

marlo, precisamente y con seguridad cuando el Comité aborde el examen remitido por España; pues respecto al mismo se presenta como prácticamente primera cuestión la posición española de que la Convención “se [aplica], solo y exclusivamente a “desapariciones forzadas” que sean posteriores en su inicio al 23 de diciembre de 2010”¹. La senda ya marcada por el Comité parece señalarnos cuál será la respuesta que habrá de dar a tal consideración; la incógnita final bien pudiera ser de qué modo y/o a través de qué términos concretos lo hará.

EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS Y DAÑOS PUNITIVOS*

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ (España)**

RESUMEN: Actualmente pueden distinguirse dos grandes modelos de responsabilidad civil en Europa en función de su pertenencia a los sistemas del *civil law* o del *common law*. La principal diferencia entre ellos recae sobre el hecho de que mientras que los sistemas del *civil law* en términos generales limitan la función del Derecho de daños a reparar o compensar el daño, los sistemas de origen anglosajón admiten otras funciones como castigar al responsable y persuadir de realizar otras conductas similares. En los sistemas de origen anglosajón puede referirse la existencia de un instrumento específico diseñado para disuadir a los sujetos de incumplir la ley: los denominados daños punitivos o ejemplarizantes –también denominados daños agravados en EEUU-. Esta institución tradicionalmente ha sido una fuente de potenciales conflictos entre los ordenamientos pertenecientes a las distintas familias jurídicas. En términos generales, el debate suele reconducirse a la compatibilidad de esta figura con el orden público del foro. El resultado de este estudio permite concluir que la denominación utilizada en el país de origen no es concluyente. El presente estudio aborda los principales problemas que en torno a los daños punitivos surgen desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en especial, en relación con el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

PALABRAS CLAVE: Daños punitivos. Reconocimiento y ejecución de sanciones punitivas. Auxilio judicial. Ley aplicable. Orden público.

Fecha de recepción del original: 12 de febrero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 7 de mayo de 2013.

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2012-34086, del Ministerio de Economía y Competitividad.

** Profesora Ayudante Dra. Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

1. *Vid.* Documento de las Naciones Unidas: CED/C/ESP/1, 28 de enero de 2013, párr. 6.

ABSTRACT: There are currently two major civil liability models in Europe: those of Anglo-Saxon origin, and those of the so-called “civil” systems. The main difference between them lies in the fact that whereas the latter limits the function of civil liability to repairing or compensating damage, the former admits other goals: penalizing the person responsible and discouraging its repetition. Within the Anglo-Saxon systems there is a specific instrument to discourage individuals from violating the law: punitive or exemplary damages, these are also called aggravated damages in the U.S.A. Traditionally, this particular figure has been a potential source of conflicts between the countries belonging to the different legal systems. In this context, one of the main issues is whether that figure is compatible with the public order. In order to solve this matter the term used to designate these damages (non-compensatory, punitive, exemplary or aggravated) in the country of origin is not decisive. The present article addresses the difficulties raised by punitive damages from a Private International Law perspective, with a special focus on recognition and enforcement of judgements.

KEY WORDS: Punitive damages. Recognition and enforcement of punitive damages awards. Service of claim seeking punitive damages. Applicable law. Public order. Public policy.

SUMARIO: I. Introducción. II. Daños punitivos. A. Definición, características y funciones. B. Límites constitucionales en el Estado de origen: el caso de EEUU. III.- Perspectiva comparada. A. Derecho de daños y daños punitivos. B. Los daños punitivos desde la perspectiva del Derecho internacional privado. IV. Aspectos de Derecho aplicable: A. Aproximación de la cuestión en EEUU. B. Los daños punitivos en el Derecho internacional privado de la Unión Europea C. La respuesta de algunos sistemas nacionales. V. Reconocimiento de resoluciones: A. En la Unión europea B. Aproximación jurisprudencial nacional de la cuestión: en particular la respuesta española. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La figura de los *punitive damages* o daños punitivos pone de manifiesto la disparidad de criterios entre los distintos sistemas jurídicos nacionales en lo que concierne al Derecho de Daños, y más en particular, a las consecuencias económicas de la responsabilidad civil extracontractual, lo que la convierte en una de las áreas más controvertidas de este sector material. La distinta aproximación a la hora de reglamentar esta materia, tradicionalmente ha sido una fuente de potenciales conflictos entre los ordenamientos pertenecientes a distintas familias jurídicas (*civil law v. common law*)¹. Desde esta perspectiva, es cada vez mayor el interés que por esta institución están mostrando los Estados miembros de la Unión Europea (UE) –en particular, la doctrina y práctica alemanas²-. En términos generales, el debate suele reconducirse a la compatibilidad de esta figura con el orden público del foro. La posibilidad de recurrir al orden público material por esta causa puede manifestarse en tres ámbitos o sectores distintos: Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras

1. Véase al respecto, el Vol. 25, de la *Tort and Insurance Law*, número dedicado a “Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives”, H. Koziol y V. Wilcox, v. (eds.), *Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences*, 2009. Obra que concluye el estudio iniciado en 2007 por el *Institute for European Tort Law* sobre los *punitive damages*, realizando un análisis exhaustivo de la aplicación y reconocimiento de este tipo de daños en los sistemas inglés, estadounidense y Sudafricano, en relación con la percepción de este tipo de daños en aquellas jurisdicciones que deniegan su existencia, tanto desde la perspectiva individual de algunos Estados miembros, como son: Italia, Alemania, Hungría, Francia o España, como su aproximación por el Derecho comunitario.

2. Entre otros, V. Behr: “Punitive Damages in American and German Law: Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, *Chicago-Kent L. R.*, vol. 78, n° 1, 2003, pp. 105- 148. Si bien la oposición más férrea contra este tipo de daños puede observarse entre la doctrina alemana, esta cuestión ha sido abordada por la doctrina nacional de la mayoría de los países europeos. Entre la española, P. Salvador Coderch: “Punitive damages”, *InDret* 01/2000, disponible texto íntegro en http://www.indret.com/pdf/013_es.pdf; desde una perspectiva europea, E. Rodríguez Pineau, “Punitive damages y orden público ¿comunitario?”, *Pacis Artes*. Obra homenaje al Profesor D. Julio González Campos, T. II, Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1741-1764; en Francia, v. gr. G. Cavalier: “Punitive Damages and French Public Policy”, *Humanities and Social Sciences*, sept. 2008, pp. 1-9 (disponible en <http://en.youscribe.com/catalogue/reports-and-theses/knowledge/humanities-and-social-sciences/punitive-damages-and-french-public-policy-1610491>).

y auxilio judicial. Precisamente en el ámbito de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras es donde más claramente se puede observar los potenciales conflictos entre los sistemas jurídicos. Desde el principio muchos países europeos han rechazado el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras –típicamente norteamericanas- cuando éstas establecían daños punitivos (*punitive damages*)³ acudiendo al orden público material⁴ si bien, como se verá, esta tendencia está cambiando⁵.

3. Respecto del origen y evolución de esta figura particular de daños y su tratamiento desde la perspectiva comparada de los sistemas del *common law* y del *civil law*, en el marco general del sector de la responsabilidad extracontractual, *vid.* P. Salvador Coderch: “Punitive damages”, *loc. cit.*; B.A. Koch: “Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives”, *en Tort and Insurance Law, ob. cit.*, pp. 197- 209. Y en particular dentro de las obligaciones extracontractuales las derivadas de la lesión de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI), *vid.* P.A. de Miguel Asensio: Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual property Litigation: The CLIP Principles”, Forthcoming in J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena - Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 239-292.

4. Como causa de denegación del reconocimiento que está presente tanto en el sistema comunitario (art. 34.1º RBI) y su paralelo el sistema Lugano (art. 34.1º CL), como en la generalidad de sistemas de competencia de fuente interna (por ejemplo en el Derecho español, según el art. 954.4º LEC 1881; o más específicamente en el sistema alemán tras la entrada en vigor de la Ley de DIPr en materia de relaciones obligatorias extracontractuales y de relaciones reales -*Gesetz zum Internationalem Privatrecht für ausserverträgliche Schuldverhältnisse*, BGBl I, 1026-, que incorporó el nuevo art. 40 III EGBG –reserva a las reglas generales sobre Derecho de daños- según la cual las pretensiones ejercitadas de conformidad con una ley extranjera no podrán superar esencialmente lo que venga exigido por resarcimiento adecuado de la víctima por el Derecho del foro ni tampoco pueden “servir manifiestamente a fines distintos” a los del resarcimiento (al respecto véase la doctrina alemana referida en P. Salvador Coderch: “Punitive Damages”, *loc. cit.* en p- 3). Algunos ejemplos de jurisprudencia nacional europea que han denegado el reconocimiento con base en el orden público por los *punitive damages*: desde la perspectiva alemana, *German Federal Court of Justice* (BGH) judgment of June 4, 1992, BGHZ 118, 312 (327); en términos similares Italia, asunto *Parrot v. Fimez S.p.a.*, *Corte d'appello di Venezia, sez. trez*, 15 Jan. 1995, n.0319, *Giur. It.* 1995 I.1,132. Esta y otra jurisprudencia y en general respecto del posible recurso al orden público para evitar el reconocimiento de resoluciones judiciales que reconozcan daños punitivos –desde una comparativa nacional y comunitaria- puede verse en E. Rodríguez Pineau, “Punitive damages y orden público...”, *loc. cit.*, pp. 1741-1764

5. Desde esta perspectiva, se habla de doctrinas obsoletas ya superadas, ya que la reglamentación y práctica judicial en este tipo de daños en los sistemas norteamericanos ya no es indiferente al contexto global, en particular, a la acogida de los mismos en

2. La función que cumple en cada ordenamiento el sistema de responsabilidad civil puede ser distinta, y pueden concretarse básicamente en las siguientes: reparar (o resarcir), castigar, prevenir e incluso distribuir (para las relaciones entre empresarios y consumidores)⁶. No todos los Derechos nacionales van a admitir o reconocer eficacia dentro de sus fronteras de resoluciones extranjeras condenatorias, principalmente cuando las consecuencias económicas impuestas por la sentencia extranjera cumple una función distinta a la del foro (como así ocurre con los daños punitivos, institución propia anglosajona que por lo general no es reconocida por los sistemas de Derecho continental). Mientras que la reparación aspira a reconstruir –para el damnificado- la situación preexistente a la producción del hecho dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de carácter económico que lo compensen de la pérdida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito –daño-⁷. Por su parte, la prevención lo que busca es evitar la producción de eventos dañosos para terceros induciendo el comportamiento de los sujetos –mediante la adopción de medidas adecuadas para dicha persuasión-. Los sistemas punitivos o de sanción suponen la imposición de una suerte de sanción sobre el agente causante del hecho dañoso. Los sistemas de distribución suponen que la regulación que se hace de la responsabilidad hace que ésta recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad que viene desarrollando (empresarial) y de la consiguiente posibilidad de redistribuir entre otros (consumidores) ese daño resarcido⁸.

otros sistemas, con especial referencia a Europa, lo que permite hablar de una posible convergencia de aproximaciones. *Cf.* G. Georgiades: “Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal differences and practical convergence”, *RHDI* 58 (2005), pp. 145-163, en esp. pp. 162 y ss.

6. A. Tunc clasifica la diversificación de las funciones de la responsabilidad civil en prevención de conductas antisociales, indemnización de la víctima, diluir la carga de los daños y garantizar los derechos de los ciudadanos. *Vid.*, A. Tunc.: *La responsabilità civile*, París, 1981, pp. 133 y ss.

7. En particular, en el ordenamiento italiano además se reconoce la denominada reintegración “en forma específica” a petición expresa (requerimiento) del damnificado, con el único límite de aquellos supuestos en que dicha reintegración resulte excesivamente onerosa para el agente causante del daño. En este sentido, véase, I. Corsaro: “Responsabilità civile I) Diritto civile”, *Enc. Giu. Trecanni*, Vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2 (de la separata).

8. *Ibid.*, p. 3.

3. Los mayores problemas que se plantean a la hora de concretar las consecuencias económicas de la responsabilidad civil extracontractual giran en torno a aquellos daños sobre bienes jurídicamente protegidos que no tienen naturaleza patrimonial (este es caso, por ejemplo, de los daños a la persona: bienes de la personalidad). Para este tipo de daños la tendencia más extendida en los sistemas jurídicos nacionales ha sido consagrar la función reparadora de la responsabilidad, de tal manera que ésta es la que va adquiriendo más protagonismo⁹. Para concretar la explicación funcional del resarcimiento, la tendencia general -en la mayoría de los ordenamientos- es la de abandonar la atención a aspectos tales como la punición y el “hacer justicia”, se reinterpretan aspectos como el preventivo y se toman en consideración nuevos aspectos como el control social¹⁰. Ahora bien, dentro del ámbito de los daños no patrimoniales no existe un método exacto para valorar cuánto vale el bien jurídico lesionado. En consecuencia, difícilmente se puede realizar la operación del cálculo del importe de la indemnización en atención a la reparación del daño. En este sentido, cuando se están estableciendo las cuantías indemnizatorias resulta particularmente complicado saber cuándo obedecen a una función compensatoria/reparadora y cuando ya pasan a ser punitivas (lo que en el Derecho anglosajón correspondería a la dualidad entre los *compensatory damages* y los *daños punitivos*, institución).

9. Se ha llegado a afirmar que toda la temática de la persona gira en torno a ella. *Vid.*, M. Franzoni: “I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile”, *Contratto e impresa*, Vol. 25, N°. 1, 2009, pp. 1-23. En el Derecho inglés el remedio general en el caso de acción por difamación son los “*compensatory damages*”. Además, la responsabilidad civil resarcitoria es el instrumento técnico del que se ha servido tradicional la jurisprudencia para fundamentar una protección autónoma e independiente de la persona (de los derechos de la personalidad).

10. *Vid.* C. Salvi: “La responsabilità civile”, en *Trattato de Diritto Privato*, G. Ludica, P. Zatti (dir.), Milano, 1998, pp. 19-20.

II. DAÑOS PUNITIVOS

4. Los daños punitivos son un término significativo en todo el amplio sector de responsabilidad extracontractual. En términos generales, los daños punitivos buscan castigar, enseñar (al eventual responsable) y persuadir (a futuros potenciales responsables), mientras que en los procedimientos civiles en los sistemas del *civil law* no puede -por lo general- imponerse sanciones al demandado, de tal manera que la indemnización a la que se le condena a pagar es esencialmente compensatoria del daño causado. En este sentido, los daños punitivos no resultan admisibles porque suponen una pena privada que se impone en un proceso civil al agente causante -doloso o gravemente negligente- de un daño, que se traduce en un importe muy superior a la indemnización puramente compensatoria. La distinta aproximación que existe respecto de la función que deben cumplir los daños en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual justificaría -en principio- esta reticencia por parte de los sistemas pertenecientes al *civil law* a la aceptación de los daños punitivos -postura ésta que también se acoge por ciertos sistemas del *common law* como el inglés, que en el ámbito civil han eliminado totalmente este tipo de daños¹¹.

A. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES.

5. Para poder dar una definición precisa del concepto de daños punitivos, así como de sus características y funciones, es necesario tomar como referencia un ordenamiento jurídico en el que esta figura esté

11. De tal manera que en la actualidad puede decirse que los *punitive damages* es una figura paradigmáticamente norteamericana. No obstante, en el sistema inglés los *punitive damages* no se descartan completamente para el ámbito penal, para suplir las lagunas que el Derecho penal deja en muchos aspectos. Al respecto, se ha llegado a presentar un informe de la *Law Commission* sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ejemplares y graves (*Law Commission's Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages*, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc247_aggravated_exemplary_and_restitutionary_damages.pdf), que precisamente aboga por su posible aplicación exclusivamente por un juez -nunca por un jurado-.

plenamente vigente como es el caso del sistema norteamericano. Desde esta perspectiva se hará una aproximación a los daños punitivos en su ordenamiento de origen: los EEUU, partiendo de su consideración tradicional hasta llegar a su percepción actual.

6. Los daños punitivos son aquellos que la víctima de un daño recibe además de la compensación por aquellos, con la finalidad de castigar al agente acusante –al infractor-, enseñarle que no debe volver a hacerlo y prevenir que otros puedan seguir su ejemplo¹².

Los Estados de la Unión son los competentes para reglamentar esta institución. En consecuencia, por un lado encontramos Estados que desconocen los daños punitivos (como es el caso de Nebraska), pero también, por otro, esto justifica que existan divergencias de criterios entre aquellos Estados que sí los regulan¹³. Existe una evidente falta de uniformidad en su regulación, lo que añadido a su gran repercusión social cuando se conceden, podría justificar el rechazo inicial a este tipo de daños. Ahora bien, la práctica jurisprudencial permite afirmar que no son tan habituales como tiende a imaginarse¹⁴. En cualquier

12. Siguiendo la definición de W.L. Prosser y W. Page Keeton: *The Law of Torts*, 5ª ed. Ed. St. Paul, Minn. West Publishing Co., Minesota, 1984, p. 9.

13. Sobre las distintas aproximaciones en el tratamiento de este tipo de daños por los Estados de la Unión –*statutes*–, así como su aplicación práctica por los tribunales estatales, y en particular sobre el tratamiento de la denominada *Split-Recovery* como medida frente a los daños punitivos (con particular referencia al *Split-Recovery statute* en el Estado de Oregon), véase, R.D. Trickett: “Punitive Damages: The Controversy Continues”, *Oregon L. Rev.*, Vol. 89, 4/2011, pp. 1475-1500. En general sobre la *Split-Recovery* como derecho del condenado al pago de daños punitivos, véase: B. Rabe: “The Constitutionality of Split-Recovery Punitive Damage Statutes: Good Policy but Bad Law”, *Utah L. Rev.*, 1/2008, pp. 333- 355; C.R. Stevens: “Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damage Dilemma”, *Pepp. L. Rev.*, vol. 21, nº. 3, 1994, pp. 857-908 (disponible en <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol21/iss3/5>).

14. Este es el resultado de los numerosos estudios empíricos que en torno a esta cuestión se han llevado a cabo en EEUU, desde distintas aproximaciones: sociológica, psicológica y análisis económico del Derecho. Al respecto véase toda la bibliografía del siglo XX señalada por E. Rodríguez Pineau, en nota a pie nº 7, en su artículo “Punitive damages y orden público...”, *loc. cit.*, en esp. p. 1744. Más recientemente, desde una perspectiva sociológica, *vid.* J.K. Robbenolt: “Punitive Damage Decision Making: The Decisions of Citizens and Trial Court Judges”, *Law and Human Behavior*, Vol. 26, No. 3, 2002, pp. 315-341. Sobre la motivación de los numerosos estudios de estos daños

caso, lo fundamental es la manera en la que este tipo de daños se recepciona por aquellos sistemas que los desconocen, y para ello hay que atender a las funciones que estos cumplen. Las funciones que habitualmente se asocian a este tipo de daños son las de castigar y prevenir, aunque pueden referirse otras adicionales como son: la retributiva, la educativa o la de garantizar el cumplimiento de la ley¹⁵. Además de estas funciones¹⁶, hay que referirse específicamente a una de ellas que, aunque no es la más evidente, está presente también en este tipo de daños y que común en todos los sistemas en la reglamentación del Derecho de daños: compensar a la víctima. La compensación por los daños sufridos a la víctima es una finalidad que también está presente en los daños punitivos, pues no es ajena a la de restitución y ejecución de las normas. Desde esta perspectiva, se entiende que los daños punitivos permiten a la víctima recuperar cantidades no incluidas en los daños compensatorios (*v. gr.* las expectativas de pérdidas o los honorarios de los profesionales para poder litigar con el objeto de recuperar su *status quo*)¹⁷.

B. LÍMITES CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO DE ORIGEN: EL CASO DE EEUU.

7. De manera paralela al incremento de los importes concedidos en virtud de los daños punitivos por los tribunales norteamericanos, se va consolidando una significativa oposición doctrinal al mantenimiento de

por la doctrina americana, *vid.* P. Salvador Coderch, “Punitive Damages and Continental Law”, *ZEUP*, 3/2010, pp. 604-616, donde explica que buena parte de aquellos fueron financiados por la empresa Exxon tras el accidente (vertidos petrolíferos al mar en 1989) y la significativa condena a daños punitivos (en esp. pp. 611-12).

15. *Cf.* D.G. Owen: “A Punitive damages Overview: Functions, Problems and Reform”, *Villanova L.R.*, vol. 39, 1994, pp. 363-413, en esp. pp. 374 y ss.

16. Para mayor abundamiento de estas funciones, desde una perspectiva clásica, véase, E. Rodríguez Pineau: “Punitive Damages...”, *loc. cit.*, pp. 1744-1746.

17. Siguiendo con esta línea, se ha llegado a plantear que si una parte de los daños punitivos revierte en la sociedad en forma de fondos, podría considerarse que de igual manera estos cumplirían una función de retribución o de compensación social. *Cf.* C.M. Sharkey: “Punitive Damages as Societal Damages”, *Y.L.J.*, vol. 113, 2003, pp. 347-453, en esp. pp. 389 y ss.

los mismos en estos términos –lo que ha motivado ciertas reformas legislativas por algunos Estados de la Unión en esta materia¹⁸–, fundamentándose en tres principales críticas al sistema.

En primer lugar, la función sancionadora de los daños punitivos. Ésta puede resultar tal que este tipo de daños se muestra más próxima a una institución penal que civil (por el importe de la indemnización). En los procedimientos civiles no se garantizan las salvaguardias que existen para los procedimientos penales, de tal manera que pueden resultar vulnerados los derechos procesales del demandado en estos casos –en particular si se deja a la decisión de los jurados civiles la concesión de estos daños-¹⁹. Esto enlaza con la segunda de las críticas: la posible vulneración de la cláusula *due process* (en su aspecto sustantivo). Esta afirmación puede argumentarse desde dos perspectivas: 1º) dada la ausencia de mecanismos legales que determinen la cuantía de los daños punitivos –lo que se traduce en una falta de seguridad/previsibilidad para el demandado si no en una potencial arbitrariedad en la concreción de este extremo por el juzgador– y 2º) la falta de respeto en el principio de proporcionalidad²⁰.

18. Entre otras reformas, pueden referirse aquellas relativas a la reducción del margen de discrecionalidad con la que cuentan los jurados para apreciar tales daños. Desde esta perspectiva las medidas adoptadas van desde establecer topes a los daños punitivos en función de distintos factores (como por ejemplo el nivel de renta del infractor, o un porcentaje respecto del importe concedido como compensación por los daños), ceder parte de los daños punitivos a fondos o entes públicos, etc. Para mayor abundamiento de la cuestión entre otros, V. Behr “Punitive Damages...”, *loc. cit.*, pp. 115 y ss.; D.G. Owen: “A Punitive Damages Overview...”, *loc. cit.*, pp. 407-412.

19. Este aspecto punitivo puede chocar con algunas enmiendas constitucionales. Inicialmente se planteó la posible incompatibilidad con la octava enmienda, que prohíbe la imposición de multas excesivas (*vid.* J. C. Jeffries: “A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages”, *Va. L.R.* Vol. 72, No. 1, 1986, pp. 139-158, en esp. pp. 148 y ss.), lo que fue descartado por el TS americano en el asunto *Browning-Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal, Inc.* (492 U.S. 257, 1989). Posteriormente la cuestión se ha reconducido a la decimocuarta enmienda: cláusula de *due process* en sentido procesal (*vid.* M.H. Redish, & A.L. Mathews: “Why Punitive damages are Unconstitutional”, *Emory L. J.*, vol. 53, 1/2004, pp. 1 y ss.).

20. *Vid.* L.M. Romero: “Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits”, *Conn. L. Rev.*, vol. 41, nº 1, noviembre 2008, pp. 111-162)

La última de las críticas se refiere al resultado que produce este tipo de daños. Por un lado se corre el peligro de que esta figura no redunde en beneficio de la sociedad general si los daños punitivos se pagan exclusivamente al particular, asimismo, es posible que el coste de su pago sea sufragado por terceros no responsables (accionistas, contribuyentes), o incluso que generen más costes sociales que los daños que se tratan de satisfacer²¹.

8. Al margen de las reformas legislativas que cada Estado de la Unión a su parecer ha ido incorporando para corregir estas desviaciones, desde el ámbito federal el control constitucional de los daños punitivos se ha realizado a través de la doctrina del Tribunal Supremo. Son varias y significativas las sentencias en las que el alto tribunal se ha pronunciado sobre los daños punitivos desde los años 90²² hasta la más reciente sentencia *Baker* en 2008²³. A medida que el Tribunal ha ido conociendo de nuevos casos sobre

21. Por ejemplo, si con ello se fomenta la litigiosidad.

22. La primera decisión relevante a estos efectos fue la ya referida sentencia *Browning-Ferris* (*supra* nota 25), por la que el TS americano confirmó el carácter civil de los daños punitivos y, en consecuencia rechazó la aplicación de la 8ª enmienda a estos daños en procedimientos civiles en los que el beneficiario sea un particular –lo que planteó la duda de si no tuviera tal condición sí pudiera resultar aplicable (*cf.* D. G. Owen: “A Punitive Damages...”, *loc. cit.*, p. 401). Posteriormente, en el asunto *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (499 U.S.(1991)), el Tribunal Supremo consideró que una multa cuatro veces el valor de los daños compensatorio no era *per se* contraria –por desproporcionado– al *due process*. Ahora bien, si determinó que los jurados no tienen discreción absoluta a la hora de determinar los daños, de tal manera que es necesario que existan unos estándares que reflejen los objetivos de esa condena. En la siguiente sentencia en la materia, *TXO Production Corp. V. Alliance Resources Co.* (509 U. S. 443 (1993)), el TS parece que reula en sus anteriores conclusiones respecto de la proporcionalidad de la cuantía de los daños punitivos en relación con los daños compensatorios, pero mantuvo la tendencia iniciada respecto a la necesaria existencia de ciertos límites –aunque no con base constitucional sino por los principios de razonabilidad y los fines perseguidos por este tipo de daños–, que continuaría perfilándose en las siguientes resoluciones. El *Congressional Research Service (CRS)* en 2007 presentó un informe para el Congreso de los EEUU sobre los daños punitivos y su adecuación constitucional, donde puede verse un análisis de las distintas sentencias del TS al respecto hasta el momento, en particular, sobre el asunto *Philip Morris USA v. Williams* (549 U.S. 346 (2007)) (CSR Report for Congress: *Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams*, 17 de julio de 2007, disponible en <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33773.pdf> –última vez visto el 23/05/2013–).

23. *Exxon Shipping Co. v Baker*, 128 S. Ct. 2605 (2008).

este tipo de daños, en términos generales²⁴, queda patente que cada vez es mayor su convencimiento de la necesidad de un control sobre las cuantías de los daños punitivos, esto es, de la necesidad de establecer límites para su adecuación constitucional; básicamente esto se encauza a través de la cláusula *due process*²⁵ desde una perspectiva federal – lo que queda claro en el asunto *Baker*²⁶-. Para el Tribunal Supremo la cláusula *due process* (desde una perspectiva sustantiva, no meramente procesal²⁷) es plenamente aplicable a los daños punitivos y para ello establece un triple control de compatibilidad constitucional (*BMW of Northamerica Inc*): a) la naturaleza reprobable del comportamiento del demandado, de tal manera que cuanto mayor sea ese carácter más justificado resultará el daño punitivo; b) el carácter razonable de la diferencia entre aquél importe atribuido como compensación y lo obtenido como daño punitivo; c) la sanción penal que correspondería a tal conducta, de manera tal que el infractor sea plenamente consciente de la multa que se le puede imponer²⁸.

24. Pues como se ha visto, en ocasiones el Tribunal Supremo parecía que retrocedía en sus anteriores conclusiones sobre la proporcionalidad objetiva de los daños punitivos (asunto *TXO Production Corp., -loc. cit.-* respecto de su predecesora *Pacific Mutual Life Insurance, -loc. cit.-*).

25. Pese a los dubitativos inicios al respecto de la jurisprudencia del TS. Sobre los daños punitivos y su adecuación constitucional, el *Congressional Research Service (CRS)* en 2007 presentó un informe para el Congreso de los EEUU, donde puede verse un análisis de las distintas sentencias del TS al respecto hasta el momento, en particular, por ser la más reciente a fecha del informe, sobre el asunto *Philip Morris USA v. Williams* (549 U.S. 346 (2007) (CSR Report for Congress: *Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams*, 17 de julio de 2007, disponible en <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33773.pdf> -última vez visto el 23/05/2013-).

26. Esta sentencia supone un paso más en esta tendencia de limitar la cuantía de los daños punitivos, estableciendo los estándares para la revisión de estos daños desde el punto de vista del *federal common law*; y no solo para el *federal maritime common law*, donde se encuadra esta acción, sino que estos estándares sirven de guía para todos los tribunales estatales para la interpretación del ámbito de los límites de los daños punitivos en aplicación de la *federal Due Process Clause* y del *state common law*. En definitiva, para todos los casos federales: materias que entren dentro del ámbito de la *federal common law*.

27. Lo que había sostenido hasta la sentencia *BMW of Northamerica Inc. c. Ira Gore* (116 S. Ct. 1589 (1996)).

28. Este triple control ha sido recogido en otras sentencias: *Cooper Industries Inc. Leatherman Tool Group Inc.* (532 U. S. 424 (2001)/ 121 S. Ct. 297 (2000)); y *State Farm*

9. En definitiva, y como conclusión al examen de la jurisprudencia del TS americano, podría decirse que existe una tendencia marcada sobre los daños punitivos orientada a reducir la discrecionalidad en la concesión de este tipo de daños y a exigir una razonabilidad en su cuantía –esto es, en atención a la proporcionalidad-. Desde esta perspectiva, si se cumplen con razonables criterios de proporcionalidad y conveniencia en su concesión, el recurso al orden público por los tribunales del foro de los sistemas pertenecientes al *civil law* parece que no resultaría del todo justificado –pese a su denominación y a las funciones que sirven estos daños en el ordenamiento de origen-.

III. PERSPECTIVA COMPARADA

A.- DERECHO DE DAÑOS Y DAÑOS PUNITIVOS.

10. Las diferentes aproximaciones o enfoques de los sistemas nacionales en lo que respecta al Derecho de daños o de responsabilidad extracontractual –que pueden resultar muy divergentes entre sí- suelen conllevar soluciones muy distintas para la víctima en función del ordenamiento finalmente aplicable a este respecto puede plantearse si resulta legítimo el recurso al orden público por la existencia de tales divergencias. En este contexto destacan particularmente los *punitive damages* frente a los daños compensatorios –lo que justifica que por los textos internacionales se haga referencia expresa a aquellos daños como potenciales fuentes de problemas en el foro-. Frente a la función resarcitoria en la que se fundamentan los daños en ciertos sistemas jurídicos tales como el español y la generalidad de países europeos²⁹, los *punitive damages* –como ya se ha adelantado- se caracterizan por ser tener una naturaleza sanciona-

Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell (123 S. Ct. 1513 (2003)). En esta última resolución el tribunal precisa que no pueden concederse este tipo de daños para castigar o impedir conductas que no tienen relación con el daño sufrido por el actor, y que para que la cuantía resulte proporcionada la relación razonable entre daños compensatorios y punitivos podría estar en múltiplos de una cifra –y sólo de manera excepcional en dígitos de dos cifras-.

29. Por ejemplo esta es la función que cumplen los “*compensatory damages*” en el sistema inglés: la de compensar o reparar a la víctima del daño sufrido.

dora, cumpliendo con una función de castigo para el responsable con la finalidad de persuadir³⁰. No obstante, hay ordenamientos que en una primera aproximación parecen distintos al español –principalmente por la terminología utilizada- pero que desde el punto de vista del resultado no son tan distintos, por lo que de *facto* no existiría tal divergencia que justificara el recurso al orden público. Por ejemplo, en el sistema inglés aunque el remedio general en el caso de acción por difamación son los “*compensatory damages*”, se prevé gradualmente en función de la gravedad de los daños ocasionados otras medidas, que son -de menor a mayor gravedad-: *aggravated damages* y *exemplary damages*, que completan los daños compensatorios cuando así lo considera el tribunal³¹. En cualquier caso, en su consideración como daños morales –*no pecuniary damages*- jurisprudencialmente se ha limitado el importe máximo de la cuantía indemnizatoria³².

11. En la generalidad de ordenamientos se reconoce el derecho de la víctima a recibir una compensación económica -indemnización- por los daños sufridos, con independencia de la denominación utilizada³³. Al

30. Desde una perspectiva comparada de la cuestión entre los sistemas pertenecientes al *common law* y al *civil law*, véase, B.A. Koch, “Punitive Damages...”, *loc.cit.* pp. 197-209.

31. En general sobre la aceptación por la doctrina de los daños ejemplares o punitivos *vid.* Dicey/Morris, *The Conflicts of Laws*, London, 6ª ed., 2006, vol. 1, núms. 14-146 y vol. 2, núms. 35-101. Sobre las diferentes interpretaciones de “*aggravated damages*” en EEUU y el resto de la *vid.* A.J. Sebok y V. Wilcox: “Aggravated Damages”, en *Tort and Insurance Law, ob.cit.*, pp. 257-274.

32. Jurisprudencialmente se tiene establecido como límite máximo en concepto de daños morales -en cualquier ámbito- un importe de 350.000 £. *Vid.* toda la jurisprudencia referida y analizada en W.V. Horton Rogers (ed.), *Winfield & Jolowicz Tort, Sweet & Maxwell*, 18ª ed., Londres, 2010, Chapter 12.

33. Por ejemplo, en los sistemas de la familia del *common law* la atribución de una indemnización económica -y no la reparación natural- constituye la forma principal de reparar los daños no patrimoniales, cuando hay alguna *tort* que lo tutele. Como ejemplo puede referirse en el sistema inglés el reconocimiento de los denominados *compensatory damages*. En particular, para la lesión de derechos de la persona se habla de la existencia de un “range” (o rango) de daños para pérdidas no pecuniarias que va desde el reconocimiento de indemnizaciones nominales a simbólicas. *Vid.*, W.V. Horton Rogers (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Viena, 2001, pp. 80-81 (párr. 72-73). Desde una perspectiva comparada entre Reino Unido, EEUU, India y Nueva Zelanda, en general para la lesión de los derechos fundamentales, véase L. Tortell: *Monetary remedies*

margen de los criterios establecidos para probar la existencia del daño –según su naturaleza- y la relación de causalidad entre la acción/omisión y el daño, las mayores diferencias entre los sistemas se encuentra en la cuantificación económica de los daños³⁴, así como los conceptos que se incluyen dentro de esa indemnización y la función que la obligación de responsabilidad del demandado cumple (reparar, resarcir o castigar)³⁵. Todas estas cuestiones son reglamentadas por el Derecho aplicable a la obligación extracontractual –al estar dentro del ámbito de aplicación de esta ley, de ahí que resulte tan determinante la concreción de la ley material aplicable a la causa y la posibilidad de desplazar ésta recurriendo al orden público –así como a las leyes de policía-

12. En términos generales, en los países europeos -salvo el Reino Unido³⁶- no cabe conceder indemnizaciones punitivas. Su carácter san-

for breach of Human Rights: a comparative study, Oxford, 2006.

34. En cuanto a los procedimientos y medidas de protección previstas en el Derecho inglés ante supuestos de difamación, *vid.*, Cap. 12 de W.V. Horton Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort, ob. cit.*, apartado 12.68; y en mismo sentido, W.V. Horton Rogers (ed.), *Damages for Non-Pecuniary... , ob. cit.* El estado de la cuestión en el Derecho italiano puede verse en V. Zeno-Zencovich: “Damage Awards in Defamation Cases: An Italian View”, *ICLQ*, 1991 (40), pp. 691-699.

35. Por ejemplo en materia de lesión a los derechos de la personalidad, existe prácticamente unanimidad entre los sistemas jurídicos nacionales en cuanto al hecho de que el *quantum* indemnizatorio debe incluir los daños morales. El problema está en la cuantificación de estos daños -ya que no son patrimoniales -salvo los supuestos de aprovechamiento económico de estos bienes-, cómo debe hacerse, valorarse -cómo puede ponerse precio a una reputación, cuánto vale la intimidación de una persona, etc.-. En el Derecho español el art. 9.3 LO 1/82 establece que la indemnización se “*extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*”. En términos similares, el ordenamiento jurídico portugués -en su art- 496.1º del Cód. Civil- determina que la fijación de la indemnización atenderá a los daños patrimoniales que, según la gravedad, merecen la tutela del derecho. Dado que la violación de los derechos de la personalidad es susceptible de tutela en el sistema nacional, esta violación implicará una indemnización por daños morales. *Vid.* E. Dias Oliveira: *Da responsabilidade Civil Extracontractual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2011, p. 180.

36. En el sistema inglés, aunque la existencia de tales daños es admitida, la jurisprudencia ha establecido criterios claros y específicos para determinar cuándo procede su concesión: a) que exista una disposición legal que los autorice, b) que se trate de sancionar una

cionador es lo que justifica el rechazo generalizado en estos sistemas. Para los sistemas europeos la finalidad del Derecho de daños debe ser la compensación de la víctima, no su enriquecimiento; y otras funciones como la prevención ante supuestos futuros análogos en principio parece que son ajenas a estos sistemas. No obstante, cabe hacer significativas matizaciones a esta consideración ya que hay sistemas que sí reconocen otras funciones propias del Derecho de daños, tales como la preventiva, así como la existencia de normas y decisiones judiciales que reconocen indemnizaciones que están muy próximas a los daños punitivos. En este sentido puede hacerse referencia al sistema alemán³⁷, pese a su absoluta oposición a los daños punitivos. Un análisis de la jurisprudencia y de las normas de este país permite argumentar que se reconocen daños distintos a los meramente compensatorios. En este sentido, el BGH, en los casos de *Carolina de Mónaco* concedió unos daños que eran seis veces superiores al importe concedido en primera instancia, para ello argumentó la necesidad de proteger el derecho constitucional a la vida privada no sólo con medidas compensatorias sino también preventivas³⁸. Asimismo, en ciertos ámbitos del Derecho, la legislación alemana recoge normas que pueden caracterizarse como de naturaleza sanciona-

conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional realizada por un funcionario público que vulnera un derecho fundamental del ciudadano; c) que el autor del ilícito actuara evaluando que la utilidad derivada de su conducta será mucho mayor que la indemnización debida (*Rookes v. Barnard* (1964) AC 1129 *House of Lords*).

37. Si bien no es el único ejemplo, pues desde una perspectiva procesal puede referirse otras figuras nacionales como la *astreinte* francesa cuya finalidad es imponer una sanción económica para forzar al cumplimiento de condena de una obligación no pecuniaria (*vid.* H. Sholl: "Consequences of Liability: Remedies, *IECL*, vol. 11 (*Torts*), Chapter 8, 1972, pp. 94 y ss). Pero no sólo en el contexto procesal caben referir ejemplos sino también desde una perspectiva sustantiva el sistema francés y el italiano permite a sus tribunales de una u otra forma aplicar daños que cumplen otras funciones del Derecho de daños distinta a la meramente compensatoria. *V. gr.* en cuanto al sistema italiano *vid.* P. Gallo: *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1996, que aboga por la imposición de sanciones para daños medioambientales difusos (art.18 de la ley 394/1986) para el cumplimiento de la finalidad preventiva (p. 11). También por la doctrina español a se aboga por esta tendencia en esta materia, *cf.* R. de Ángel: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil: Con Especial Atención a la Reparación Del Daño*, Civitas, 1995, pp. 59 y ss.

38. Sentencia de 15 de noviembre de 1994, BGHZ 128,1.

dora o punitiva, tal es el caso de ciertas disposiciones de Derecho de la competencia o del Derecho del trabajo³⁹. Desde esta perspectiva, cabría preciar que en el ordenamiento alemán junto con el sistema tradicional de daños compensatorios existe uno paralelo que cumple otras funciones⁴⁰.

13. En definitiva, no hay duda que también en Europa se asume que el Derecho de daños puede cumplir otras funciones distintas de la estrictamente compensatoria –si bien con carácter sectorial, fundamentalmente en materia de medioambiente–, aunque se establezca premisas distintas (límites cuantitativos de la sanción, definición precisa de los presupuestos para su concesión, entre otros⁴¹) y se reconozca con carácter menos generalizado que los daños punitivos en el sistema norteamericano, los resultados que se alcanzan pueden ser similares. Esto conduce necesariamente a considerar que la apreciación de la existencia de daños punitivos como mero fundamento para recurrir al orden público en cualquier de sus manifestaciones del DIPr parece que no estar justificado *per se*.

B. LOS DAÑOS PUNITIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

14. Como ya se adelantó, tres son los posibles ámbitos o sectores del Derecho internacional privado en los que puede manifestarse el orden público relacionado con los daños punitivos: en sede de ley aplicable, en fase de reconocimiento y ejecución y en sede de auxilio judicial⁴². Este apartado nos centraremos en el auxilio judicial y la posible inci-

39. Implementando la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Al respecto véase, E. Rodríguez Pineau: "Punitive Damages...", *loc. cit.*, p. 1750, en particular, bibliografía alemana sobre la cuestión citada en nota a pie núm. 32.

40. En este sentido se manifiesta V. Behr: (*cf.* "Punitive Damages...", *loc. cit.*, p. 147).

41. *Cf.* P. salvador Coderch, "Punitive Damages and Continental Law", *loc. cit.*, p. 606.

42. *Vid.* M. Requejo Isidro: "Punitive Damages from a Private International Law Perspective", en *Punitive Damages: Common Law...*, *ob. cit.*, pp. 237-256.

dencia del orden público en el Estado requerido para denegar la solicitud, dedicando apartados específicos para las cuestiones de ley aplicable y reconocimiento.

15. En lo que respecta al auxilio judicial, la cuestión se aborda atendiendo a la reglamentación que los textos internacionales y normas comunitarias establecen para este tipo de supuestos. En lo relativo a las notificaciones realizadas en el marco del Convenio de la Haya de 1965⁴³ cuando el procedimiento para el que se insta la notificación puede finalizar con una condena en daños punitivos, podría denegarse tal solicitud si por el tribunal del Estado requerido se apreciara que con ello se vulnera el orden público –de conformidad con el artículo 13 del Convenio⁴⁴. Ahora bien, esta posibilidad en la práctica parece que no se materializa –aunque los tribunales alemanes se han planteado si en esta hipótesis existe tal vulneración, apreciando el potencial peligro futuro ante la ejecución de la eventual resolución en su jurisdicción⁴⁵–, pues a

43. Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial

44. Partiendo de la naturaleza civil de los daños punitivos para su aplicación. Al tratarse de una interpretación autónoma del concepto “civil” del art. 1. Al respecto véase, M. Requejo Isidro: “Punitive damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965”, *REDI*, vol. 48, 2/1996, pp. 71-97. Desde esta perspectiva, raramente los tribunales de los Estados contratantes han calificado este tipo de daños como no civiles para no aplicar dicho Convenio. Tal es el caso de los tribunales alemanes, que ante esta hipótesis se han decantado por su consideración –en términos generales– como de naturaleza civil. A este respecto la sentencia de 9 de mayo de 1989 (asunto *OLG Munich*, RIW 1989, 483), ha servido de precedente para resoluciones posteriores en el sentido de considerar a los daños punitivos como una institución no penal (citada por M. Requejo Isidro: *en* “Punitive Damages From a Private...”, *loc. cit.*, pp. 239-241).

45. La doctrina alemana se ha manifestado por lo general contraria a la aplicación de la cláusula de orden público en este supuesto, tanto para denegar la notificación como para la práctica de la prueba. *Cf.* E. Rodríguez Pineau: “Punitive Damages...”, *loc. cit.*, p. 1742, en particular la doctrina alemana contraria a esta aplicación referida en su nota a pie número 4, así como en las notas 40 a 43, en relación con la jurisprudencia alemana denegando notificación de procedimientos norteamericanos a demandados domiciliados en Alemania. En los mismos términos, M. Requejo Isidro: “Punitive Damages From a Private...”, *loc. cit.*, párr. 16-20, en particular, véase la referencia bibliográfica alemana recogida en notas a pie de la 28 a la 32.

diferencia de lo que ocurre en sede de reconocimiento en ésta no se ha apreciado en términos generales contrariedad con el orden público⁴⁶. Lo mismo puede plantearse –con el mismo resultado– en materia de obtención de pruebas a la luz del Convenio de la Haya de 1970⁴⁷.

La necesidad de establecer una base de cooperación –auxilio judicial– que permita a las partes en litigio el disfrute adecuado de sus derechos (de defensa para el demandado y la tutela judicial efectiva para el demandante), exige una interpretación restringida de la cláusula de orden público en este contexto.

16. En tal hipótesis, las conclusiones que pueden establecerse con respecto del Convenio de la Haya de 1965, son extensibles en el ámbito de las notificaciones entre Estados miembros de la UE respecto del Reglamento 1393/07⁴⁸. Ahora bien, la cuestión de la delimitación material para la aplicación de este instrumento comunitario resulta más relevante que para el caso del Convenio. Por un lado, no existe en el Reglamento una provisión paralela a la recogida en el art. 13 del Convenio que permita su denegación. Por otro, la justificación que el instrumento permite para denegar tal solicitud se basa precisamente en que la solicitud de notificación o traslado “*estuviera manifiestamente fuera del ámbito de aplicación (del) Reglamento*”. En este sentido, de conformidad con su art. 1, quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento –para lo que interesa en este estudio– aquellas acciones judiciales que pueden conside-

46. Alemania es el país donde cabe referir ejemplos prácticos de rechazo de la solicitud de la notificación de una demanda por daños punitivos por considerar que resulta contraria al art. 13 del Convenio de la Haya. Si bien ésta ha sido la postura inicial de los tribunales alemanes (por parte del Bundesverfassungsgericht- BverfG- y tribunales inferiores), la tendencia ha ido cambiando con el tiempo y las más recientes resoluciones parece que se distancian de esta aproximación. Véase el análisis de la jurisprudencia que al respecto realiza M. Requejo Isidro: “Punitive Damages From a Private...”, *loc. cit.*, párr. 16-20.; en el mismo sentido, E. Rodríguez Pineau: “Punitive Damages...”, *loc. cit.*, pp. 1753-1754.

47. Art. 12 b) del Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

48. Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

rarse de naturaleza pública. De tal manera que los daños punitivos podrán considerarse de carácter público, y en consecuencia fuera del ámbito de aplicación de este instrumento, cuando aquellos son concedidos a favor de un Estado como parte del procedimiento⁴⁹, o en sentido contrario, la cuestión podrá ser calificada como civil o mercantil en el sentido del Reglamento cuando el demandante sea una persona particular, incluso si la acción ejercida por el demandante va más allá de sus propios intereses⁵⁰. Asimismo, la interpretación de este instrumento debe realizarse de manera coordinada con otros instrumentos comunitarios cuyos ámbitos de aplicación se circunscriben a la materia civil y mercantil, como es caso del Reglamento 44/2001 (RBI)⁵¹ o el Reglamento 864/2007 (RRII)⁵², lo que permite llegar a esta misma conclusión.

17. En el Reglamento 1393/07, al igual que ocurre con otros instrumentos comunitarios, no se recoge previsión alguna para denegar la cooperación solicitada por las autoridades de otros Estado miembros por ser contrario al orden público del foro. Esta aproximación obedece al principio de confianza comunitaria y reconocimiento mutuo que en general se persigue desde el principio dentro del mercado interior. En consecuencia, cabría considerar que no es posible que por los tribunales de un Estado miembro se rechace la solicitud de auxilio judicial en un caso donde los daños punitivos se piden en un Estado miembro y por lo tanto la solicitud proviene de otro Estado miembro (siempre que el supuesto recaiga dentro del ámbito de aplicación del reglamento).

49. Esta posición puede deducirse de varias resoluciones del Tribunal de Justicia, entre otras C-172/91, *Sonntag* [1993] ECR I-1963; C-292/05, *Lechouritou* [2007] ECR I-1519. Entre la doctrina, M. Requejo Isidro: "Punitive Damages From a Private...", *loc. cit.*, p. 242 (§14).

50. Aunque no sea completamente concluyente, esta posición puede observarse en alguna resolución del Tribunal de Justicia, asunto C-167/00, *Henckel* [2002] ECR I-08111.

51. Reglamento (CE) no 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

52. Reglamento (CE) No 864/2007 de 11 de julio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*DO L 199/40*).

IV. ASPECTOS DE DERECHO APLICABLE

A. APROXIMACIÓN DE LA CUESTIÓN EN EEUU.

18. La aproximación por la que han optado los tribunales estadounidenses a la hora de resolver sobre los eventuales conflictos de leyes entre los Estados que imponen daños y perjuicios punitivos para la conducta en disputa y aquellos que prohíben tales daños, obedece al principio de proximidad, consignando una serie de elementos o factores que permita al tribunal conectar el supuesto con un Estado o Estados en particular cuyo sistema impone tales daños. Son tres los criterios que barajan los tribunales para realizar tal conexión: (1) el lugar de la conducta perjudicial (*locus delicti*); (2) el lugar de materialización del daño (*locus damni*); (y 3) el domicilio del demandado o lugar principal de negocio. Estos elementos de conexión pueden ser localizados todos o en parte en uno o varios Estados, por lo que la práctica puede ser muy variada⁵³. Del estudio de esta jurisprudencia cabe resaltar que independientemente de la metodología seguida para determinar la ley aplicable, los tribunales americanos han concedido daños punitivos en aquellos casos en los que alguno de los referidos elementos de conexión ha concurrido en un Estado o Estados cuyo sistema impone este tipo de daños. Asimismo, puede concluirse al respecto que los casos mejor razonados y más numerosos son aquellos en los cuales al menos dos de los referidos puntos de conexión están localizados en un Estado o Estados que imponen daños y perjuicios punitivos⁵⁴.

53. *Vid.* Symeon C. Symeonides, "Resolving Punitive-Damages Conflicts", *YPIL*, Vol. 5, pp. 1-34, 2003 (SSRN: <http://ssrn.com/abstract=903469>). Este artículo realiza un análisis pormenorizado de los distintos casos en los que los tribunales norteamericanos han tenido que resolver sobre conflictos de leyes en materia de daños punitivos entre sistemas que imponen este tipo de daños y aquellos que los prohíben. El artículo divide los casos en torno a ocho modelos típicos, dependiendo de si todos, algunos o ninguno de los elementos de conexión está localizado en un Estado, para imponer los daños punitivos a la conducta enjuiciada.

54. *Ibid.*, p. 33.

B. LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA.

19. La relación entre orden público y daños punitivos dentro –y fuera– del contexto comunitario no se limita al ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras –e incluso del auxilio judicial como ya se refirió–, sino que también incide en la fase de enjuiciamiento de la causa, ya que puede condicionar el Derecho material aplicable al litigio alterando el normal funcionamiento de la norma de conflicto. Institucionalmente, en el contexto comunitario se establece la posibilidad de inaplicar el ordenamiento nacional localizado por la norma de conflicto uniforme cuando concurren circunstancias excepcionales basadas en el orden público y en leyes de policía. En consecuencia, si es posible vincular los daños de carácter punitivo con el orden público del foro, el tribunal podrá impedir de manera legítima la aplicación del Derecho material localizado por la norma conflictual cuando éste reconozca este tipo de daños. Si se toma como referencia el instrumento comunitario conflictual aplicable en materia de responsabilidad extracontractual: el denominado Reglamento Roma II¹, la relación entre los daños punitivos y el orden público parece prácticamente inherente según el tenor del *Considerando 32 del RRII*: “*la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*”².

1. *Loc. cit.*, *supra* nota núm. 52. Instrumento comunitario *erga omnes* que reemplaza las normas de conflicto autónomas de los Estados miembros –excepto para Dinamarca– estableciendo reglas conflictuales uniformes para un gran número de casos sobre responsabilidad extracontractual.

2. Sobre la tramitación de este instrumento comunitario hasta su publicación y en particular sobre el porqué de la exclusión final de una regla específica sobre los daños punitivos en el texto definitivo, optando por recoger tal mención en un considerando del preámbulo, *vid.* M. Requejo Isidro: “Punitive Damages From a Private...”, *loc. cit.*, párrafos de 41-44.

20. En aquellos supuestos en los que resulte de aplicación al caso un ordenamiento jurídico que prevea la imposición de *punitive damages*³, el resultado puede ser muy distinto si se compara con los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia del *civil law*. Fundamentalmente porque en estos casos con los daños punitivos se permite una amplia discreción al tribunal para establecer la cuantía indemnizatoria⁴. En el caso de su aplicación, el posible resultado del litigio puede diferir en gran medida por ejemplo del sistema español⁵, dado que las consecuencias que la víctima puede alcanzar son muy superiores desde el punto de vista económico. Por ello resulta tan relevante la determinación del sistema jurídico aplicable, pues desde el punto de vista de la víctima estará más interesada en que se aplique aquel ordenamiento que sea más sancionador para los demandados, ya que supondrá una mayor indemnización.

21. Ahora bien, incluso entre Estados miembros UE, la ausencia de una normativa uniforme en materia de daños punitivos conduce necesariamente a la aplicación de los sistemas de fuente autónoma, en consecuencia, su admisión o rechazo dependerá del ordenamiento del foro –

3. Aunque para ello es necesario que se den una serie de requisitos, por ejemplo la *real malice* para los supuestos de difamación. No obstante, la aplicación de este tipo de daños es discrecional por parte del juzgador. De tal manera que puede encontrarse casos en los que dándose los requisitos en función del sujeto presuntamente difamado no se reconocen este tipo de daños. En particular, cuando se trata de figuras públicas –lo que viene íntimamente relacionado con la especial protección constitucional de la libertad de expresión– *Vid.* S.A. Roberts: “Damages: Recovery of Punitive Damages Held Unconstitutional in Defamation Action Where Plaintiff Is a Public Figure and Liability Is Based on Actual Malice”, *Cumb. L. Rev.*, vol. 6, 1975-1976, pp. 267- 274.

4. En este sentido, véase, *The Model Punitive Damages Act*, promulgada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL)* en 1996. Esta norma proporciona a los Estados modelos de procedimientos mejorados para conceder *los punitive damages*, incluyendo reglas sobre prueba, procedimientos para controlar indemnizaciones injustificadas, y el control del tribunal en la aplicación de los *punitive damages*. Sin embargo, esta norma no establece un límite máximo para los *punitive damages*. Si bien, esta norma no ha sido adoptada por ninguno de los Estados norteamericanos *Act*, (*vid.* *Model State Punitive Damages Act*, *U. Cin. L. Rev.*, Vol. 60, 1991-1992, pp. 1077- 1082).

5. *Vid.* E. Llamas Pombo: “Nuevo debate sobre los punitives damages”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N°. 101, 2012, pp. 4-7.

si bien, con ciertos límites si la materia objeto del litigio está armonizada-. A este respecto, puede hacerse referencia a la sentencia *Manfredi*⁶, donde el Tribunal de Justicia resuelve sobre la disponibilidad de daños y perjuicios en caso de violación del Derecho comunitario de la competencia y su posible impacto en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. En esta sentencia el Tribunal establece que “ante la inexistencia de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación del perjuicio causado –esto es, la extensión del daño- siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”. En consecuencia, no se elimina la posibilidad de que se impongan daños punitivos –“indemnizaciones especiales como son las de carácter disuasorio o punitivo”- por el tribunal del foro siempre y cuando se respeten estos principios. Ahora bien, la postura de Derecho comunitario frente a los daños punitivos no es clara, pues si bien esta decisión resuelve la cuestión desde el punto de vista del Derecho aplicable por el foro, no lo hace respecto de la posible ineficacia extraterritorial de la decisión, pues nada se dice sobre la posibilidad de que el tribunal requerido acuda a la cláusula de orden público para evitar la ejecución de la decisión en su territorio si su ordenamiento jurídico no reconoce los daños punitivos⁷.

C. LA RESPUESTA DE ALGUNOS SISTEMAS NACIONALES.

22. Los sistemas jurídicos nacionales prevén distintos regímenes materiales de responsabilidad civil. No obstante, la disparidad de regulación entre la *lex causae* y el Derecho del foro, no es motivo suficiente que justifique la aplicación de la ley del foro -en vez del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto- mediante el

6. STJCE (Sala Tercera), de 13 de julio de 2006 asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

7. Pues en *Manfredi* el Tribunal de Justicia se limita a precisar al respecto que: “No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios”.

recurso al orden público internacional-, o impedir el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras por el hecho de que condenen a daños punitivos. Ahora bien, esto no conduce necesariamente a que el orden público en este aspecto no resulte de aplicación, sino que ha de interpretarse igualmente de manera restrictiva. La responsabilidad extracontractual implica para el agente causante del daño una limitación en su “autodeterminación”⁸, la cuestión es qué tipo de limitación, qué consecuencias se derivan para el agente de esa responsabilidad -y esto varía de un ordenamiento a otro-. En este sentido es posible que el tribunal del foro acuda eventualmente al orden público internacional cuando en su ordenamiento jurídico no se contemple en el ámbito de la responsabilidad aquiliana que los daños derivados de un comportamiento puedan generar al agente la obligación de indemnizar -cuando así resulte de la aplicación del Derecho extranjero-, aunque esta consecuencia no tiene porqué darse de manera automática⁹.

23. A esto ha de añadirse que algunos sistemas nacionales de los Estados miembros prevén limitaciones concretas a la aplicación de un ordenamiento extranjero –más allá de la cláusula general del orden público- en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, que son aplicables a los supuestos de obligaciones no contractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad¹⁰. En este sentido, por ejemplo el art. 52 de la *Estonian International Private Law Act* del 2002¹¹ establece que la aplicación de un Derecho

8. Cf. E. Dias Oliveira: *Da responsabilidade Civil ... ob. cit.*, p. 629.

9. En este sentido, véase la sentencia de la Corte de Casación francesa dictada en el caso *Lautour*, de 25 de mayo de 1948, en la que se establece que la disposiciones de Derecho extranjero sobre responsabilidad extracontractual no son contrarias al orden público internacional francés por ser distintas a la disposiciones imperativas francesas, únicamente cuando aquellas atenten a los principios de justicia universal considerados en Francia como bienes de valor internacional absoluto (referida en E. Dias Oliveira: *Da responsabilidade Civil ... ob. cit.*, p. 629, nota a pie 2465).

10. En particular en cuestiones relativas a las compensaciones económicas que le corresponden a la víctima del daño.

11. Vid. J.J. Álvarez Rubio (director): *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Publicación Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 201.

extranjero no podrá llevar a los tribunales nacionales a ordenar compensaciones económicas significativamente mayores de las previstas para daños similares en el Derecho del foro¹². De tal manera, que en estos casos el Derecho del foro opera como ley de referencia para los Derechos extranjeros –que resulten de aplicación según la norma de conflicto del art. 50 de este cuerpo normativo-. En términos similares se manifiesta el sistema alemán. El art. 40.3 de la EGBGB¹³ limita el alcance de la reclamación de indemnizaciones por conductas antijurídicas – como reserva especial de orden público-. Así, las demandas regidas por un Derecho extranjero no podrán ser invocadas en tanto que sobrepasen considerablemente la indemnización convenida en el Derecho del foro para el perjudicado, persigan manifiestamente otros objetivos distintos del apropiado resarcimiento de la víctima, o contradigan normas de responsabilidad contenidas en un Convenio en vigor para Alemania¹⁴. Desde esta perspectiva, los dos límites previstos en el sistema alemán podrían aplicarse cuando se esté ante supuestos de *punitive damages*¹⁵. Ahora bien, la doctrina nacional aboga por una interpretación flexible de esta regla, de manera tal que en aquellos casos en los que el Derecho alemán permita una indemnización pecuniaria para cumplir una función preventiva,

12. En aquellos sistemas donde la responsabilidad civil se fundamenta en la reparación o compensación del daño (principalmente sistemas europeos), existe una evidente relación entre la proporcionalidad de las sanciones y el orden público internacional. Para un análisis de la incidencia de esta cuestión en el recurso al orden público internacional en el DIPr (tanto en el sector de Derecho aplicable como en el de reconocimiento) desde una perspectiva comparada véase, D. Moura Vicente: *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 698- 707.

13. Inspirado en los artículos 135.2 y 137.2 de la ley de DIPr suiza (Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 de derecho internacional privado).

14. Vid. K. Fach Gómez: “La nueva regulación de las obligaciones extracontractuales y del Derecho de cosas en Derecho internacional privado alemán”, *REDI*, vol. LI, núm. 1, 1999, pp. 287-295, esp. p. 290.

15. Este tipo de daños no son admitidos por el Derecho interno alemán –ni por la generalidad de Estados comunitarios-, como así se ha manifestado por la jurisprudencia alemana. *Ibidem*; J. Dolinger: “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 452-496, en esp. pp. 494-495; H. Bungert: “Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany”, *Int'l L.*, vol. 27, n.º. 4, 1993, pp. 1075-1090.

las leyes extranjeras que conceden daños punitivos podrían resultar aplicables¹⁶.

24. Desde la perspectiva francesa cabe afirmar que la doctrina se encuentra dividida al respecto. Asimismo, ciertas resoluciones judiciales han refutado la naturaleza indiscutible del principio de plena compensación de pérdidas, pues en algunos casos se ha resuelto que una ley extranjera que rechaza la plena compensación del daño no es contraria al orden público. De tal manera que se ha permitido la aplicación de la *lex causae*, incluso si ello va en contra de los intereses de la víctima. De esta doctrina jurisprudencial algunos autores deducen que una ley que conlleve daños punitivos a favor de las víctimas debería, en consecuencia, ser admitida. No obstante esta opinión no es unánime¹⁷.

25. Especial mención merece el Derecho húngaro donde, de conformidad con el art. 10 del Decreto–ley n.º 13 de 1979 de DIPr, el Derecho del foro también tiene un especial papel frente a la posible ley extranjera aplicable (según el criterio general de conexión de la ley del lugar y el momento del daño). De manera tal que en el sistema húngaro la *lex fori* opera como un límite que se aplicará siempre que sea más beneficiosa para el perjudicado, lo que aplicado a la cuestión anterior –importe de la indemnización- se traduce en que si el Derecho húngaro resulta ser más favorable para la víctima que sufre el daño en cuanto a la compensación o indemnización que le corresponde recibir, estas acciones se enjuiciarán a la luz de la *lex fori*.

Por último, respecto del papel limitador que la *lex fori* puede jugar frente al posible Derecho material extranjero aplicable según el criterio *lex loci delicti commissi*, también puede ponerse de relieve la aplicación de la denominada regla de la doble accionabilidad –*double*

16. Véase bibliografía alemana referida por M. Requejo Isidro: “Punitive Damages From a Private...”, *loc. cit.*, nota a pie 65.

17. En contra, B. Audit: *Droit International Privé*, 4ª ed. 2006, párr. 802; a favor de esta interpretación, G. Cavalier y J.S. Quéguiner: *Punitive damages and French Public Policy*, Nagoya University, Japan/Freiburg University, Germany, Oct. 4-5, 2007, publicado en noviembre 2007 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1174363>).

actionability- para aquellos países del *common law* pertenecientes a la UE donde aquella se encuentra aun vigente (como es el caso del sistema inglés para los supuestos de difamación)¹⁸.

26. Puede concluirse que el mero uso de una denominación distinta a la hora de establecer las obligaciones pecuniarias del agente del daño no puede constituir motivo suficiente para acudir al orden público. En este sentido, aun partiendo del hecho de que en la generalidad de sistemas europeos no se admiten los daños punitivos por ser contrarios a sus normas sobre responsabilidad extracontractual -fundamentalmente porque exceden de la función compensatoria de la responsabilidad civil pasando a la sanción, que en el contexto civil no se permite en estos sistemas-, es posible que no se acudiera a este recurso para impedir la aplicación de este Derecho extranjero que reconoce los daños punitivos. Y esto ocurriría si a pesar de que se denominen daños punitivos, la sanción indemnizatoria que se le impone al agente del daño por aplicación de la *lex causae* resulta proporcional desde la perspectiva de la *lex fori*.

V. RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES

A. EN LA UNIÓN EUROPEA.

27. La cuestión de la eficacia transfronteriza de las decisiones judiciales extranjeras en esta materia resulta de especial relevancia, pues la respuesta es muy variada y numerosa en la práctica europea. Los instrumentos para el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales son: en el ámbito comunitario, el Reglamento Bruselas I o el Reglamento

18. La conjugación de la regla general del *locus damni* y la solución especial propia del sistema inglés, consitutye lo que se conoce como la *double actionability* (o también *proper law test*). Esta regla especial -únicamente vigente para los litigios sobre difamación, según la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995 - supone la aplicación acumulativa de la *lex delicti commissi* y la *lex fori*. De tal manera que basta con que una de ellas exonere de responsabilidad al autor del daño para que no se derive responsabilidad y, en consecuencia, no se enjuicie.

805/2004¹⁹, y fuera del ámbito de aplicación de aquellos, los sistemas autónomos de cada Estado requerido.

Aquellas resoluciones judiciales que no provengan de tribunales de Estados miembros no recaen dentro del ámbito de aplicación espacial del Reglamento Bruselas I, y precisamente aquellas decisiones en las típicamente se recoge la condena de daños punitivos son de origen norteamericano -o terceros Estados del sistema *common law* fuera de la UE-. Consecuentemente, en la generalidad de estos casos el eventual recurso al orden público será nacional, pues resultará de aplicación el sistema de fuente autónoma del Estado requerido -para el reconocimiento y ejecución de la resolución en cuestión dentro de su territorio-, con el amplio margen de interpretación que esto supone en función de sus propios valores y principios fundamentales. Y esta situación no va a cambiar con el nuevo Reglamento Bruselas I *bis* (Reglamento 1215/2012²⁰), que tras dos años de proceso legislativo no ha cumplido con los dos principales objetivos de la reforma; por un lado, la extensión de las reglas unificadas de competencia con el propósito de suprimir la remisión a los sistemas nacionales cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y, por otro, la eliminación del exequátur²¹. En particular, en lo que respecta al tratamiento de las resoluciones extranjeras ante la solicitud de reconocimiento y ejecución, siguiendo a su predecesor, el Reglamento Bruselas I *bis* se limita a regular el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en las materias comprendidas dentro de su ámbito de aplicación entre los Estados miembros. Se recoge un régimen común de reconocimiento y ejecución que resulta aplicable incluso si el demandado en el litigio del que se deriva la resolución estaba domiciliado en un tercer Estado, pero continúa sin prever normas comunes para los Estados miembros sobre el régimen de reconocimiento y ejecu-

19. Reglamento (CE) N° 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

20. Reglamento de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entrará en vigor en enero de 2015.

21. Un análisis sobre las principales modificaciones introducidas por el nuevo Reglamento puede verse en P.A. de Miguel Asensio: "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *Diario LA LEY*, Año XXXIV, Núm. 8013, Jueves, 31 de enero de 2013, pp. 1-5.

ción de las resoluciones de terceros Estados. De tal manera que la eficacia de tales resoluciones dependerá en cada Estado miembro requerido de lo previsto en su propia legislación de fuente interna (o previamente de los convenios en los que ese Estado sea parte)²².

28. La incidencia del orden público como motivo de no reconocimiento en aquellos supuestos en los que la causa de denegación del reconocimiento se centra o refiere al tipo de daños que recoge la resolución que se pretende hacer valer, típicamente ha venido referida a los *punitive damages* –en aquellas jurisdicciones nacionales pertenecientes a la familia de *civil law*–.

No obstante, el carácter punitivo de los daños no siempre es la causa de denegación de reconocimiento de este tipo de decisiones extranjeras, pues existe una tendencia cada vez más generalizada por los tribunales nacionales europeos de admitir este tipo de resoluciones si los importes que se recogen como debidos por el ejecutado son equiparables a los que según la ley nacional del foro –Estado requerido– corresponderían para ese tipo de obligación extracontractual en cuestión –con independencia de la terminología utilizada para designar los daños²³, aunque también

22. Lo que para P. A de Miguel Asensio se trata de una “*carencia significativa, teniendo en cuenta la interpretación amplia que prevalece del alcance de la competencia exclusiva de la Unión para concluir convenios internacionales en ese ámbito y de la nula actividad al respecto por parte de la Unión –a excepción del Convenio de Lugano de 2007–*” (*loc. cit.*, p. 5). En particular, si se toma como referencia que tras el Reglamento Bruselas la UE tiene competencia exclusiva externa para concluir convenios internacionales con terceros Estados sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en las materias objeto del Reglamento. Manteniéndose en el Reglamento Bruselas I Bis esta aproximación, por lo que únicamente cabe la aplicación de aquellos convenios bilaterales y acuerdo de los Estados miembros con terceros Estados que fueran anteriores a la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I (art. 73.3 Reglamento 1215/2012).

23. De tal manera que si la función preventiva y simbólica también presentes en los sistemas del *civil law* –como así atestigua la doctrina continental– se cumple con esos daños reconocidos sin que ese elemento sancionador exceda con mucho lo previsto en el ordenamiento del foro, debería concederse el reconocimiento y ejecución de la decisión judicial. En este sentido se pronuncia P. Salvador Coderch (*vid.* “*Punitive Damages*”, *loc. cit.*, p. 14). Y esta aproximación es la que tuvo en consideración el TS en su Auto de fecha 13 de noviembre de 2001 (ROJ: ATS 1803/2001), que se analiza posteriormente (*infra* párrafo 31).

pueden encontrarse recientes excepciones²⁴. Además, esta tendencia de flexibilización de la cuestión a la hora de reconocer las decisiones extranjeras que contengan pronunciamientos sobre daños no compensatorios o punitivos también se observa en los textos internacionales, como es el caso del Convenio de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro²⁵, en el que expresamente se establece que las resoluciones que otorgan una indemnización por daños y perjuicios, incluyendo los daños no compensatorios o punitivos, deben ser, asimismo, reconocidas y ejecutadas según el Convenio. Además, su art. 11 permite –pero no impone obligación alguna de– rechazar el reconocimiento y la ejecución de la parte no compensatoria de la resolución²⁶.

24. En este sentido puede referirse la decisión de la *District Court in Warsaw*, VII Civil Department of August 12, 2011 (case VII Co 300/10 *sustained by the decision of the Court of Appeal in Warsaw*, I Civil Department of January 26, 2012, case I ACz 2059/11), por la que se deniega el reconocimiento de un sentencia recaída en un procedimiento sobre difamación en el *Circuit Court of Cook County, State of Illinois* en 2006, debido a los *punitive damages*. Un análisis particular de esta sentencia puede verse en J. Balcarczyk: “*Recognition of Overseas...*”, *loc. cit.*

25. Texto disponible en la página web de la Conferencia de La Haya <http://www.hcch.net> > Conventions > Internacional Legal Co-operation > Choice of Court Agreements (2005) [37]. De hecho se toma como referencia este texto internacional por parte de la doctrina americana para justificar el posible reconocimiento de las decisiones americanas más allá de su jurisdicción cuando estas contengan menciones a los daños punitivos. En este sentido, puede verse R.A. Brand: “*Punitive damages revisited. Taking the rationale for non-recognition of foreign judgments too far*”, *JL & Com*, 2005, n° 2, vol. 25, pp. 181-196; A. Gray: “*Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention of Choice of Court Agreements*”, *Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.*, vol. 17, 2009, pp. 105-156.

26. En este sentido el régimen previsto beneficia tanto a la víctima como al potencial demandado. Respecto de la víctima ya que la parte compensatoria debe en cualquier caso ejecutarse, a diferencia de lo que ocurre en algunos sistemas legales que rechazan totalmente la ejecución de la resolución si ésta impone en parte daños punitivos (o no compensatorios). Y desde la perspectiva del demandado porque es posible en algunos sistemas jurídicos nacionales ejecutar la totalidad de la resolución incluyendo la parte no compensatoria. *Vid.* la reseña sobre este convenio realizada en el seno de la Conferencia de la Haya de DIPr <http://www.hcch.net/upload/outline37s.pdf>. En términos similares el proyecto nunca materializado del Convenio de la Haya sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil –redacción provisional de 30 de octubre de 1999–.

B. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL NACIONAL DE LA CUESTIÓN: EN PARTICULAR LA RESPUESTA ESPAÑOLA.

29. Desde la perspectiva europea las resoluciones extranjeras en general, y las de los tribunales de EEUU en particular, adoptadas en este tipo de litigios tampoco han sido fácilmente reconocidas por los tribunales nacionales. Las causas de denegación de reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras se han reconducido generalmente a través del recurso al orden público por el tribunal requerido. En términos generales, la incidencia del orden público en su dimensión sustantiva como motivo de no reconocimiento se centra o refiere al tipo de daños que la resolución recoge.

30. Un análisis de la jurisprudencia de los Estados miembros sobre los daños punitivos nos permite dar cuenta de que el rechazo inicial a este tipo de daños es relativo²⁷. Si bien es cierto que los órganos jurisdiccionales superiores establecen que los daños punitivos resultan contrarios al orden público del foro –mientras que los intermedios se muestran más favorables a su aceptación-, sus resoluciones no son totalmente excluyentes y permiten matizar esta conclusión.

Del análisis jurisprudencial de distintos países –al margen de la práctica española²⁸-, es posible sacar varias conclusiones: a) el hecho de que se trate de una institución desconocida en el Estado requerido no conduce necesariamente a la denegación, sino que el elemento de decisión se centra en la finalidad que la institución cumple; b) en una primera aproximación, la finalidad punitiva y el enriquecimiento inmediato de la víctima chocan con los principios del ordenamiento del Estado requerido; c) pese a ello, la función punitiva no es decisiva si se identifican otras funciones aceptables en el sistema de Derecho de daños del

27. En este sentido, P. Salvador Coderch, “Punitive damages”, *loc. cit.*; P. Salvador Coderch, M.T. Castiñeira Palou: *Prevenir y castigar...*, *ob. cit.*; R.A. Brand: “Punitive damages revisited...”, *loc. cit.*, pp. 195-196; y B.A. Koch: “Punitive Damages...”, *ob. cit.*, pp. 197-209.

28. Alemanas y de R. Unido, principalmente. Para mayor abundamiento véase el análisis jurisprudencial que de esta cuestión se hace por E. Rodríguez Pineau de los sistemas alemán, inglés y griego (“Punitive damages...”, *loc. cit.*, pp. 1751-1756).

foro (por ej. la compensatoria); d) es posible el reconocimiento parcial de la decisión si se pueden distinguir los distintos tipos de daños concedidos; e) la vinculación o conexión entre el caso con el foro suele ser un elemento determinante para la admisión de la excepción del orden público²⁹ –en definitiva, para no aceptar estos daños-; f) el elemento decisivo de evaluación lo constituye el principio de proporcionalidad, entendido como la existencia de una correlación razonable entre el daño causado y la indemnización impuesta³⁰.

31. En España, dejando al margen el análisis de la legislación española en materia de Derecho de daños –que parece reforzar la teoría de que el sistema español no admite los daños punitivos-, la jurisprudencia –aunque escasa- sobre los daños punitivos diferencia en función de si se trata de aplicar el Derecho español de daños: rechazando su concesión por el sistema español de daños³¹, o si se trata de reconocer los daños punitivos otorgados en el extranjero –en cuyo caso varía ligeramente-. Pueden destacarse en este último aspecto un Auto de Tribunal Supremo español que da muestra de la tendencia actual –en términos generales- favorable al reconocimiento de este tipo de daños cuando se cumple una serie de requisitos que permiten su compatibilidad con el ordenamiento jurídico del foro (Auto de 13 de noviembre de 2001)³².

29. La denominada *Inlandsbeziehung* por la doctrina alemana. Sobre la práctica alemana –jurisprudencial y posición doctrinal- del recurso al orden público frente a los daños punitivos fuera del contexto comunitario, véase M. Requejo Isidro: “Punitive Damages From a Private...”, *loc. cit.*, párrafos 24-27.

30. Desde una perspectiva europea la proporcionalidad respecto de los daños punitivos toma en consideración su necesidad y adecuación –y su carácter menos restrictivo de otros bienes-, mientras que desde la perspectiva norteamericana la proporcionalidad parece que se circunscribe únicamente a la correlación entre los daños compensatorios y los punitivos (*cf.* H. Bungert: “Enforcing U.S. Excessive...”, *loc. cit.*, p. 1086).

31. *Vid.*, entre otras, Sentencia de la AP Cádiz, de 23 de julio de 2002. Si bien, en ciertos sectores materiales, como es el caso del contrato de seguro, pueden encontrarse resoluciones que reconocen el carácter punitivo de los intereses previstos en el art. 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro (SSAP Guipúzcoa de 11 de enero de 2001 y de 12 de febrero de 2002).

32. Previamente el TS ya tuvo conocimiento de este tipo de daños recogidas en sentencias norteamericanas cuya ejecución se pretendía en territorio español. Así, el Auto de 18 de septiembre de 2001 admite la petición de reconocimiento parcial de una decisión

El Auto de 13 de noviembre de 2001 concede el exequátur de una resolución norteamericana (dictada por el Tribunal federal de 1ª Instancia para el Distrito Sur de Texas, Sala de Houston) contra una mercantil española por uso indebido de propiedad intelectual y violación de marca registrada y competencia desleal, a pesar de que se recogían en dicha resolución daños punitivos contra la ejecutada. El TS tras calificar este tipo de daños como materia civil y apreciar que se trata de una figura desconocida para nuestro ordenamiento jurídico, resolvió que esto no es suficiente *per se* para denegar el reconocimiento con base en el orden público (material), sino que lo esencial es si esa figura desconocida puede o no convivir “*armónicamente con las que éste contempla y regula*” (FJ 9º). Y si bien la función sancionadora de la figura sin una finalidad estrictamente restitutoria y reparadora podría chocar con las previsiones del sistema español, dado que el *quatum* indemnizatorio en este caso se realizó teniendo en consideración la intencionalidad de la conducta del infractor y su gravedad –elementos esenciales en la ley del foro para realizar esa operación- se considera que es compatible con el Derecho del foro.

La no incompatibilidad con el orden público español de los daños punitivos en este caso se apoyó por el TS en varias razones: a) la idea de prevención y sanción coercitiva no son completamente ajenas al sistema de indemnización de daños y perjuicios del Derecho español; b) los daños punitivos responden al principio de intervención mínima en el ámbito penal; c) se cumple con el principio de proporcionalidad –lo que se exige en otros Estados en supuestos análogos-, ya que en el caso particular la sanción de tres veces los daños materiales causados está prevista en la ley aplicable al caso –de esta forma parece que se elimina el riesgo de la arbitrariedad- y se trata de una medida que tutela intereses propios de la economía de mercado, equiparables a los de otros

de un tribunal norteamericano –sentencia del tribunal superior de Nueva Jersey-, por la que se condenaba a los demandados españoles al pago de una indemnización por daños y perjuicios por cuantía de casi diez millones de pesetas. La resolución recogía el pago adicional de otros cinco millones en concepto de daños punitivos. Si bien el TS no tuvo que pronunciarse al respecto porque de esa parte de la sentencia no se solicitó el reconocimiento.

Estados; d) para finalizar el TS refiere la conexión o vinculación del asunto con el foro, si bien no concreta en qué términos debe ser evaluado este factor.

32. Claramente pueden establecerse paralelismos entre las resoluciones de otros países europeos y esta decisión pues se remite al orden público sustantivo y se analiza la compatibilidad de los daños punitivos con éste en términos de proporcionalidad (si bien, muestra ciertos matices propios ya que el TS atiende a la ausencia de arbitrariedad y a la equivalencia de fines). Al mismo tiempo, el TS recoge aspectos peculiares del sistema español ya que refiere a que en el Derecho de daños español se prevén otros fines además del meramente compensatorio así como su carácter preferente sobre las medidas penales –principio de intervención mínima-. Para la valoración de la proporcionalidad –y en consecuencia para la compatibilidad con el orden público español, el test de orden público- no se toma en consideración la relación de los importes compensatorios- punitivos, pues se parte de carácter sancionador y preventivo de esta indemnización, por lo que los elementos de valoración los centra en que la sanción esté prevista legalmente y que responda a unos fines admisibles.

33. En definitiva, el tipo de daños objeto de ejecución no es en la actualidad la principal causa de denegación del reconocimiento de sentencias extranjeras –al menos en la generalidad de Estados europeos-. El elemento o factor determinante es si la tutela material que da la decisión a ese daño o perjuicio enjuiciado³³ es o no coincidente –o al menos compatible- con el tratamiento que se le daría en el foro. Los daños punitivos no contradicen *per se* el orden público, que tiende a ser interpretado restrictivamente, sino que en buena medida el reconocimiento o denegación de éste va depender de la valoración funcional que realice el estado requerido y, sobre todo, de un juicio de proporcionalidad³⁴.

33. Lo que vendrá determinado por el Derecho que se haya aplicado al fondo del asunto para resolver, e incluso en función de la ley del foro del Estado del tribunal de origen –o en su caso institucionales-.

34. Para R. Alexy, no se está ante una contraposición de políticas legislativas sino que

V. CONCLUSIONES

34. Tanto desde una perspectiva comunitaria como nacional -tomando como referencia varios países europeos-, la presencia de una institución potencialmente desconocida para sus ordenamientos jurídicos -como los daños punitivos- no conduce necesariamente a su no aplicación como efecto principal de la cláusula de orden público material. Y esto puede apreciarse en mayor o menor medida en los tres sectores del DIPr que pueden resultar afectados a este respecto: ley aplicable, auxilio judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

Si se toma como referencia los instrumentos comunitarios analizados, cabe deducir que el Derecho comunitario no tiene una postura definida frente a los daños punitivos -quizá porque no tenga porqué-, y desde los sistemas autónomos la práctica jurisprudencial es variada pero tampoco se manifiesta concluyente. En términos generales puede apreciarse una tendencia favorable a la aceptación de este tipo de daños siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos mínimos que permita su compatibilidad con el ordenamiento del foro.

35. En particular, en lo que respecta a la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras referidas a los daños punitivos dentro del contexto comunitario, la denegación de tal solicitud siempre se ha reconducido a través del recurso al orden público por el tribunal requerido (art. 34.1 Reglamento Bruselas I). Ahora bien, el régimen común de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales que el Reglamento Bruselas I establece se circunscribe a las materias comprendidas dentro de su ámbito de aplicación entre los Estados miembros.

36. La causa principal de ese inicial rechazo se encuentra en que esta institución propia de los sistemas del *common law*, en particular del sistema de EEUU, no encuentra reflejo en los sistemas pertenecientes

en realidad se trata de una ponderación de los derechos en presencia: la tutela judicial efectiva del demandante (por reconocimiento) y la sanción proporcionada del condenado (cf. "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, 2000, pp. 294-304, en particular, p. 298).

al *civil law*, ya que la responsabilidad civil extracontractual en la generalidad de ordenamientos europeos se basa en la función de reparar y/o restituir sin que el carácter punitivo -no compensatorio- de la sanción para el responsable esté admitido.

Partiendo de este presupuesto, tradicionalmente ha existido un rechazo a este tipo de decisiones que reconocen daños punitivos por los Estados del *civil law*, pero actualmente la condena de daños punitivos en la decisión no supone automáticamente la denegación de reconocimiento de la resolución extranjera -al margen del posible reconocimiento parcial de la misma, en aquello no referido a la sanción punitiva-. Existe una tendencia cada vez más generalizada por los tribunales nacionales europeos de admitir este tipo de resoluciones si los importes que se recogen como debidos por el ejecutado son equiparables a los que según la ley nacional del foro -Estado requerido- corresponderían para ese tipo de obligación extracontractual en cuestión -con independencia de la terminología utilizada para designar los daños-.

37. Para el caso de que resulte de aplicación el régimen común de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales previsto en el Reglamento Bruselas I, la cláusula de orden público consagrada en el primer apartado del art. 34 debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva (justificado por su propio tenor literal "manifiestamente contrario"), lo que limita en mucho el posible recurso; no obstante, no desaparece tal posibilidad.

38. Típicamente en los casos en los que esta cuestión se va a plantear, las decisiones tienen origen en terceros Estados no UE, por lo que éste régimen común no resulta de aplicación teniendo que recurrir al régimen de reconocimiento y ejecución previsto en los sistemas de fuente interna de Estado miembro requerido. Por lo que el éxito de tal solicitud -reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera- dependerá del tratamiento del orden público nacional en el foro. En este contexto el análisis jurisprudencial realizado da cuenta de que desde la perspectiva nacional el tipo de daños objeto de ejecución no es en la actualidad la principal causa de denegación del reconocimiento de sentencias extranjeras, fundamentalmente por el carácter restringido del recurso al orden

público. Los daños punitivos no contradicen *per se* el orden público nacional sino que han de hacerse ciertas valoraciones de base que resultan comunes en la generalidad de Estados, y que permiten concluir que en gran parte el reconocimiento o su denegación dependerá de la valoración funcional que realice el tribunal requerido de los daños en cuestión y, principalmente, de si resulta o no proporcionales a la luz del ordenamiento del foro.

EJERCICIO EFECTIVO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Miguel Ángel ESPECHE GIL (Argentina)*
Miembro del IHLADI

Deseo manifestar mi felicitación al Dr. Arrighi por su excelente ponencia y pedir su aprobación por el plenario del congreso.

Al mismo tiempo, siguiendo su recomendación de continuar elaborando medidas para el fortalecimiento y perfeccionamiento de la Democracia Representativa, formulo cinco propuestas tendientes a combatir el fraude electoral que en nuestro continente aún no ha sido eliminado no obstante los notables progresos alcanzados en el sistema para su erradicación.

1° La Resolución del Comité Jurídico Interamericano de Rio de Janeiro, (CJI/RES.I-2) LA DEMOCRACIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO aprobada el 6 de febrero de 1996, dispuso: ...

”2 Continuar con el estudio del tema, con especial énfasis en los aspectos que siguen:

a) Identificar y tipificar el eventual ilícito internacional contra el ejercicio efectivo de la Democracia Representativa y estudiar la responsabilidad que de él se pueda derivar para el Estado y los individuos.

b) La posible ilicitud internacional por las acciones que distorsionen o pretendan distorsionar los resultados electorales,

Fecha de recepción del original: 10 de enero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de enero de 2013.

* Embajador de Argentina.