayoría de los Estados existe una legislación sobre la familia y no una específica sobre la violencia contra la mujer). Y, por último, la actuación del grupo de expertos encargado de evaluar su implementación (GREVIO), cuyos miembros todavía no han sido designados, será muy importante para la consolidación de su interpretación.

En definitiva, el legislador español todavía sigue considerando la necesidad de una acción específica para luchar contra la violencia contra las mujeres y no contra cualquier violencia. Ello no deja desasistidas ni supone un trato injusto a las víctimas de cualquier tipo de violencia. No obstante, al aprobar la Ley integral, el Estado reconoce que la violencia contra las mujeres no se parece a ninguna otra violencia, ni siquiera a la violencia doméstica, pues la primera tiene un carácter estructural y está determinada por factores de desigualdad histórica.

En cuanto a la víctima de la violencia de género de nacionalidad extranjera, se han tomado medidas en la última reforma de la Ley de Extranjería, introduciendo el artículo 31bis para las víctimas irregulares, desarrollado en los preceptos 131 a 134 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

Tras la exposición de la película, el profesor realizará una serie de comentarios y forzará un debate que permita al alumno centrarse en los problemas de carácter jurídico-social reflejados en la película

Elementos de debate

¿Todas las formas de matrimonio, incluso las provenientes de las distintas culturas, son igual de respetuosas con los derechos de las mujeres?

¿Cuáles son las costumbres que se vislumbran en la película que no son compatibles con los distintos principios de la Declaración Universal?

¿Por qué en los países occidentales las mujeres han conseguido una libertad que no tienen las mujeres de otros países y culturas?

¿Cuál es la reacción de la mujer de George Khan y de los hijos ante los malos tratos? ¿Cómo se debe reaccionar ante una situación de este tipo? ¿Se trata igual dicha problemática cuando la víctima es extranjera?

La película combina dosis bastantes equilibradas de comedia y de drama: ¿es una buena fórmula para acercar temas tan complejos como las dificultades que surgen durante los procesos de integración de los inmigrantes?

5. Lecturas recomendadas y sitios webs de interés

Bibliografía

BORRÁS RODRÍGUEZ y MERSINNI, F., *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut CATALA de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009.

DIAGO DIAGO, P., “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, págs. 143 ss.

ESPINAR VICENTE, J. M^a., “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (Melilla, 6-9 de abril de 1999), Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, págs. 36 ss.

MAESTRE CASAS, P., “Multiculturalidad e internalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, en CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE ÁNGEL, J. L. (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, págs. 195 ss.

ELBAZ, M. y HELLY, D. (dirs.), *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Editorial Maristán, Granada, 2002.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, México, 2005.

ALSAYYAD, N. y CASTELLS, M. (eds.), *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, Alianza editorial, Madrid, 2003.

ROY, O., *El islam mundializado. Los musulmanes en la era de la globalización*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2003.

BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, 9ª edic., Paidós, Barcelona, 2002.

DE LUCAS, J., *Globalización e identidades*, 1ª edic., Icaria&Antrazyt, Barcelona, 2003.

AA.VV., *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2003.

BERGER, P.L. y HUNTINGTON, S.P., *Globalizaciones múltiples. La diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 2002.

RUIZ SUTIL, C. y RUEDA VALDIVIA, R. (eds.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Sevilla, 2008.

RUIZ SUTIL, C., “Comentarios a los artículos 31 y 31bis de la Ley de Extranjería”, en F. CAVAS MARTÍNEZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 499-546

Sitios web de interés

www.aragon.es/san/cineysalud/descargas/orienteprofe.pdf

www.aragon.es/san/cineysalud/descargas/orientealumno.pdf

Multiculturalidad, globalización e inmigración en “The Honeymoons”

José Joaquín Vara Parra

1. Película

TÍTULO

The HoneyMoons

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2007

País: Albania y Serbia

Dirección: Goran Paskaljevic

Producción: Nova Film. SKA-NDAL Productions. Beograd Film

Guión: Goran Paskaljevic y Genc Permeti

Música: Velibor Hajdukovic y Branko Neskovic

Elenco: Nebojsa Milovanovic, Jelena Trkulja, Jozef Shiroka, Mirela Naska, Bujar Lako.

SINOPSIS

Con la esperanza de tener un futuro mejor, dos jóvenes parejas, albanesa y serbia, pretenden iniciar una nueva vida en Italia y Austria, respectivamente. Sin embargo, pese a tener los visados en regla, surgen los problemas a la llegada a Italia y en la frontera de Hungría.

2. Temática jurídica

Palabras clave: globalización, extranjería, inmigración, seguridad, derechos humanos, xenofobia, racismo, multiculturalidad.

La acción de la película aborda una compleja temática de viva actualidad: la emigración desde terceros países hacia Estados miembros de la Unión Europea y toda la problemática que, a partir de aquí, se deriva en campos tan variados como el Derecho de extranjería, señaladamente por lo que se refiere al acceso y al tránsito por las fronteras territoriales de los países y su contrapeso cifrado en las regulaciones europeas y nacionales en materia de seguridad pública; la multiculturalidad de la sociedad moderna con el efecto colateral negativo de las actitudes xenófobas y racistas y, finalmente, la globalización entendida como trasfondo general y fenómeno aglutinador de los aspectos particulares tratados magistralmente por el director de la película.

Asimismo, conviene señalar que, sin perjuicio de la concepción amplia del Derecho internacional privado que incluye el Derecho de extranjería dentro del contenido de la citada disciplina jurídica, lo cierto es que los aspectos tratados en el film, tales como la globalización, la multiculturalidad y la cooperación jurídica internacional que subyace tras la figura del visado, constituyen aspectos o incluso presupuestos de la citada asignatura.

3. Comentario

Los temas jurídicos que introduce el film, así pues, lo que podríamos llamar la “estructura jurídica” de la película es la siguiente. El punto de partida que, además, inunda toda la trama, es la globalización económica. A continuación, el director de la obra cinematográfica propone al espectador un debate entre dos valores jurídicos: el acceso y el tránsito por las fronteras territoriales de los países y las restricciones derivadas de las regulaciones jurídicas en materia de seguridad interna. Finalmente, hay dos elementos o, más bien, dos efectos derivados de la realidad sociológica tratada en la película, uno positivo, la multiculturalidad de la sociedad moderna actual y otro negativo, la xenofobia y el racismo.

I. La globalización

La interdependencia y la globalización de la economía constituyen los elementos o factores económicos que explican, desde la óptica referida, el Derecho internacional privado actual. En efecto, hoy en día las economías nacionales, -en el caso de la película, la italiana y la austriaca,- no se explican en cuanto tales (razonamiento que llevado al extremo conduciría a la autarquía) sino como participantes de la

economía mundial. La internacionalización de la economía se ha acelerado vertiginosamente en los últimos 25 años con el fuerte incremento de las inversiones internacionales, la deslocalización de la producción y el desarrollo de las empresas multinacionales. El proceso de aceleración de la revolución industrial, el desarrollo de los medios de comunicación y la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación han producido como efecto inevitable la apertura de las diferentes economías nacionales a la sociedad internacional mundial. Como consecuencia de cuanto precede cabe afirmar que la política económica de los Estados, incluso de los más poderosos, como es el caso de Italia y Austria, no puede quedar limitada y reducida prescindiendo de la dimensión internacional.

II. Derecho de extranjería

Básicamente el Derecho de extranjería es un producto normativo del legislador estatal. Así se explica que el tratamiento otorgado a los extranjeros no sea igual en todos los Estados, pues depende de los particularismos jurídicos, -y de la coyuntura,- de cada país. Dicho esto, y ante la falta de practicidad, a efectos didácticos, de proseguir la presente actividad con el estudio del Derecho de extranjería italiano, húngaro y austriaco, -tal como propone la película,- procede centrar el estudio en el Derecho de extranjería español. Ahora bien, España, además de Estado soberano, es, -al igual que Italia, Hungría y Austria,- Estado miembro y frontera exterior de la Unión Europea, lo que se traduce en una fuerte incidencia del Derecho comunitario en el Derecho de extranjería español. En efecto, forma parte de las políticas comunitarias la relativa a “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (Título IV de la Tercera Parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

De este modo, por un lado, cabe señalar que el marco jurídico de referencia de los derechos y libertades de los extranjeros en España se contiene en la Ley Orgánica nº 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sin embargo, esta normativa fue modificada en el mes de diciembre del año 2000 por la Ley Orgánica nº 8/2000, de 22 de diciembre. Y en aplicación de la Disposición final segunda de la L.O. nº 8/2000 se promulgó el Real Decreto nº 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la L.O. nº 4/2000. Y, por otro, se ha promulgado el Real Decreto nº 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y

residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, en vigor desde el 2 de abril de 2007, así como el Real Decreto n° 1161/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el mencionado Real Decreto n° 240/2007. Finalmente, cabe advertir que el Derecho de extranjería es una normativa en extremo dinámica y cambiante: a tal efecto, y a fecha de redacción del presente texto, se ha aprobado, el 26 de noviembre de 2009, en el Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la L.O. n° 4/2000.

III. Multiculturalidad

Desde un punto de vista sociológico y cultural, el Derecho internacional privado aparece muy condicionado por los cambios demográficos en la población mundial, en concreto debido a los movimientos migratorios masivos y a la creciente internacionalización de la mano de obra. Se trata de consecuencias sociológicas y culturales, -no sólo económicas,- del fenómeno de la globalización. Así, en Europa occidental, -en lo que aquí interesa destacar, Italia y Austria,- la llegada de importantes contingentes de población proveniente, -en el caso concreto retratado por la película, de la Europa central extracomunitaria (Albania y Serbia)- multiplica la presencia de extranjeros en los países más desarrollados y, por ende, multiplica la transformación de las sociedades, otrora homogéneas y nacionales, en profundamente abiertas y multiculturales.

4. Actividades

El alumno ha de enfrentarse y tomar posición en relación al debate que propone el director de la película. Para ello cabe suministrar, además de los datos anteriores, las siguientes ideas o herramientas:

1) ¿Qué papel tiene la cooperación jurídica internacional en la trama principal de la película? ¿Se pueden calificar las actitudes personales de la policía de fronteras como vulneradoras de esa cooperación?

La cooperación internacional intergubernamental o interestatal es hoy uno de los factores políticos o elementos políticos fundamentales que explican el DIPrivado actual.

Hay dos grandes manifestaciones de la cooperación jurídica internacional que son el DIPrivado convencional, esto es, la elaboración de tratados y convenios internacionales por los propios Estados sobera-

nos y el DI Privado institucional, cuyo más prominente ejemplo es la Unión Europea. La Organización internacional más importante es la UE, lo que da paso al fenómeno de la integración comunitaria europea. Este Derecho internacional privado institucional o "Derecho internacional privado de la integración" se preocupa por el buen funcionamiento del mercado interior garantizando las libertades comunitarias de circulación de personas, trabajadores, servicios, mercancías y capitales.

Ahora bien, no debe verse la cooperación jurídica internacional como la panacea capaz de resolver todos los problemas internacionales del tráfico privado externo. En efecto, como señalan los Profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, los resultados o los logros de la cooperación internacional tienen límites como las diferencias culturales, los conflictos de civilizaciones, las desigualdades económicas y sociales, etc.; límites que dificultan la labor de las Organizaciones internacionales o la promulgación y ratificación de tratados internacionales: en lo que aquí interesa destacar, convenios internacionales sobre supresión del visado o sobre facilidades para el acceso o el tránsito a través de las fronteras territoriales de los países.

Ideas-fuerza:

- a) Según los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo "en nuestros días el tráfico externo debe atender a los resultados de la cooperación institucionalizada".
- b) La distinción entre hipótesis intracomunitarias y extracomunitarias: Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, Acuerdo UE-AELC (Suiza, Islandia y Noruega).
- c) La inmigración produce riqueza para los países desarrollados de acogida: eleva el nivel de vida, incrementa la producción y el comercio de bienes y servicios.

2) ¿Es posible hacer frente a la problemática que introduce la película a través del recurso a los Derechos Humanos? ¿Cuál sería el resultado en este caso concreto?

Ideas-fuerza:

- a) Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de la Organización de las Naciones Unidas:

“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

b) La protección internacional de los Derechos Humanos: los Derechos Humanos y la protección por la vía diplomática.

3) ¿Cómo conciliar la entrada legal de un extranjero de un tercer país en España y la aplicación de las leyes de policía y seguridad pública?

Ideas-fuerza:

a) Regulación legal sobre entrada de extranjeros en España: el Capítulo 1 del Título II de la Ley de extranjería (arts. 25 a 27).

Artículo 26. Prohibición de entrada en España: “2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo (Artículo redactado conforme a la Ley Orgánica nº 8/2000, de 22 de diciembre).

b) Regulación legal de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador: el Título III de la Ley de extranjería (arts. 50 a 66).

Artículo 60. Efectos de la denegación de entrada: “2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”.

5. Lecturas recomendadas, películas relacionadas y sitios web de interés.

Lecturas recomendadas.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: Derecho internacional privado, Madrid, 2009, quinta edición, Tema I, págs. 21-41.

ABARCA JUNCO, A. P. (Dir.): Derecho internacional privado, Madrid, 2004, Volumen I, págs. 295-321 y 335-343.

Ley Orgánica nº 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 10, de 12 de enero de 2000; c.d.e. en BOE nº 20, de 24 de enero.

Películas relacionadas

La terminal (The terminal). Dirección: Steven Spielberg. Guión: Sacha Gervasi y Jeff Nathanson; basado en un argumento de Andrew Niccol y Sacha Gervasi. País: EE.UU. Año: 2004. Duración: 128 minutos.

La terminal cuenta la historia de Viktor Navorski. Mientras viaja a los Estados Unidos para visitar la ciudad de Nueva York, se produce un golpe de estado en su país de origen del Este de Europa. Como consecuencia de ello, Viktor dispone de un pasaporte no reconocido internacionalmente y no tiene autorización para entrar en los Estados Unidos.

Territorio prohibido (Crossing over). Dirección y Guión: Wayne Kramer. País: EE.UU. Año: 2009. Duración: 113 minutos.

La película trata sobre la inmigración ilegal en los Estados Unidos. Diferentes personajes de distintas personalidades siguen diferentes caminos para conseguir el ansiado permiso de residencia, desde el proceso de visado hasta las repatriaciones y el peligroso cruce de la frontera.

Sitios web de interés

<http://extranjeros.mtas.es/es/index.html>

Página web de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fr ee_movemet_of_persons_asylum_immigration/jl0001_es.htm

Espacio web dedicado a la política común europea de inmigración para Europa.

<http://www.es.amnesty.org/temas/refugio-e-inmigracion/>

Amnistía Internacional aboga por la protección y la promoción de los derechos humanos de las personas refugiadas, solicitantes de asilo, inmigrantes y desplazados internos.

<http://www.inmigrantesenespana.com>

Blog dedicado a los inmigrantes que viven en España.

El turismo “divorcista” y el *forum shopping* en “That Uncertain Feeling”

José Joaquín Vara Parra

1. Película

TÍTULO

That Uncertain Feeling

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 1941

País: Estados Unidos

Dirección: Ernst Lubitsch

Producción: United Artists

Guión: Donald Ogden Stewart

Música: Werner R. Heymann

Fotografía: George Barnes (B&W)

Reparto: Merle Oberon, Melvyn Douglas, Burgess Meredith, Alan Mowbray, Olive Blakeney, Harry Davenport, Sig Rumann, Eve Arden

Duración: 84 min.

SINOPSIS

Tras seis años de convivencia marital, la rutina y el absorbente trabajo del marido desembocan en la petición de divorcio de su esposa.

2. Temática jurídica

Palabras clave: turismo divorcista, “forum shopping”, conflicto de leyes, conflicto de jurisdicciones, *lex fori*, Derecho interregional, Estados plurilegislativos.

La trama de la película aborda un tema de viva actualidad: el turismo divorcista. Cónyuges que, una vez que han decidido divorciarse, se desplazan artificialmente a otro país o a otra unidad territorial política dotada de su propia organización jerárquica judicial y de su propio Ordenamiento jurídico, en la búsqueda de la mayor facilidad en la obtención de la sentencia de divorcio. Excusado es decir que esta actividad defraudatoria sólo se podrá realizar manipulando los dogmas y los principios más básicos sobre los que se construye el “conflicto de leyes” y el “conflicto de jurisdicciones”, tanto en el Derecho interregional como en el Derecho internacional privado. Pues bien, dicha actividad recibe el nombre de “forum shopping”, cuyo concepto, estructura y elementos serán desgranados al hilo de la acción de los protagonistas de la película.

Asimismo, conviene advertir que, sin perjuicio de la concepción que excluye el Derecho interregional del contenido y del régimen jurídico de soluciones del Derecho internacional privado, constituye un lugar común en la doctrina científica iusinternacionalprivatista¹ la asimilación plena, clara y diáfana del pluralismo jurídico y del pluralismo jurisdiccional que se observa en los Estados que adoptan la forma política de una Federación, -cuyo ejemplo más emblemático es el de los Estados Unidos de América,- con los que se originan en el tráfico privado externo merced al efecto perturbador de la frontera territorial que divide a los países soberanos de sus homólogos. Así pues, las notables enseñanzas y las magníficas aportaciones de esta película interesarán también a la asignatura del Derecho internacional privado.

3. Comentario del profesor

I. El turismo divorcista

Movidos por su deseo de poner término a su matrimonio, los protagonistas de la película acuden al despacho de un abogado en busca de su buen consejo jurídico sobre el particular.

Dada la residencia, -pacífica y natural de los cónyuges,- en la ciudad de Nueva York, capital del Estado federado de Nueva York, el análisis del abogado se centra naturalmente en el contenido sustantivo o material del Ordenamiento jurídico del referido Estado federado, cuya Ley de Divorcio exige, como causa de divorcio, una prueba de adulterio.

¹ Por toda ella véase Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Madrid, 2009, págs. 28 y 139-140.

De este modo, en cumplimiento de este requisito legal, esposa y marido pactan que sea éste último quien aporte dicha supuesta “prueba de adulterio”.

Ahora bien, la imagen deteriorada ante la sociedad que dejará en la esposa la “prueba de adulterio” del marido hace que aquélla proponga su propia “prueba de adulterio”. Pero, por idénticas razones, el marido se opondrá a esta segunda solución.

Pues bien, es ahora, una vez descartado el Derecho del Estado de Nueva York, cuando hace acto de aparición la figura jurídica iusinternacionalprivatista del “forum shopping”.

En efecto, es entonces cuando los cónyuges, hábilmente conducidos por el abogado, se esfuerzan por identificar un Ordenamiento jurídico de un Estado federado de los Estados Unidos, que, por su contenido sustantivo o material, se adecue caprichosamente a sus circunstancias e intereses personales.

En esta nueva dinámica, la primera posibilidad planteada por el perspicaz jurista es la del Derecho del Estado federado de Nevada (Reno) famoso -*vox populi*- por sus extremas facilidades tanto para contraer matrimonio como para disolver el vínculo conyugal. No obstante, la referencia explícita del abogado a algo obvio, esto es, que dicho Estado federado se encuentra en el Oeste traslada, por ahora tácitamente al espectador, la idea de que si bien la búsqueda o la consecución del “forum shopping” aparece protagonizada por la manipulación del contenido de un Ordenamiento jurídico, no obstante, no es menos cierto que también aparece mediatizada por un notable valor económico o pecuniario: el coste del traslado de la residencia habitual del demandante del procedimiento de divorcio.

Esta alusión, inicialmente tácita, al concepto de residencia habitual del actor termina por hacerse explícita en la discusión de la siguiente posibilidad: el Ordenamiento jurídico del Estado federado de Pensilvania. Este Estado federado es limítrofe y, por ende, próximo al Estado de Nueva York. Pues bien, es menester aclarar que con esta alusión al índice de localización de la residencia habitual del actor termina por completarse la estructura y la operatoria práctica de la figura jurídica del “forum shopping”.

Al consultar el abogado el Ordenamiento jurídico del Estado de Pensilvania, los protagonistas de la película hallan al fin -en el contenido sustantivo o material de sus disposiciones sobre divorcio - la causa de divorcio que se amolda a sus intereses y expectativas

personales: “el cónyuge inocente puede conseguir el divorcio si demuestra que el otro cónyuge, por sus tratos crueles y bárbaros, ha hecho que la vida resulte insoportable para el cónyuge inocente”.

Aceptada esta solución sustantiva o material o, mejor dicho, esta manipulación del mundo del Derecho merced a la figura del “forum shopping”, sólo resta poner en práctica dicha estrategia. Pues bien, es en este momento en el que cobra toda su relevancia el índice de atribución de la residencia habitual de la parte actora, cuando el abogado interroga a la esposa sobre la necesidad de fijar su residencia habitual en la ciudad de Filadelfia.

Efectivamente, va de suyo que esta pretensión de manipulación del Ordenamiento jurídico, que está en la base del “forum shopping”, si se quiere exitosa en la práctica, ha de ir acompañada necesariamente de otra manipulación: la de los foros o criterios de atribución de la competencia judicial a los Tribunales de un determinado Estado federado que habrán de conocer del procedimiento de divorcio. Huelga señalar que dicho Estado federado se corresponderá con aquel que previamente ha sido elegido en la discusión acerca de su contenido sustantivo o material como el más inclinado o proclive a los deseos y expectativas personales de las futuras partes litigantes, para la ocasión, el Estado federado de Pensilvania. Así pues, por consiguiente, la necesidad de fijar la residencia habitual en la ciudad de Filadelfia responde a la necesidad de atribuir así, de esta forma artificial, la competencia a las autoridades judiciales del Estado de Pensilvania quienes aplicarán, para la resolución del litigio que nos ocupa, esto es, el divorcio de los protagonistas, su *lex fori*, es decir, el Derecho vigente en su Estado federado, que previamente ha recibido el propio “visto bueno” de los interesados.

En conclusión, -y gracias al genial guión de Donald Ogden Stewart,- queda claro en la propia película que el “forum shopping” consiste en la manipulación de los Ordenamientos jurídicos en presencia (=manipulación del conflicto de leyes) merced a la manipulación inicial de la competencia de los Tribunales del lugar de vigencia de dichos Ordenamientos jurídicos (=conflicto de jurisdicciones).

II. El principio de la aplicación sistemática de la *lex fori* por los Tribunales norteamericanos en litigios de Derecho de familia

Conviene advertir al lector que la conocida cultura pragmática anglosajona llega incluso a penetrar en el estricto ámbito jurídico del *Common Law*: hasta el punto de que valores materiales como los gastos de tiempo y de dinero impiden a los jueces norteamericanos aplicar en litigios de Derecho de familia, ya de Derecho interregional, ya de Derecho internacional privado, otro Ordenamiento jurídico que no sea el suyo propio, esto es, el Derecho que mejor conocen y con el que pueden impartir la mejor justicia en el menor tiempo y con los menores costes posibles para los interesados. La norma de conflicto de leyes es, así, clara, simple y evidente: aplicación sistemática del propio Ordenamiento jurídico del foro concededor de la controversia (lo que se denomina la *lex civilis fori*). Esto es algo que se da por sentado en la película, en el autor del guión y en la acción, en los diálogos y en los razonamientos del abogado de la película. Y esto es lo que permite, en la película y en el fenómeno real del turismo divorcista en los Estados Unidos, resolver el litigio comenzando por el conflicto de leyes, cuando el orden lógico y normal en la presentación y en la solución de los problemas de un litigio de tráfico privado externo obliga a comenzar por la determinación de la competencia judicial internacional².

4. Actividades del alumno

1. Una vez dictada la sentencia de divorcio en la ciudad de Filadelfia (Estado federado de Pensilvania), los interesados querrán trasladar sus efectos constitutivos y registrales al Estado de Nueva York: habrán de proceder, en consecuencia, al exequátur de la decisión. ¿Concederán las autoridades neoyorquinas ese exequátur?

A tal efecto, para servir de canal de argumentación, cabe suministrar una notable herramienta de trabajo que es la siguiente disquisición de los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo: “El control de la competencia judicial internacional en el régimen común se conecta, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el concepto de fraude. En principio, el Tribunal Supremo valora los indicios de proximidad con el Tribunal de origen de forma abierta, procediendo a conceder el

² Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *op. cit.*, pág. 24 y párrafo n° 28 de la pág. 50.

exequátur si dichos indicios no conducen a una sospecha razonable de *forum shopping* asociada al fraude de ley. En ciertos casos, especialmente en materia de divorcio, el Tribunal Supremo procede a denegar el exequátur por considerar que la proximidad con el país del Estado requerido no es suficiente y encierra razonablemente una intención fraudulenta; así, por ejemplo, cuando el domicilio conyugal se encuentra en España, y las partes obtienen la sentencia de divorcio en Cuba o la República Dominicana, lugar donde se ha celebrado el matrimonio e, incluso, de la nacionalidad de uno de los cónyuges”³.

2. A) ¿Se podría dar este supuesto de “forum shopping” en el seno de la Unión Europea?

A tal efecto, conviene advertir que el artículo 3.1.a) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental contiene hasta siete foros de competencia judicial internacional alternativos en materia de divorcio: residencia habitual de los cónyuges, última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos aún reside allí; residencia habitual del demandado; en caso de divorcio consensual, residencia habitual de cualquiera de los cónyuges; residencia habitual del demandante si ha residido allí durante un año anterior a la presentación de la demanda; residencia habitual del demandante de seis meses si ese lugar se corresponde con el Estado miembro de su nacionalidad y Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges.

2. B) ¿Tendrá alguna incidencia en esta materia la reciente promulgación de un Reglamento comunitario en materia de ley aplicable al divorcio? A la vista de la película y de las informaciones vertidas en esta ficha, ¿cuál es la ratio de la futura promulgación de ese Reglamento?

³ Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *op. cit.*, pág. 231.

5. Lecturas recomendadas, películas relacionadas y sitios web de interés

Lecturas recomendadas

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Madrid, 2009, quinta edición, Tema I, págs. 24 y 28; Tema II, pág. 50; Tema III, págs. 139-140 y Tema IV, pág. 231.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley*, nº 5944, 30 de enero de 2004.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Algunas consideraciones sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003 en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, año 2004, págs. 261-285.

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DOUE, núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010. Se regula por primera vez a nivel europeo el Derecho aplicable en materia de crisis matrimoniales. Ahora bien, se trata de un instrumento aprobado por el mecanismo de la cooperación reforzada en la que participan actualmente Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia. A partir del 21 de junio de 2012 no variará el Derecho que se aplique a las demandas de separación judicial o divorcio, sea cual sea el país en el que se presente la demanda (siempre que sea un país que participa en la citada cooperación reforzada).

Películas relacionadas

“El alegre divorciado”. Dirección: Pedro Lazaga. Guión: Vicente Coello, Mariano Ozores, Alfonso Paso (Obra: Pedro Muñoz Seca,

Pedro Pérez Fernández). País: España. Año: 1976. Duración: 91 minutos.

Durante el antiguo régimen, un matrimonio de españoles viaja a México, donde discuten y llegan a pensar en divorciarse.

“Yuki y Nina”. Dirección: Nobuhiro Suwa, Hippolyte Girardot. Guión: Nobuhiro Suwa, Hippolyte Girardot. País: Francia y Japón. Año: 2009. Duración: 92 minutos.

Cuando Yuki, una niña franco-japonesa de 9 años, se entera de que sus padres se separan, comprende que deberá irse con su madre a Japón. Además de separarse de su padre, este exilio la obligará a dejar a Nina, su única amiga.

Sitios web de interés

http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf

Guía práctica para la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 elaborada por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

http://www.laweuropa.com/Spanish/index.php?d=topluluk&mod=AB_Esp_Topluluk_9_6

Página web sobre aspectos jurídicos en la Unión Europea, donde se contiene un análisis detallado del Reglamento “Bruselas IIbis”.

<http://www.legalsolo.com/buscar/reglamento-roma-iii>

Análisis de la doctrina científica española sobre el recientemente promulgado Reglamento “Roma III”.

La relevancia del elemento “extranjería” en el Derecho internacional privado. “Route Irish”

José Joaquín Vara Parra

1. Película

TÍTULO

Route Irish

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2010

País: Reino Unido

Dirección: Ken Loach

Producción: Sixteen Films. Why Not Productions. Wild Bunch. Les Films du Fleuve. Urania Pictures. Tornasol Films. Alta Producción. France 2 Cinéma. Canal +. France Télévisions. Cinécinéma. Sofica UGC1. Diaphana Distribution. Cinéart. Canto Bros Productions. Vision Media.

Guión: Paul Laverty.

Música: George Fenton

Elenco: Mark Womack. Andrea Lowe. Sarah Ryan. Chris Menges. Tim Cole.

Duración: 109 min.

SINOPSIS

Fergus y Frankie son amigos desde la infancia. Fergus formó parte de las fuerzas especiales británicas SAS (Servicio Aéreo Especial), donde adquirió conocimientos especializados en materia de seguridad en escenarios de guerra. Más tarde Fergus decidió dejar el SAS, formar su propio equipo de escolta y seguridad y emplear sus conocimientos en la más lucrativa actividad privada. Ante la falta de perspectivas económicas y profesionales en el Reino Unido para su amigo Frankie, Fergus consigue convencerle para que forme parte de su equipo en Bagdad durante la Guerra de Irak.

2. Temática jurídica

Palabras clave: contrato, prestación laboral, globalización, relaciones jurídicas internacionales, elemento de extranjería, Derecho internacional privado.

La historia contada por el Director en su film constituye una interesante oportunidad para reflexionar y profundizar en la incidencia del propio elemento de extranjería o de internacionalidad, -que está en la base y hasta en la justificación misma de la existencia de la disciplina jurídica del Derecho internacional privado,- a la hora de identificar y suministrar el régimen jurídico regulador del supuesto de hecho recogido en la acción de la película.

La tecnología actual de los medios de comunicación y de transporte de personas y objetos facilita enormemente la globalización de la economía y el compromiso de relaciones jurídico-contractuales dotadas de un componente de internacionalidad. Pues bien, esa variable de la tecnología se muestra capaz de afectar a los mismos cimientos sobre los que tradicionalmente ha descansado el Derecho internacional privado: el elemento distorsionador de la frontera territorial capaz de introducir la discontinuidad y la inseguridad jurídica en las relaciones jurídicas internacionales. En efecto, el interrogante que propone la película a la referida disciplina jurídica es el siguiente:

¿Hasta qué punto la realización de una prestación laboral en un país extranjero hace internacional un contrato de trabajo pactado entre partes contratantes con nacionalidad, domicilio y residencia habitual en un mismo Estado?

3. Comentario del profesor

Para estar en condiciones de asumir y responder a ese interrogante cabe partir, -en la concreta materia introducida por la película, que se proyecta en el corazón del Derecho internacional privado,- de una premisa básica. A continuación, conviene analizar el peso específico del elemento de internacionalidad o de extranjería al calor del principio general de los vínculos más estrechos, también denominado principio de proximidad. Este último estudio exigirá, como acaba de ser indicado, un examen de la relevancia del propio elemento de internacionalidad en el contexto fáctico propuesto en el film y, más allá, con

carácter general en otras hipótesis que introduce esta realidad de viva actualidad.

I. Premisa básica: la internacionalidad del Derecho internacional privado

Tal como señalan los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, las relaciones jurídicas internacionales constituyen el objeto del Derecho internacional privado. Tales relaciones jurídicas internacionales se definen, por oposición a las relaciones jurídicas meramente internas, estatales o nacionales, por la presencia de un elemento extranjero o internacional. Elementos subjetivos o personales presentes en la relación jurídica, tales como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de, por ejemplo, las partes contratantes, y elementos objetivos pertenecientes a la relación jurídica, como, por ejemplo, el lugar de radicación del bien mueble o inmueble objeto del contrato, el lugar de celebración o de ejecución del contrato, etc., se muestran capaces de introducir la referida nota de la internacionalidad. Pues bien, en principio, todas las relaciones jurídicas que introducen un elemento de internacionalidad o de extranjería constituyen el objeto de regulación del Derecho internacional privado, cualquiera que sea su relevancia. Ahora bien, cosa distinta es que el elemento internacional o extranjero presente una mínima importancia y no sea tenido en cuenta por el Derecho internacional privado para introducir un régimen jurídico regulador diferenciado respecto del que ha previsto el legislador para idénticas relaciones jurídicas, pero meramente internas, estatales o nacionales (J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6º ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 24.).

En efecto, “[A]dmítida la posibilidad de que el elemento extranjero presente un carácter objetivo o subjetivo, existe un debate doctrinal (...) acerca de si todo elemento extranjero confiere a la situación privada un carácter “internacional”, convirtiéndola en objeto del Derecho internacional privado. Se discute, en particular, esta conclusión cuando el elemento extranjero presenta escasa o ninguna relevancia en orden a la regulación del supuesto. Así, si un español, residente en España, adquiere un automóvil en un concesionario autorizado situado en España, el hecho de que el vehículo haya sido fabricado en Japón no parece suficientemente relevante como para considerar que nos hallamos ante un contrato internacional. Para que así fuera, el elemento de extranjería tendría que ser relevante” (J. C.

Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 1º ed., Cívitas, Pamplona, 1999, pág. 26.).

II. La relevancia del elemento de extranjería: el criterio fiscalizador del principio general de los vínculos más estrechos o de proximidad

El Derecho internacional privado suministra varios ejemplos en los que el principio de proximidad o de los vínculos más estrechos calibra o valora el peso específico del elemento de internacionalidad presente en el supuesto de hecho, a la hora de identificar su régimen jurídico regulador y sancionador.

En este sentido, cabe detenerse en el interesante y revelador Convenio de la Conferencia de La Haya de 4 de mayo de 1971, cuyos artículos 3 a 5 tienen por misión identificar ese régimen jurídico a propósito de los accidentes de circulación por carretera que tengan carácter internacional. *Grosso modo*, el carácter descrito deriva del hecho de que el lugar donde ocurre el accidente y el lugar de matriculación del vehículo radican en diferentes Estados. Pues bien, a los efectos antes señalados referidos a la identificación del régimen jurídico sancionador de una hipotética responsabilidad civil derivada del accidente de tráfico, el legislador convencional bascula entre dos elementos, en unos casos, la competencia legislativa reguladora se otorga al Estado del lugar de acaecimiento del accidente y, en otros, al de matriculación del vehículo. Pues bien, resulta muy sintomático y elocuente que el Ordenamiento jurídico del Estado de matriculación del vehículo resultará aplicable cuando en el accidente intervenga un solo vehículo matriculado en un Estado distinto al del lugar del accidente, o varios vehículos si todos ellos están matriculados en un mismo Estado, distinto al del lugar del accidente (J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, 6º ed., págs. 574-575.). Huelga señalar que, en este caso, es el lugar del accidente el que introduce el elemento de internacionalidad o de extranjería en el supuesto de hecho. No obstante, como se comprueba, se prescinde del mismo a la hora de otorgar la solución al problema de la determinación del Derecho aplicable a la controversia relativa a la responsabilidad civil derivada del accidente de tráfico. ¿Y quién realiza esa exclusión? Evidentemente un análisis, en términos de cercanía o de proximidad, se muestra idóneo y apto para consumir la citada exclusión. Efectivamente, la aplicación al caso del principio general de los vínculos más estrechos o del principio de proximidad pone de relieve el carácter aleatorio, ocasional y, valga la redundancia, puramente accidental del

lugar de acaecimiento del accidente. Excusado es decir que un elemento carente de proximidad, de relevancia o de peso específico no puede constituirse en la base de la decisión sobre la identificación o determinación del Ordenamiento jurídico aplicable. En suma, el punto de partida, esto es, el supuesto de hecho, posee un innegable carácter internacional. Sin embargo, la solución prevista en el Convenio se corresponde con la misma a la que daría lugar un supuesto puramente interno, en el que el lugar del accidente y de la matriculación del o de los automóviles quedan comprendidos dentro de los límites internos de un único y mismo Estado.

III. La relevancia del elemento de extranjería: la relevancia del lugar de prestación laboral en la acción de la película

La película cuenta con una escena muy interesante y oportuna para responder al tema que el epígrafe precedente deja abierto. Se trata de la reunión entre la familia del trabajador fallecido y la empresa empleadora, donde se hace un análisis de los hechos acaecidos, con vistas, claramente, a la exigencia de algún tipo de responsabilidad civil por los derechohabientes a los empleadores, en relación a la ejecución del contrato de trabajo con el trabajador o “contratista”, según la peculiar denominación utilizada en el doblaje al español de la película, fallecido.

Pues bien, el elemento internacional derivado del lugar de acaecimiento de los hechos se percibe claramente, en la escena de la película, como puramente accidental o casual, sin relevancia jurídica. En esta escena se percibe implícitamente que las preguntas de los familiares y los estándares suministrados en sus respuestas por los dueños de la empresa se ajustan a las prescripciones legales del Derecho inglés vigente. Incluso más adelante hay en la película una referencia expresa suministrada por el músico, y ocasional traductor, iraquí a una normativa, la Orden 177 que, si bien en rigor pertenece al Derecho de la guerra del Derecho internacional público, ha sido promulgada por el legislador inglés.

Volviendo a la escena de la reunión, en ningún momento el director de la película introduce algún elemento en su desarrollo o en sus diálogos que haga presente el Derecho iraquí. De acuerdo con las enseñanzas adquiridas en el epígrafe precedente, cabe afirmar que el lugar de los hechos no tiene la suficiente fuerza, en términos del principio general de proximidad o de los vínculos más estrechos de Derecho internacional privado, como para traer a escena, valga la

redundancia, el Ordenamiento jurídico de Irak. *A sensu contrario*, Irak está presente en la película sólo a través del lugar de los hechos. Ahí termina “su papel” en la película. Ahí termina “el protagonismo” del elemento de internacionalidad.

Con el bagaje adquirido tras el visionado de la película, y ya en términos de Derecho positivo, cabe indicar que, en el seno de la Unión Europea, se ha promulgado un Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 conocido con la denominación de Reglamento “Roma I”. Se trae a colación este texto normativo porque sus normas sirven para identificar el Ordenamiento jurídico aplicable a un conjunto de relaciones jurídicas internacionales entre las que se incluye, precisamente, el contrato de trabajo. Pues bien, el artículo 8, en sus párrafos 2º y 3º, utiliza como criterios para identificar ese Ordenamiento jurídico ya el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo, ya el lugar de radicación del establecimiento del empresario a través del cual haya sido contratado el trabajador.

Ahora bien, en los dos casos señalados, el párrafo 4º del precepto indicado otorga al juez la posibilidad de aplicar el Ordenamiento jurídico de otro país que presente vínculos más estrechos con el caso práctico real en cuestión. Tal como señalan los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, el interesante y atractivo camino que abre este párrafo 4º conduce a una regla muy similar a la del recientemente derogado artículo 1.4º del Estatuto de los Trabajadores, que permitía la aplicación del Ordenamiento jurídico español a un contrato entre trabajador español y empleador español, que se realiza fuera de España (J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, 6º ed., págs. 540 y 541.). ¿Es internacional esta hipótesis? ¿Desde un punto de vista formal? ¿Desde un punto de vista sustancial?

Como se comprueba, el desarrollo de la reiterada escena de la película y la regulación del Derecho positivo muestran una íntima coordinación y armonía, natural en el caso de la película, técnica, como no podía ser de otro modo, en el caso del Derecho.

4. Actividades a desarrollar por el alumno

El alumno ha de enfrentarse y tomar posición en relación al debate que propone el director de la película, en lo que aquí interesa, para el Derecho internacional privado. Para facilitar y encauzar el debate sobre el grado de internacionalidad del propio Derecho internacional

privado cabe suministrar, además de los datos anteriores, las siguientes ideas-fuerza, que será preciso analizar críticamente:

1) El fenómeno de la integración política y económico-fiscal de la Unión Europea: la distinción entre situaciones internacionales, *pero* intracomunitarias y situaciones internacionales *y además* extracomunitarias.

Consúltese: J. C. FÉRNANDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 1º ed., Civitas, Madrid, 1999, pág. 27.

2) Los factores condicionantes del Derecho internacional privado actual: Internet, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, etc.

Véase: J. C. FÉRNANDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6º ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 25-27.

3) La cooperación jurídica internacional: La cooperación internacional intergubernamental o interestatal es hoy uno de los factores políticos o elementos políticos fundamentales que explican el Derecho internacional privado actual.

Consúltese: J. C. FÉRNANDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6º ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 29.

Con estas herramientas cabe abrir el debate sobre los límites, primero fácticos y, luego, con repercusiones jurídicas, de las dos categorías, supuestos de hecho rotundamente internacionales en su estructura y solución legal y supuestos de hecho internacionales con un notable grado de simbiosis con sus homólogas internas. Además de cuanto precede, la clásica distinción del profesor Vitta -situaciones internacionales, situaciones relativamente internacionales y situaciones internas- se revelará una ayuda adicional para canalizar debidamente el debate. En este sentido, consúltese: J. C. FÉRNANDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 1º ed., Madrid, Civitas, 1991, pp. 45-48.

5. Lecturas recomendadas, películas relacionadas y sitios web de interés

Lecturas recomendadas.

FÉRNANDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, 6º ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 499-523.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “Contratación comercial internacional”, en J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio: *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2011, pp. 317-334.

VIRGÓS SORIANO, M., “Capítulo III, Obligaciones Contractuales”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. rev., Madrid, EuroLex, 1995, pp. 144-167.

Películas relacionadas

Policía del tiempo (Timecop). Dirección: Peter Hyams. Guión: Mark Verheiden (Cómic: Mike Richardson); basada en un argumento de Mike Richardson y Mark Verheiden. País: EE.UU., Canadá y Japón. Año: 1994. Duración: 93 minutos.

Max Walker (Jean-Claude Van Damme) trabaja como policía de la Comisión de Control del Tiempo (TEC), que tiene la función de impedir los viajes en el tiempo para modificar el pasado y poder obtener un rédito económico. Este argumento de ciencia ficción constituye un interesante pretexto *para hacer ciencia ficción también en el conflicto de leyes*, al variar su óptica de aproximación, que ya no será simplemente física, espacial o geográfica sino física-temporal. Y, exactamente igual que en la película analizada en la presente ficha, la normativa aplicable en “Policía del tiempo”, que determina la ilicitud de un comportamiento, no es la que estuviera vigente en el pasado, donde se comete el ilícito, sino la del futuro. El suceso acontecido en el pasado es un simple dato o premisa, sin relevancia en el conflicto de leyes, en virtud de un principio de proximidad, no ya puramente físico, espacial o geográfico sino -además- *temporal*...

El laberinto rojo (Justicia roja). Dirección: Jon Avnet. Guión: Robert King; basada en un argumento de Albert Wolsky. País: EE.UU. Año: 1997. Duración: 122 minutos.

Jack Moore (Richard Gere) es un abogado norteamericano que visita Pekín por asuntos de negocios. Tras un confuso asesinato, la justicia china lo encarcela y lo acusa del delito. Aun tratándose de un supuesto de Derecho penal internacional, del relato sucinto del argumento de la película se percibe claramente el peso del elemento de extranjería no sólo en la hipótesis fáctica aprehendida en su conjunto sino también desde el punto de vista del principio de proximidad examinado en la presente ficha.

Sitios web de interés.

<http://www.plancameral.org/GuiaContratacion/GuiaContratacionPresentacion.asp>

Página web de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.

http://www.cajastur.es/empresas/productos/archivos/fichero300_2.pdf

Interesante documento de la entidad financiera Cajastur sobre la contratación internacional.

http://www.icex.es/icex/cda/controller/pageICEX/0,6558,5518394_7140162_5586834_4486933,00.html

Página del ICEX (Instituto Español de Comercio Exterior) perteneciente al Ministerio de Economía y Competitividad, donde se ofrece información para la promoción del comercio

