

ALGUNAS TENDENCIAS JURÍDICAS DE LA GLOBALIZACIÓN

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad, Colección Escuela Diplomática, nº 7, Madrid, BOE-AEPDIRI, 2003, pp. 47-84

ISSN 1576-2432,

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>*

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

ABSTRACT

New legal trends concerning the regulation of international private relations can be identified in the context of globalization. The article focuses on law reform from a global perspective, the progressive development and limits of new sources of rules, the increasing competition between states and the role played by private organizations.

Keywords: Globalization, Law Reform, Private Law Making

RESUMEN

La globalización se halla asociada a nuevas tendencias jurídicas en la ordenación de las actividades de sus actores, muy especialmente las empresas transnacionales, pero también el resto de las empresas y los particulares, así como de las relaciones de esos actores con los Estados. Objeto de especial atención son: el progresivo desarrollo de nuevos ámbitos de elaboración de normas, la creciente competencia de localización entre ordenamientos y el papel que desempeñan las organizadas privadas internacionales en la ordenación de las relaciones características de la globalización.

Palabras claves: Globalización, Producción de normas, Privatización normativa

ALGUNAS TENDENCIAS JURÍDICAS DE LA GLOBALIZACIÓN

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Evolución cualitativa de las transacciones internacionales. III. Competencia de localización, sistema financiero mundial y reformas normativas. IV. División de la sociedad mundial y orientaciones de las legislaciones nacionales. V. Nuevos y viejos ámbitos de producción de normas. 1. Institucionalización y comercio mundial. 2. Internacionalismo y localismo en la integración comunitaria. 3. Surgimiento de otros ámbitos de creación. VI. Alcance de la privatización normativa. VII. Ciertas deficiencias de la globalización judicial. VIII. Procedimientos de toma de decisiones y déficit democrático.

I. PLANTEAMIENTO

1. El fenómeno de la globalización se ha convertido en uno de los principales temas de debate social. Al hilo de ese debate, se acentúa la crítica sobre la actuación no sólo de las empresas transnacionales y de los Estados más industrializados –principales protagonistas de algunas dimensiones de ese fenómeno-, sino también sobre los organismos del sistema financiero internacional, en particular el FMI y el Banco Mundial, y sobre la necesidad de reformas importantes en la actividad desarrollada hasta el momento por otras organizaciones como la OMC (e incluso la OCDE).

Pero al margen de esa controversia, las transformaciones vinculadas a la globalización, como proceso social contemporáneo – muchas de cuyas facetas han venido ocupando un lugar residual en ese debate- se proyectan decisivamente sobre la evolución de los ordenamientos jurídicos (nacionales) y reclaman una importante evolución para hacer frente a la regulación de los conflictos de intereses característicos de un mundo globalizado. Dejando a un lado la dimensión de los conflictos entre Estados, además de la relativa a las relaciones entre los Estados y las aludidas organizaciones internacionales, interesa detenerse en cómo el fenómeno de la globalización se halla asociado a nuevas tendencias jurídicas en la ordenación de las actividades de sus actores, muy especialmente las empresas transnacionales, pero también el resto de las empresas –en cuya actividad resulta cada vez más habitual el comercio transfronterizo- y los particulares –ciudadanos de un mundo

globalizado-, así como de las relaciones de esos actores con los Estados.

2. Entre otras acepciones, el término globalización hace referencia a un proceso caracterizado por la progresiva pérdida de la naturaleza estatal o nacional de actividades económicas, sociales e incluso políticas, cuyas consecuencias se proyectan sobre la humanidad en su conjunto. Entre otras circunstancias, tiende a diluirse la tradicional separación entre un mercado interno o nacional (o comunitario) y el mercado exterior, en un entorno en el que las fronteras estatales pierden peso al determinar los mercados relevantes, frente a otros factores económicos, tecnológicos (son ilustrativos los procesos empresariales de externalización - *outsourcing*- de actividades) y culturales (basta pensar en el área geográfica en la que se viene concentrando la inversión directa en el exterior de las empresas españolas). Las barreras espaciales no sólo pierden parte de su significado en el ámbito económico sino también en otras importantes facetas de la vida social, como sucede con las culturas mismas en un entorno en el que se incrementan las migraciones transculturales.

La expansión de las relaciones transfronterizas de todo tipo es uno de los cambios característicos de la globalización, promovida por las nuevas vías de intercambio de información que facilitan el establecimiento de vínculos entre personas o empresas distantes o pertenecientes a colectivos muy heterogéneos. Esta circunstancia dota, en una primera aproximación, de especial importancia al Derecho internacional privado, al tiempo que la globalización, sobre todo, reclama la transformación de elementos esenciales de ese sector del ordenamiento. Como quiera que esas cuestiones han sido ya recientemente objeto de reflexión¹, interesa -en el contexto de estas Jornadas- centrar la atención en algunas de las grandes líneas que marcan las nuevas orientaciones y retos de la configuración del Derecho para ordenar relaciones y actividades características de la globalización, a la luz de los cambios en la sociedad internacional.

¹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *AEDIPr*, 2001, pp. 37-87.

II. EVOLUCIÓN CUALITATIVA DE LAS TRANSACCIONES INTERNACIONALES

3. Más allá del aumento en el número de las transacciones económicas internacionales, la globalización implica sobre todo una transformación cualitativa de las mismas. Tradicionalmente la actividad internacional de las empresas se ha centrado en relaciones basadas en la exportación e importación de bienes, en las que la compraventa (paradigma de la sociedad industrial) es el tipo contractual fundamental. Con el aumento de la internacionalización de la actividad empresarial, ese tipo de relaciones son en gran medida desplazadas por modalidades de actuación que implican la presencia directa de las empresas transnacionales en múltiples mercados -lo que con frecuencia tiene lugar mediante la adquisición de empresas locales- y exige una creciente coordinación y concentración entre las actividades empresariales realizadas en los diversos países, que desborda el mero desarrollo de una red multinacional de filiales que compiten a nivel local, dando lugar a empresas con una visión global que exige la localización estratégica de actividades en países diferentes².

La radical transformación de los negocios internacionales afecta de manera decisiva a la práctica jurídica en el ámbito del comercio internacional, donde se observa una especial influencia en el ámbito mercantil del sistema de EE.UU. y la convergencia entre los sistemas jurídicos de los países más implicados en la actividad transnacional³. Las empresas modifican sus sistemas de organización, flexibilizando las operaciones de producción y obtención de recursos, y desarrollan acuerdos tendentes a establecer relaciones estables así como formas novedosas de colaboración empresarial para hacer frente a los elevados costes y riesgos de ciertos proyectos internacionales y a su carácter duradero, que se relaciona con la pérdida de peso de las transacciones puntuales. Además, al facilitar el llamado teletrabajo y la prestación a distancia de los más variados servicios, las tecnologías de la información contribuyen a la mencionada deslocalización del proceso productivo.

4. Por otra parte, también la transformación en el mundo de las comunicaciones y en la transmisión de información favorece la

² Cf. L. Briones, "Planificación de las inversiones españolas en el exterior en un entorno globalizado", *Planificación de las inversiones españolas en América Latina*, Madrid, Cámara de Comercio, 2001, pp. 25-46, pp. 32-33.

³ Vid. J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Pinter, 1999, pp. 18-19.

actividad internacional (incluso con alcance prácticamente global o mundial) de empresas de reducido tamaño que desbordan su ámbito local de actividad –fenómeno hasta hace poco desconocido-, pues ofrecer productos y servicios a potenciales clientes ubicados en el extranjero resulta ahora mucho más sencillo, en especial en sectores económicos relacionados con la actividad cultural, donde la explotación de los productos tiene lugar a través de figuras negociales como los contratos de acceso (a información) o de licencia, restando también importancia relativa a la compraventa. Desde otra perspectiva, esa evolución, que facilita que los potenciales clientes puedan elegir desde su propio domicilio, sin tener que emprender costosos desplazamientos, entre las ofertas de empresas situadas en diversos lugares, se asocia también con la expansión de las relaciones de consumo transfronterizas.

Frente a la situación anterior, los contratos internacionales no sólo son comunes en las relaciones entre empresas, sino que además de reducir los costes de la colaboración empresarial internacional multiplica la aparición de contratos de consumo internacionales, entre empresas y particulares que adquieren bienes o servicios para su uso personal o familiar (y no profesional y empresarial), y también facilita la contratación laboral entre trabajadores y empresas localizados en países distintos. Esta situación va unida a nuevas demandas normativas para garantizar una correcta adaptación a estas situaciones del nivel de tutela específico que ciertos ordenamientos –como sucede en el ámbito comunitario- proporcionan a los consumidores en determinadas transacciones internacionales, lo que plantea importantes retos no sólo por el incremento cuantitativo de las transacciones de consumo internacionales –sin desplazamiento del consumidor- sino también por el potencial de los nuevos medios tecnológicos para facilitar el desarrollo de sistemas alternativos de solución de controversias e incluso para afectar a la posición relativa de las partes en estos contratos⁴.

⁴ En este sentido, no cabe desconocer que con frecuencia las empresas que extienden su actividad comercial al extranjero a través de Internet son empresas de tamaño reducido, al tiempo que el carácter interactivo de la Red, así como las posibilidades que ésta abre a los consumidores para la obtención de información, el intercambio de experiencias y la comparación entre ofertas disponibles tienden a reforzar la posición de los consumidores. Sobre estas cuestiones, *vid., v. gr.*, J. Hagel y J.F. Rayport, "La próxima batalla por la información del cliente", D. Tapscott (comp.), *La creación de valor en la economía digital*, Buenos Aires, Granica, 2000, pp. 271-291, pp. 272-283.

5. El desarrollo de la llamada sociedad de la información no sólo transforma el número y tipo de relaciones transfronterizas, sino que impone nuevas exigencias respecto de actividades cuyos efectos se manifiestan en múltiples jurisdicciones⁵. El nuevo medio va unido al desarrollo de ciertas conductas -difusión de pornografía, ataques a sistemas informáticos básicos para la seguridad nacional, promoción de contenidos que incitan al odio racial, prestación al margen de la ley de servicios (por ejemplo, médicos) normalmente sometidos a estrictos controles, actos de hostigamiento a determinados colectivos o individuos, actividades fraudulentas⁶- cuyo tratamiento legal plantea especiales dificultades, sobre todo por las divergencias -en particular, en la determinación de los límites de la licitud- entre los diferentes países así como por las carencias de los Estados para imponer sus decisiones en un entorno que facilita de manera extraordinaria la deslocalización de las conductas. Idea ésta que se asocia a la creciente demanda de internacionalización de las respuestas jurídicas para hacer frente a las exigencias de reglamentación asociadas al ciberespacio⁷ y no sólo para hacer frente a las necesidades de regulación del comercio electrónico -publicidad, protección de la propiedad industrial e intelectual, nombres de dominio, contratación y firma electrónicas, responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación...-, donde en los ordenamientos más desarrollados su notable evolución ha conducido a alcanzar un nivel de seguridad jurídica significativa⁸.

En todo caso, la tecnología de Internet parece ser neutral respecto a la evolución de los poderes del Estado, pues si bien obstaculiza ciertas tareas estatales (en línea con las dificultades para controlar el flujo de información y los extraordinarios costes asociados al aislamiento nacional en este ámbito) y refuerza la exigencia de cooperación internacional, también facilita el

⁵ Cf. J.P. Trachtman, "Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction and Modernism", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 5, 1998, disponible en <<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no2/10tract.html>>, pp. 1-17, *loc. cit.*, pp. 6-7.

⁶ Acerca de las categorías de conductas en Internet cuyo control por parte de las autoridades nacionales resulta más problemático, y de las peculiares dificultades que suscitan, *vid. S. Biegel, Beyond Our Control? (Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace)*, Cambridge, The MIT Press, 2001, pp. 51-95.

⁷ Cf. C. Engel, "The Internet and the Nation State", C. Engel, K.H. Keller (eds.), *Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values*, Baden-Baden, Nomos, Nomos, 2000, pp. 201-260, p. 243.

⁸ Para una visión de conjunto, con especial referencia a la situación en la Unión Europea y en España, *vid. P.A. De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002.

reforzamiento de ciertos instrumentos de gobierno y de su legitimación al hacer posible una mayor participación de los ciudadanos y favorecer la transparencia de los regímenes políticos⁹.

III. COMPETENCIA DE LOCALIZACIÓN, SISTEMA FINANCIERO MUNDIAL Y REFORMAS NORMATIVAS

6. La configuración y el significado de los ordenamientos nacionales resultan decisivamente influenciados por el proceso de globalización, si bien con múltiples matices, pues el margen de autonomía e incluso de libertad frente a esas influencias varía decisivamente según los países¹⁰. Cabe seleccionar tres dimensiones al abordar los condicionantes de la globalización sobre las legislaciones nacionales: la pérdida de control respecto de ciertas actividades por parte de los Estados (especialmente cuando son considerados de manera individualizada), la voluntad de cada Estado de reforzar su posición en lo relativo a la llamada competencia de localización para favorecer el progreso económico atrayendo inversiones y las imposiciones derivadas del sistema financiero mundial.

7. En relación con la primera de esas dimensiones, ciertamente la globalización aparece asociada a una erosión de la soberanía estatal -al menos en lo económico-, en términos que amenazan respecto de los Estados más débiles incluso el derecho a elegir y desarrollar libremente su sistema político, social, económico y cultural. Importantes ámbitos de la vida (económica) internacional

⁹ En la medida en que la información y la tecnología son construidas socialmente, debe rechazarse que el futuro de la democracia en el marco de la evolución tecnológica conduzca necesariamente a uno de dos modelos contrapuestos: uno, caracterizado por la plena participación de los ciudadanos (Atenas) u otro en el que éstos estuvieran plenamente controlados por el poder (Orwell), *vid.* M. Thompson, "Global Networks and Local Cultures: What Are the Mismatches and What Can Be Done about Them?", C. Engel, K.H. Keller (eds.), *Understanding ...*, *op. cit.*, pp. 201-260 pp. 113-129, pp. 116-118.

¹⁰ A.J. Rodríguez Carrión, "El nuevo Derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia", J.R. Capella Hernández (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 161-181, p. 166 pone de relieve que en la etapa actual el debilitamiento de la soberanía de la mayoría de los Estados podría ir unido a la reafirmación de la de otros y que "la impugnación de la soberanía podría ser un expediente de penetración de los grandes Estados, o asociaciones de Estados, en las políticas de Estados menos pertrechados".

parecen quedar, al menos parcialmente, al margen del control estatal, como son los flujos monetarios en el mercado financiero global - cuyos operadores, favorecidos por las limitadas atribuciones en materia de control por parte de las instituciones existentes y la ausencia de un poder político, tienden a la configuración de un entramado desregulado y autónomo- o ciertos aspectos de la actividad de las empresas transnacionales¹¹.

Asimismo, cabe apreciar un cierto desplazamiento del papel desempeñado por los Estados en las relaciones comerciales en beneficio de la posición de las empresas, al tiempo que las dimensiones alcanzadas por las grandes compañías transnacionales y los conglomerados financieros, así como el impacto de sus decisiones sobre inversiones, los coloca en condiciones de influir decisivamente en la configuración de las políticas estatales que les conciernen y de las medidas de los organismos del sistema financiero y comercial mundial.

8. Frente a la visión ideal del comercio internacional como intercambio mutuamente beneficioso para los diversos países implicados, se impone una realidad que muestra en ciertos ámbitos una competencia entre países próxima a la de las empresas entre sí¹². Por lo tanto, en el nuevo entorno adquiere una creciente importancia la exigencia de garantizar la competitividad internacional del Estado, con el propósito sobre todo de atraer inversiones directas del (exterior)¹³.

En la medida en que la transformación tecnológica, la liberalización comercial y los nuevos modelos organizativos facilitan de manera extraordinaria la deslocalización de las actividades empresariales, resulta de especial interés para los Estados su posición relativa o atractivo de cara a la captación de inversión directa, lo que condiciona decisivamente la regulación de aspectos económicos esenciales, como el régimen de las expropiaciones, la política fiscal, el nivel de protección socio-laboral, la liberalización de las inversiones extranjeras, la supresión de restricciones al flujo de capitales, el control de la adquisición de tecnología, la tutela de los bienes inmateriales, la política de defensa de la competencia, la

¹¹ *Vid., v. gr., M.S.M. Mahmoud, "Mondialisation et souveraineté de l'Etat", Journ. dr. int., vol. 123, 1996, pp. 611-662, pp. 619-628.*

¹² *Cf. P. Krugman, El internacionalismo moderno, Barcelona, Crítica, 1997, pp. 95-96.*

¹³ *Vid. H. Siebert, "What Does Globalization Mean for the World Trading System?", From GATT to the WTO: The Multilateral Trade System in the New Millennium, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 137-165, pp.147-148.*

admisibilidad del arbitraje (comercial) internacional (incluso entre inversores extranjeros y el Estado ante el CIADI o la Corte de Arbitraje de la CCI)¹⁴ y la normativa aplicable en el mismo... Al adquirir los sistemas jurídicos nacionales un importante significado en tanto que instrumentos de competencia (en la captación de inversiones empresariales), tienden a evolucionar para lograr esos objetivos, lo que se traduce en ocasiones en la especial influencia de los ordenamientos anglosajones más significativos, así como de las directrices establecidas por los organismos fundamentales del sistema financiero y comercial mundial, que se adaptan especialmente a los intereses -y necesidades- de los grupos transnacionales cuyas inversiones tratan de captarse y se ofrecen como óptimos para atraer a la inversión directa extranjera¹⁵.

9. Precisamente uno de los aspectos más severamente criticados del proceso de globalización actual deriva de la capacidad de influencia de las instituciones básicas del sistema financiero mundial -en concreto, el FMI y el BM-. Se trata de instituciones cuya posición les ha permitido guiar las políticas económicas de ciertos Estados, así como condicionar decisivamente la regulación de sus mercados. Esa capacidad de influencia -derivada sobre todo de que la aportación de los fondos bajo el control de esas instituciones se subordina al cumplimiento por los estados de ciertas condiciones- se ha traducido en los últimos lustros en la imposición a algunos países de un importante proceso liberalizador y privatizador, sin elementos de control significativos por parte de los poderes públicos, que responde a un modelo capitalista liberal basado en la supremacía (prácticamente) incondicional del mercado. Ante esa realidad, se extiende la opinión de que tales medidas -como la liberalización y desregulación de los mercados de capitales- formuladas como recetas generales a partir de una ideología liberal muy marcada, sin valorar las peculiares circunstancias de algunos de esos países, han sido decisivas para impedir ciertas intervenciones gubernamentales que

¹⁴ Vid. B.M. Cremades y D. Cairns, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", *La Ley*, núm. 5538, 7 de mayo de 2002, destacando, entre otros aspectos, los riesgos asociados a la tendencia a aproximar la práctica del arbitraje comercial internacional a los procedimientos estadounidenses, lo que puede afectar negativamente a la expansión del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el comercio internacional, por las reticencias que suscita en otras tradiciones jurídicas.

¹⁵ M. Salah, "La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux (Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation)", *Rev. int. dr. ec.*, 2001, pp. 250-302, pp. 263-266.

hubieran sido beneficiosas, lo que aparece unido a la sensación de fracaso de esas medidas por la evolución económica de muchos de los países en los que se han aplicado, así como por estar basadas en ideas alejadas de los criterios de actuación originarios de esas instituciones¹⁶.

Lo anterior se relaciona con la creciente aceptación de la idea de que un mejor gobierno del sistema financiero y monetario internacional es imprescindible para hacer posible el desarrollo de políticas que corrijan la preocupante tendencia mostrada hasta la fecha por el proceso de globalización a mantener o incrementar las extraordinarias diferencias de renta existentes, prestar escasa atención a la situación de los más necesitados y no proporcionar medios apropiados para evitar el aprovechamiento de los mercados financieros con finalidades ilícitas¹⁷. Pese a las significativas diferencias en su funcionamiento entre las instituciones del sistema financiero mundial y la OMC, no cabe desconocer aquí que próximas a estas reflexiones se hallan también las que ponen de relieve las importantes desigualdades existentes en el marco de la liberalización del comercio internacional y las exigencias de reforma del sistema comercial internacional¹⁸.

IV. DIVISIÓN DE LA SOCIEDAD MUNDIAL Y ORIENTACIONES DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES

10. En contraste con lo anterior, llama la atención que frente a lo que parece desprenderse de opiniones extendidas sobre la globalización empresarial¹⁹, ésta no ha ido unida en los países industrializados a una pérdida de significado de las legislaciones estatales respecto de aquellas cuestiones que afectan realmente al interés del Estado y a sus funciones propias. Antes al contrario, la globalización ha tenido lugar en un entorno en el que en ese ámbito cabe apreciar, en particular en los países del llamado primer mundo,

¹⁶ Ampliamente, sobre estas cuestiones, *vid.* J.E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Madrid, Taurus, 2002.

¹⁷ *Vid.* Comunicación de la Comisión CE, "Responses to the Challenges of Globalisation: A Study on the International Monetary and Financial System and on Financing for Development", COM (2002) 81 final, pp. 3-7.

¹⁸ Al respecto *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001.

¹⁹ Entre los "vectores políticos característicos del neoliberalismo" propio de la globalización actual suele ocupar para los críticos de ésta un lugar destacado "la minimización de la regulación económica", *cf., v. gr.*, R. Falk, *La globalización depredadora (Una crítica)*, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 2.

una creciente regulación estatal²⁰ (sin perjuicio de que en la configuración de esas normas quepa apreciar, como se pondrá de relieve más adelante, una creciente influencia de ciertos actores de la globalización empresarial y de que la más débil posición de los países menos industrializados restrinja especialmente el margen de actuación de muchos de éstos al diseñar sus políticas).

En realidad, la desregulación como planteamiento vinculado a la superioridad de las soluciones del libre mercado implica una reorientación de los poderes públicos y del Derecho; éste debe ocuparse -por medio de normas prohibitivas- de garantizar la libre competencia en el mercado, asegurar que intereses o servicios públicos gestionados ahora por empresas privadas (privatizadas) sean prestados en determinadas condiciones. En este sentido, la desregulación implica no sólo la supresión de ciertas normas jurídicas vinculantes, sino también el desarrollo de normas prohibitivas en determinados sectores, al tiempo que en otros ámbitos el nuevo contexto favorece la autorregulación o creación de normas sin la participación directa de los poderes públicos.

A ese aumento de la regulación estatal conducen diversos elementos. Por una parte, los Estados (o los órganos supranacionales de integración que los sustituyen) adquieren un renovado protagonismo en relación con ciertos aspectos de la ordenación de la sociedad y del mercado que exigen la adopción de un marco normativo elaborado -como la política de libre competencia o la protección de los consumidores-, en los que confluyen factores - como las cautelas vinculadas a la privatización de servicios de interés general o la aparición de nuevos riesgos para los ciudadanos- que llevan a la implantación de elaborados regímenes de control de nuevo cuño, incluso con la creación e nuevas autoridades u organismos de supervisión (en el caso de España, entre otras, CNMV, CMT, APD...). Por otra parte, tampoco el libre comercio ha constituido normalmente un obstáculo para la imposición de restricciones vinculadas a la seguridad, como ilustran las bien conocidas restricciones al comercio de tecnología y bienes de doble uso, así como ciertos embargos comerciales.

Es cierto, no obstante, que la reforzada preocupación actual por las amenazas a la seguridad han contribuido decisivamente a reforzar esos y otros tipos de controles estatales. En realidad, los sucesos del pasado 11 de septiembre en EEUU acentúan tendencias

²⁰ Vid. H. Koller, "Globalisierung und Internalisierung des Wirtschaftsrechts- Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 119, 2000, pp. 313-360, pp. 340-343.

ya presentes en la globalización y dotan a algunas de ellas de perfiles novedosos. Pues aunque la aparición de conflictos globales tan cruentos va unida a una revisión de la idea, asociada a la globalización empresarial, del progresivo desplazamiento de la política y el Estado por la economía -basta pensar en el componente público de los gastos en defensa y seguridad-, en realidad conduce también a poner de relieve la necesidad de reforzar la cooperación internacional -básicamente interestatal-, pues la actuación separada de ningún Estado es suficiente para asegurar su seguridad y hacer frente a una amenaza global.

11. En consecuencia, aunque en sus orígenes el proceso de globalización actual -que se remonta varios lustros atrás- aparece unido a un cierto cuestionamiento de la autoridad, poder de intervención e incluso iniciativa legislativa del Estado-nación, lo cierto es que -ya antes de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU.- la globalización coincide con una etapa en la que el papel del Estado en gran medida se reafirma, como lo demuestra sus niveles de producción normativa (sin perjuicio de que en el ámbito comunitario la actividad directamente estatal resulte en gran medida desplazada por la de los órganos comunitarios, de carácter supranacional).

Ese reforzamiento se vincula, entre otros elementos, con el desarrollo durante estos años de la llamada sociedad del riesgo, en la que por sus dimensiones y dificultades de control importantes problemas sociales y políticos generan en la ciudadanía incertidumbre y ansiedad²¹. En ese contexto social, el Estado resurge invocando las necesidades de orden y de seguridad, lo que le dota de una, en parte, nueva agenda normativa, en la que adquieren más importancia la lucha contra las amenazas a la seguridad, el control de los flujos migratorios, la prevención de los riesgos medioambientales, así como una más intensa protección de los riesgos que afectan directamente a colectivos que se considera necesitados de una especial tutela, como son los consumidores y los trabajadores (basta pensar en la previsión de vías específicas para la protección de intereses colectivos o en la creciente intervención en materia de seguridad en el trabajo).

12. Ahora bien, para ofrecer la visión de conjunto de esta realidad es necesario destacar el contraste en la actitud de los Estados

²¹ Vid. J.E. Faria, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 214-215.

según su nivel de desarrollo económico. Frente a la realidad recién expuesta en los países más industrializados, donde se observa que la globalización ha ido unida a una importante intervención normativa estatal en la regulación de la actividad económica y en el control de los sectores privatizados –sin perjuicio de que pueda tratarse de países con diferentes concepciones sobre las funciones sociales del Estado y al margen también del renovado significado del Estado en la garantía de la seguridad y el orden-, las orientaciones prevalentes en los países menos industrializados parecen en gran medida diferir.

En la existencia misma de esas divergencias parecen ser de particular importancia algunos elementos ya reseñados. De una parte, el diverso impacto de las políticas fijadas por los organismos rectores del sistema financiero internacional, de otra, las diferentes actitudes adoptadas en relación con el logro de una buena posición del Estado en el marco de la llamada competencia de localización. Acerca del primer punto, la necesidad de seguir las directrices de los organismos del sistema financiero internacional sobre la supresión de controles, entre otros, a los mercados de capital encaminadas a atraer la inversión directa extranjera, se proyecta de manera muy especial respecto de los países menos favorecidos –pese a que muchas de esas directrices no aparecen específicamente adaptadas a sus circunstancias (por ejemplo, a la ausencia de un marco regulatorio apropiado sobre defensa libre competencia)-, que requieren la financiación de esos organismos, mientras que los países más industrializados –a pesar de su mayor influencia en la formulación de esas políticas- conservan normalmente una gran autonomía para decidir qué directrices de esos organismos aplican y en qué términos²².

En lo que se refiere a la mejora de la posición competitiva para la captación de inversiones, frente a la posición de los Estados menos industrializados, que han de lograrla mediante la reducción de costes de los factores de producción y del sistema impositivo, así como la supresión de otras restricciones, en los países más desarrollados existen otras alternativas, pues esa competitividad viene en gran medida condicionada por elementos como la calidad de las infraestructuras, la cualificación y alto nivel de formación de la población, así como la existencia de un sistema social y legal avanzado.

²² Cf. J.E. Stitglitz, *El malestar...*, *op. cit.*, pp. 111-119.

V. NUEVOS Y VIEJOS ÁMBITOS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS

1. Institucionalización y comercio mundial.

13. La primacía del Estado soberano y territorial en el llamado "modelo de Westfalia" se corresponde con el lugar prevalente ocupado tradicionalmente por la legislación estatal (en la regulación de las relaciones transfronterizas), así como con el significado de los convenios internacionales -producto de la voluntad de los Estados para obligarse entre sí- en tanto que alternativa a las legislaciones nacionales, especialmente apropiado para regir ese tipo de relaciones. La globalización se desarrolla en un entorno en el que esos ámbitos de producción normativa -el estatal y el surgido de la cooperación intergubernamental- conservan un notable peso, pero han de ser ahora combinados con otros ámbitos, como los desarrollados en el marco de los procesos de integración, así como los surgidos de ámbitos extraestatales (privados) de elaboración de normas.

Ciertamente, las políticas estatales mantienen un lugar de privilegio. La globalización es en gran medida producto de la interacción, la negociación y la coincidencia de políticas entre los Estados, quienes revisan su papel fomentando políticas comerciales activas -en detrimento de la intervención sobre el mercado interno- asegurando un puesto prevalente a los Estados (y bloques regionales) en el sistema comercial mundial²³. Pese a lo que podría desprenderse de una aproximación simplista, la globalización económica no va unida con carácter general a una menor presencia del Estado, cuyas competencias en materia de orden público, garantía de la propiedad y ordenación del mercado se mantienen en lo sustancial y en ocasiones resultan reforzadas. Además, el Estado (o los órganos supranacionales de integración) continúa siendo un actor decisivo en la economía política global²⁴.

14. Las técnicas de globalización o de internacionalización en la toma de decisiones incluyen un espectro variado de mecanismos que va desde la creación de instituciones supranacionales con competencias normativas y capacidad para imponer el cumplimiento

²³ Cf. C.T. García Molyneux, *Domestic Structures and International Trade*, Portland, Hart, 2001, p. 264.

²⁴ Cf. C. García Segura, "La contribución de la economía política internacional a la reflexión teórica de las relaciones internacionales", *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 427-468, pp. 459-460.

de sus decisiones hasta la mera coordinación de esfuerzos entre Estados o entre operadores del mercado²⁵. El establecimiento de instituciones supranacionales de alcance regional -como es el caso de la UE- representa el nivel más intenso de integración, pero la formulación de normas relativas a la eliminación de obstáculos al comercio transfronterizo o a la libertad de circulación de ciertos factores de producción (reducción o supresión de aranceles y medidas de efecto equivalente, libre movimiento de capitales...), así como la elaboración de estándares de protección medioambiental (prohibición de las medidas proteccionistas discriminatorias), de tutela de la propiedad industrial o de garantías en materia de inversiones extranjeras (resarcimiento en caso de indemnización, acceso por el inversor a medios de solución de controversias...), tienen lugar también -aunque con un menor nivel de compromiso y de repercusión sobre el ordenamiento jurídico- en el marco de organizaciones intergubernamentales de alcance global (OMC, OMPI, Banco Mundial) o regional (como el TLCAN o MERCOSUR), así como en virtud de acuerdos específicos de carácter bilateral entre Estados (por ejemplo, los numerosos existentes en materia de promoción y protección de inversiones) o entre organizaciones regionales o entre alguna de éstas y un Estado (como los acuerdos de libre comercio o de asociación concluidos por la UE con terceros Estados).

15. Mientras que la prevalencia de las normas creadas en un marco de integración supranacional determina el desplazamiento inmediato de las soluciones contenidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros -sin perjuicio de que en ocasiones el alcance de las normas se restrinja a la armonización de los ordenamientos nacionales, a los que corresponde desarrollar los criterios comunes-, la situación es muy distinta en el conjunto de las organizaciones de alcance global, típicamente intergubernamentales y cuya actividad se traduce de momento en gran medida en convenios internacionales -cuya eficacia se subordina a la decisión de los distintos Estados sobre su participación- o en instrumentos de *soft law*, como leyes modelo, códigos de conducta o recomendaciones, que pretenden servir de referencia a los legisladores estatales en la configuración de sus normas.

²⁵ Vid. J. Delbrück, "Globalization of Law, Politics and Markets-Implications for Domestic Law: A European Perspective", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 1, 1993, <<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol1/delbruck.html>>, pp. 1-19, pp. 5-12.

La normativa de ámbito global o contenida en convenios multilaterales en el sector de la ordenación mundial del comercio sólo ha proporcionado tradicionalmente un régimen fragmentario y con lagunas, si bien ha conocido un notable impulso con la instauración de la OMC que marca una evolución hacia el desarrollo de un sistema multilateral de comercio fundado en el imperio del Derecho, con una organización con competencias en el ámbito de las negociaciones sobre política comercial mundial, el control de la adecuación de políticas nacionales a la ordenación mundial y la solución de controversias²⁶. Frente a la perspectiva tradicional del GATT como integrante del sector específico del Derecho económico internacional, centrado en la liberalización del comercio mundial mediante la supresión de barreras arancelarias y de medidas de efecto equivalente, el sistema de la OMC tiende a ser concebido con un alcance muy distinto, como un sistema constitucional del comercio, con capacidad para proporcionar un marco jurídico basado en el desarrollo de normas vinculantes de alcance mundial, con un impacto decisivo sobre los particulares y las legislaciones nacionales²⁷.

No obstante, la capacidad de adaptación y respuesta de la OMC -máximo exponente del multilateralismo global²⁸- frente a la rápida transformación de la economía global y las demandas sociales ha resultado hasta el momento muy limitada; y no debe menospreciarse las limitaciones que la OMC ha mostrado hasta la fecha para el desarrollo de normas en ámbitos de capital importancia como el régimen de las inversiones, la política de defensa de la competencia o la política medioambiental²⁹.

16. Dejando a un lado la normativa relativa a la liberalización de los intercambios comerciales entre Estados, destinada tradicionalmente a la supresión de restricciones jurídico-públicas, cabe apreciar en una primera aproximación que en lo que se refiere a la regulación a nivel mundial de sectores específicos de los negocios

²⁶ Cf. K. Ipsen, U.R. Haltern, "Rule of Law in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen: Die Welthandelsorganisation", *RiW*, vol. 40, 1994, pp. 717-723, p. 718.

²⁷ Vid. G.E. Evans, *Lawmaking under the Trade Constitution (A Study in Legislating by the World Trade Organization)*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 38-50.

²⁸ Vid. R. Franco, "Multilateralismo e mercato globale: l'esperienza dei primi due anni dell'OMC", *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio*, Nápoles, ed. scientifica, 1998, pp. 59-67, pp. 59-60.

²⁹ Vid. J.H. Jackson, "Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems", *From GATT...*, *op. cit.*, pp. 67-81, pp. 74-79.

jurídico privados, sólo en un número reducido de materias existe una normativa uniforme desarrollada, contenida básicamente en convenios internacionales, como sucede con la propiedad intelectual e industrial, la compraventa internacional, el derecho cambiario, los contratos de transporte, el derecho procesal civil internacional (incluido el arbitraje) y la determinación de la ley aplicable. En otras, como el comercio electrónico y también el arbitraje, existen instrumentos normativos de carácter no vinculante para los Estados, como es el caso de las leyes modelo elaboradas en el marco de la UNCITRAL.

17. El GATT de 1994, al igual que el acuerdo liberalizador del comercio de servicios, pese a sus notables progresos, continúa fundado en los principios de su precedente de 1947, entre otros el de soberanía, que se traduce en la libertad de los Estados -o áreas de integración económica admitidas- para configurar sus ordenamientos jurídicos, una vez garantizado que los mismos respetan las condiciones de acceso a los mercados y el empleo no discriminatorio de los mecanismos de la política comercial (reiterando la cláusula de nación más favorecida -art. I- y el principio de trato nacional -art. III-)³⁰. Por su parte, el Acuerdo por el que se establece la OMC crea una nueva organización para la administración del GATT de 1994 y de los acuerdos conexos, cuyo cumplimiento se impone a los Estados participantes y se garantiza mediante un elaborado sistema de solución de controversias, lo que tiene importantes implicaciones políticas abre nuevas perspectivas en el desarrollo del Derecho internacional; se trata de un nuevo marco determinante del potencial de la OMC como entramado para la creación de normas sustantivas de ámbito mundial³¹.

Como consecuencia de los logros en la eliminación de las barreras arancelarias y de las restricciones cuantitativas, en la actualidad las barreras al comercio mundial son en gran medida resultado de la aplicación por los Estados de políticas legislativas propias respecto de cuestiones como la protección del medio ambiente, la salud pública, los estándares de protección de los

³⁰ También prevé expresamente su compatibilidad con acuerdos regionales de liberalización comercial (-art. XXIV-), continuando pleno de actualidad el debate entre globalización y regionalización, en la medida en que la intensificación de los diversos bloques así como la colaboración entre ellos condiciona el desarrollo en el plano multilateral; *vid.*, desde la perspectiva europea, T. Oppermann, "Die Europäische Gemeinschaft und Union in der Welthandelsorganisation (WTO)", *RIW*, vol. 41, 1995, pp. 919-928, p. 921.

³¹ *Vid.* G.E. Evans, *Lawmaking...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

trabajadores. A diferencia de las barreras arancelarias, propias del proteccionismo tradicional, los obstáculos al comercio internacional derivados de la diversidad de políticas legislativas no dañan principalmente al país que las adopta³². En este marco, la armonización de las normas materiales de los Estados (o la expansión de criterios de reconocimiento mutuo) se convierte en elemento clave en la liberalización del comercio mundial. El compromiso asumido por los Estados en el GATT y en los acuerdos conexos se limita fundamentalmente a la supresión de ciertas restricciones administrativas y al empleo no discriminatorio de otras, por lo que, como punto de partida, no supone la uniformización de los ordenamientos de los Estados miembros en lo que respecta a la regulación de las transacciones comerciales internacionales (esto es, básicamente, de los contratos destinados a la exportación/importación de mercancías o de servicios).

18. La naturaleza y el contenido del Derecho de la OMC, destinado básicamente a regular las relaciones entre Estados respecto de sus políticas comerciales, lo hacen inapropiado para configurar el régimen de las transacciones comerciales internacionales en las que típicamente participan sujetos privados. Debido a su limitada efectividad y a lo específico de su contenido, en la actualidad tales disposiciones no son susceptibles de determinar de manera significativa y directa la reglamentación de las transacciones jurídico-privadas a través de las cuales se desarrolla el comercio internacional, si bien en gran medida hacen posible la expansión de esas transacciones. La liberalización mundial del comercio no ha ido acompañada de la elaboración de reglas aplicables a esas transacciones, que, con carácter general, quedarían abocadas a ser regidas por alguno de los ordenamientos estatales, designado en virtud de normas de conflicto. La escasa evolución al respecto en las últimas décadas contrasta con la liberalización del comercio mundial y el aumento exponencial del tráfico mercantil internacional.

Las dudas acerca de la eficiencia del empleo como técnica básica, para la generalidad de los supuestos, de la norma de conflicto así como la desconfianza acerca de la eficacia vinculante de la llamada *lex mercatoria*, han llevado a propugnar la conveniencia de que la OMC proceda en el marco de sus funciones a desarrollar

³² Cf. A. Breton y P. Salmon, "External Effects of Domestic Regulations: Comparing Internal and International Barriers to Trade", *Int.Rev.L.Ec.*, vol. 21, 2001, pp. 135-155., p. 137.

reglas uniformes para las transacciones comerciales internacionales³³, vía que sin embargo apenas ha producido resultados prácticos hasta la fecha en ese marco institucional.

2. *Internacionalismo y localismo en la integración comunitaria*

19. Se observa en el mundo una marcada tendencia al desarrollo de bloques económicos de ámbito regional y muy diverso grado de integración, si bien por lo general con una progresiva intensificación del nivel de cooperación y un aumento de su ámbito geográfico³⁴. Estos procesos de integración regional han tenido su apoyo tradicionalmente en el artículo XXIV GATT de 1947 -la excepción al tratamiento de nación más favorecida que hace referencia a la creación de áreas de libre comercio, así como de uniones aduaneras-³⁵. Los fenómenos de integración económica que establecen una liberalización del comercio más intensa a nivel regional, pueden hacer necesaria la asimilación -incluso unificación- de los regímenes administrativos de comercio exterior, pero no implican normalmente la revisión del régimen jurídico-privado de las transacciones comerciales internacionales. Incluso en el ámbito comunitario amplias parcelas del Derecho privado patrimonial no han sido hasta la fecha objeto directo de la normativa europea, de manera que se observa un significativo contraste entre el alcance de la unificación económica y la diversidad legal existente. Sin embargo la unificación del Derecho privado europeo se ha convertido en uno de los principales temas de debate en el proceso actual de internacionalización jurídica.

20. A destacar la importancia atribuida por las instituciones comunitarias a este debate ha contribuido la aprobación el 15 de noviembre de 2001 por el Parlamento Europeo de una nueva Resolución sobre el proceso de armonización del Derecho privado de los Estados miembros, que insta a la Comisión a desarrollar un ambicioso plan de acción relativo a la armonización del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros. En todo caso, de momento la

³³ *Vid.* A. Tita, "A Challenge for the World Trade Organisation (Towards a True Transnational Law)", *JWT*, vol. 29, 1995(3), pp. 83-90.

³⁴ *Vid.*, para una aproximación a la interacción entre la creación de bloques regionales y la liberalización del comercio a nivel mundial H.G. Preusse, "Regional Integration in the Nineties (Stimulation or Threat to the Multilateral System?)", *JWT*, vol. 28, 1994(4), pp. 147-164.

³⁵ *Vid.* J.H. Jackson, "Regional Trade Blocks and the GATT", *World Economy*, vol. 16, 1993, pp. 121-130.

pretensión de unificar amplias parcelas del Derecho privado de los Estados miembros parece encontrar importantes obstáculos en el plano competencial. Como base jurídica para esta tarea codificadora se han mencionado tradicionalmente los antiguos artículos 100, 100 A y, excepcionalmente, 235 TCE, convertidos tras el Tratado de Ámsterdam en los artículos 94, 95 y 308 TCE. Esta situación no se ha visto sustancialmente alterada por las normas del Tratado de Ámsterdam -ni con el Tratado de Niza- sobre cooperación judicial civil ("con repercusión transfronteriza"), pues entre las medidas que prevé el artículo 65 TCE que se adopten en ese ámbito ninguna es susceptible de ser interpretada de manera que incluya la elaboración de (parte de) un Código civil comunitario (esa tarea desborda lo que puede comprender "fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción", así como "eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros" -disposición esta última que si puede fundamentar una amplia uniformización del Derecho procesal de los Estados miembros-).

21. El artículo 94 contempla la adopción de directivas (y sólo directivas) "para la aproximación de las disposiciones legales... de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común". No obstante, el artículo 95 TCE prevé que para el establecimiento del mercado interior -que en los términos del art. 14.2 TCE "implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada..."- el Consejo "adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales... de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior". Al ir referido sólo a las disposiciones con ese objeto de los Estados miembros, el artículo 95 TCE tiene un ámbito de aplicación más estricto que el artículo 94, si bien aquél al aludir a la adopción de "medidas", facilita que no sólo sean directivas sino también reglamentos, aunque no cabe desconocer -que en línea con los criterios subyacentes en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5)-, la Declaración sobre el artículo 95 TCE, prevé que la Comisión favorecerá en sus propuestas en el marco de ese artículo "el recurso al instrumento de la directiva si la armonización implica, en uno o varios Estados miembros, una modificación de disposiciones legales".

Si el motivo básico para promover a nivel comunitario la codificación en el ámbito del Derecho privado es que la diversidad normativa es un obstáculo al comercio intracomunitario (pues implica costes e incertidumbre que no están presentes en las transacciones internas), no parece cuestionable que, en lo que respecta al Derecho patrimonial su armonización podría fundamentarse en el artículo 94 TCE, en la medida en que esas disposiciones nacionales inciden directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. No obstante, como base jurídica para una eventual codificación el artículo 94 TCE presenta importantes carencias, pues contempla únicamente la adopción de directivas y además exige la unanimidad en el Consejo. Además, de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad cabría derivar que la comunitarización sólo podría tener lugar respecto del régimen de las transacciones transfronterizas intracomunitarias (en particular, no para las transacciones puramente internas)³⁶ y únicamente para aspectos concretos del Derecho patrimonial³⁷.

El carácter especial del artículo 95 TCE con respecto al 94 determina que aquél sólo pueda ser empleado para adoptar medidas de uniformización relativas a disposiciones nacionales sobre ciertas categorías de cuestiones -como la protección de consumidores o la eliminación de prácticas que restringen o falsean la libre competencia-, que determinan su calificación como medidas que tienen por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior³⁸. Pese a que la mencionada Resolución de 15 de noviembre de 2001 insta a la Comisión a recurrir al artículo 95 TCE como fundamento para la consolidación y desarrollo del mercado interior, la interpretación de esa norma por el TJCE destaca que su empleo como base jurídica sólo es admisible cuando existe un obstáculo probable al mercado interior, sin que un riesgo en abstracto sea por sí solo suficiente (sentencia de 5 de octubre de 2002, as. C-376/98,

³⁶ Cf. U. Drobniig, "Scope and General Rules of a European Civil Code", *ERPL*, 1997, pp. 489-495, p. 492.

³⁷ Vid. J. Engel, "Ein Europäisches Zivilrechtsgesetzbuch? - Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz", *ZfRV*, vol. 40, 1999, pp. 121-131, p. 130.

³⁸ Vid. W. Van Gerven, "Coherence of Community and National Laws. Is there a Legal Basis for a European Civil Code?", *ERPL*, 1997, pp. 465-469, p. 467. Por su parte, W. Tilmann, "The Legal Basis for a European Civil Code", *ERPL*, 1997, pp. 471-473, si bien llega aparentemente a una solución contrapuesta al aceptar que el fundamento para la elaboración del Código civil puede encontrarse en el artículo 95 TCE (antiguo art. 100 A), en realidad admite que esa norma prácticamente sólo aporta base jurídica para la uniformización del Derecho civil en materia de protección de consumidores.

Alemania c. Parlamento y Consejo).

Tampoco la vía excepcional del artículo 305 TCE parece aceptable como base jurídica para la adopción de un eventual Código civil comunitario como reglamento, no sólo porque exige acreditar que se trata de una acción que resulta "necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad", sino también porque el TJCE ha declarado que esta vía no es aceptable cuando implica para algún Estado miembro cambios de alcance constitucional³⁹, lo que podría plantearse en este caso en relación con los países de sistema de *common law*⁴⁰. En consecuencia, la única base jurídica en el TCE para la uniformización de amplias parcelas del Derecho privado (patrimonial) -que además debería superar el test de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 TCE)- se encuentra actualmente en su artículo 94, con las carencias ya señaladas. No obstante, existen posturas favorables a la inclusión de la codificación del Derecho de obligaciones en el ámbito del artículo 95 TCE, con base en la necesidad de su aprobación mediante un reglamento como única vía para asegurar a los comerciantes la posibilidad de participar con la misma intensidad en el comercio transfronterizo intracomunitario que en el comercio interno⁴¹. Este planteamiento se vincula con la necesidad de una interpretación del artículo 95 TCE -y de las medidas que tienen "por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior"- que tome en consideración que la falta de certeza jurídica inherente a los negocios transfronterizos intracomunitarios menoscaban el desarrollo de las transacciones en ese ámbito⁴².

22. Más allá de la cuestión competencial, el verdadero debate se centra en la conveniencia, alcance y eventuales características de este desbordamiento del carácter nacional de la legislación en el

³⁹ Vid. Dictamen TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996, manifestando la falta de competencia de la CE para adherirse al CEDH, lo que por su trascendencia constitucional superaría los límites del artículo 235 TCE, de modo que sólo sería posible tras una modificación del TCE.

⁴⁰ Cf. W. Van Gerven, "Coherence...", *loc. cit.*, p. 468.

⁴¹ Vid. J. Basedow, "Un droit commun des contrats pour le Marché Commun", *RIDC*, vol. 50, pp. 7-28, pp. 21-26.

⁴² Vid. J. Basedow, "Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid", *ERPL*, 2001, pp. 35-49, pp. 45-49, quien propone la elaboración de un reglamento comunitario en materia de obligaciones, que podría ser reproducido por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales para salvaguardar el carácter unitario de las codificaciones (pues el régimen de los derechos reales, sucesiones y régimen económico matrimonial quedaría en todo caso fuera del alcance de la normativa comunitaria).

ámbito del Derecho privado. Los planteamientos más realistas destacan que el fenómeno codificador en la actualidad debería ser sólo parcial, limitado a sectores del ordenamiento de alto contenido técnico y desprovistos de consideraciones culturales o ideológicas, lo que resulta inusual en los códigos civiles, con la excepción de las normas sobre perfección y ejecución de los contratos que suelen ser abstractas por responder a consideraciones lógicas y económicas derivadas de la naturaleza de las transacciones⁴³, lo que explica que los progresos se hayan centrado hasta la fecha en ese sector, como reflejan los Principios de Derecho contractual europeo elaborados por la llamada Comisión Lando y el Proyecto de Código contractual europeo elaborado en el marco de la Academia Europea de Pavía⁴⁴.

También la inviabilidad actual de un código civil europeo lleva a partidarios decididos de la uniformización del Derecho privado en Europa al convencimiento -proyectando al presente la actitud ante la codificación alemana de la escuela histórica de Savigny- de que es necesario en una primera fase formular los fundamentos sistemáticos, conceptuales y dogmáticos que forman el núcleo común del Derecho europeo⁴⁵. No obstante, el pretendido resurgimiento del Derecho común europeo responde a un modelo contrapuesto en su objeto y método a la idea de la codificación como conjunto cerrado de normas de Derecho positivo⁴⁶. Además, establecimiento de las condiciones para que el proceso codificador tuviera la necesaria legitimidad requiere importantes adaptaciones, por ejemplo, en relación con la eventual coexistencia de las codificaciones nacionales, así como el marco institucional de redacción e interpretación de tales normas⁴⁷.

23. Frente a la codificación europea se invoca que está inspirada en un modelo decimonónico de legislación centralizada que no se corresponde con la fragmentación política -y jurídica, como

⁴³ Cf. K.D. Kerameus, "Problems of Drafting a European Civil Code", *ERPL*, 1997, pp. 475-481, pp. 478-479.

⁴⁴ Destacando el significado de este último, realizado bajo la coordinación de G. Gandolfi, *vid.* H.J. Sonnenberger, "Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuch der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler - ein Meilenstein", *RIW*, vol. 47, 2001, pp. 409-416.

⁴⁵ *Vid.* R. Zimmermann, *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 54-60.

⁴⁶ Cf. B. Oppetit, "L'avenir de la codification", *Droits*, 1996, pp. 73-81, p. 80.

⁴⁷ *Vid.* C. Schmid, "Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs", *JZ*, vol. 56, 2001, pp. 674-683, quien destaca -p. 683- el interés para la codificación de la eventual creación de un órgano judicial europeo con competencias de interpretación -no vinculante- en materia de Derecho privado.

demuestra la existencia de derechos regionales en algunos Estados miembros- existente en Europa, se trata de un empeño que menoscabaría en exceso la diversidad jurídica vinculada con las diferentes tradiciones culturales europeas⁴⁸ y chocaría con la pluralidad y complejidad de los materiales⁴⁹ que deberían ser objeto de estudio y de síntesis (si no se quiere dejar marginados a ciertos sistemas jurídicos nacionales de la formulación de las soluciones codificadas), al tiempo que cabe temer que la codificación produciría normas de calidad inferior a las existentes pues en la elaboración de normas uniformes vinculantes (unificación legislativa) se imponen las soluciones de compromiso entre los representantes de los Estados y no las que mejor responden a los intereses en presencia⁵⁰. En esta línea, se reprocha a las iniciativas codificadoras su pretensión de construir elementos comunes, sin valorar el alcance y las razones de la diversidad normativa existente⁵¹, al tiempo que se señala que los inconvenientes y obstáculos de una codificación de amplio alcance parecen ser más importantes que las ventajas⁵²: la pretendida superación de la incertidumbre y de los costes asociados a la diversidad jurídica europea no compensaría el menoscabo de la identidad cultural, la eliminación de la competencia legislativa promotora de soluciones normativas eficientes⁵³, y los costes y

⁴⁸ Vid. P. Legrand, "Against a European Civil Code", *Modern Law Rev.*, vol. 60, 1997, pp. 44-63, quien también critica la idea de un código civil europeo con base en que es consecuencia del creciente poder de la Administración comunitaria y en que responde a objetivos políticos de integración y uniformización. Todo ello sin desconocer las importantes influencias recíprocas entre las diferentes tradiciones jurídicas europeas a lo largo de la historia, *vid.*, v. gr.. R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future (Unity and Diversity over Two Millennia)*, Cambridge, University Press, 2002, pp. 2-21.

⁴⁹ Realidad que marca las limitaciones de la idea de extraer del antiguo *ius commune* a través de una metodología histórico-comparativa las soluciones aceptables, *vid.* B.S. Markesinis, "Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity", *ERPL*, 1997, pp. 519-524, p. 521.

⁵⁰ Vid. M.J. Bonell, "The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law", *ERPL*, 1997, pp. 505-517, p. 514.

⁵¹ P. Legrand, "On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations", *ERPL*, 2002, pp. 61-76. pp. 63-64.

⁵² Vid. O. Sandrock, "Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten: Einheit oder Vielfalt?", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, vol. 5, 1994, pp. 1-8, pp. 5-8.

⁵³ Un análisis basado en los costes de transacción, que subordina la conveniencia y alcance de la codificación europea a su aptitud para reducir tales costes no conduce a resultados contrarios por la incertidumbre sobre el impacto respectivo de la supresión de los costes de información e incertidumbre propios de la diversidad jurídica, de una parte, y los costes asociados a la pérdida de competencia institucional vinculada a la codificación, de otra; *vid.* U. Mattei, "A

riesgos asociados a la elaboración e introducción de la normativa uniforme.

Además, la elaboración de un código civil europeo -que se configura ante todo como un objetivo político⁵⁴- no se corresponde con el carácter paulatino y progresivo de la integración comunitaria y con su situación actual, en línea con las limitaciones que para la unificación legislativa de los ordenamientos nacionales resultan de la consolidación del principio de reconocimiento mutuo y de los principios de subsidiariedad proporcionalidad⁵⁵, que en muchos ámbitos refuerzan que el objetivo unificador se centre en las normas sobre derecho procesal civil internacional y sobre determinación de la ley aplicable, objetivo que se corresponde mejor con la formulación actual de los artículos 65 y concordantes TCE⁵⁶. Por otra parte, la pretensión de que la identidad europea reclama un sistema jurídico unificado choca con la constatación de que un elemento básico de la identidad europea es precisamente la aceptación de la existencia de una pluralidad de idiomas y culturas (jurídicas)⁵⁷.

La codificación europea debe ser especialmente rechazada en aquellos sectores en los que existe uniformización aceptable a nivel mundial (marco en el que los logros de los Principios de UNIDROIT y la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías no pueden pasar inadvertidos), en línea con la globalización de la actividad empresarial y los inconvenientes -para los operadores europeos- de la presencia de textos normativos similares con ámbitos de aplicación espacial diversos (en función, por ejemplo, del carácter intra o extracomunitario del negocio), lo que también desaconseja una codificación que no sea aplicable a las transacciones internas, generadora de una mayor complejidad

Transaction Costs Approach to the European Code", *ERPL*, 1997, pp. 537-540. No obstante, parece bien fundada la idea de que los beneficios atribuidos a la competencia entre ordenamientos tienden a exagerarse, en particular en relación con la uniformización de las normas dispositivas en el ámbito contractual, *cf.* J. Basedow, "Un droit...", *loc. cit.*, p. 20.

⁵⁴ *Cf.* A. Hartkamp, "Perspectives for the Development of a European Civil Law", M. Busani, U. Mattei (eds.), *Making European Law (Essays on the "Common Core" Project)*, Trento, Università degli Studi, 2000, pp. 39-60, p. 52.

⁵⁵ *Vid.* P.C. Müller-Graff, "Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?", *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 34-77, esp. pp. 71-72.

⁵⁶ No obstante, rechazando que la unificación de las normas de conflicto permita establecer el nivel de uniformización jurídica requerido por un mercado integrado, *vid.* C. von Bar, O. Lando, S. Swann, "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *ERPL*, 2002, pp. 183-248, pp. 216-221.

⁵⁷ *Cf.* T. Wilhelmsson, "Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation", *EIPR*, 2002, pp. 77-94, p. 90.

normativa e incertidumbre.

24. En la europeización del Derecho (en especial, mercantil) el acento no debe recaer tanto en la intervención legislativa supranacional en materia de Derecho privado (cuyo máximo exponente sería una eventual codificación civil a nivel comunitario), como en el desarrollo a través de la jurisprudencia, la práctica y la doctrina de principios generales de Derecho privado comunes en el ámbito europeo, en línea con la llamada internacionalización no legislativa del Derecho y con un sistema de armonización multinivel (la experiencia de EE.UU., con un Derecho de contratos caracterizado por su uniformidad pese a tratarse de una competencia estatal y no federal, puede también resultar de interés). Esta opción se muestra superior a las dos alternativas disponibles, la elaboración de una normativa europea específica para las relaciones transfronterizas o la elaboración de un Código civil europeo⁵⁸; además es plenamente compatible con la comunitarización de las reglas de DIPr como vía respetuosa con los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad y capaz dotar de mayor previsibilidad al régimen jurídico de las relaciones privadas intracomunitarias.

La importancia de la formulación de esos principios o reglas comunes de Derecho material no disminuye por el creciente desarrollo de Directivas en el ámbito del Derecho privado, pues la deliberada falta de precisión de muchas categorías jurídicas utilizadas en las normas de Derecho privado comunitario se vincula con la ausencia de un entramado conceptual jurídico común a los sistemas de todos los Estados miembros⁵⁹. Son necesarios nuevos mecanismos que faciliten la asimilación por parte de los ordenamientos nacionales y el funcionamiento coherente de éstos, lo que también puede resultar de capital interés en relación con el creciente impacto de las normas extraestatales privadas en el ámbito mercantil (*lex mercatoria*) habida cuenta de sus carencias desde el punto de vista sistemático, institucional y de vinculación con los diversos sistemas jurídicos nacionales. La elaboración de mecanismos opcionales -no legislativos y cuya eficacia depende fundamentalmente de una opción favorable de los implicados- de

⁵⁸ Por su parte, la Comunicación de la Comisión sobre derecho contractual europeo de 2001 (DO 2001 C 255/13) contempla cuatro posibilidades por parte de la Comunidad (pp. 8-11): no actuar, fomentar la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales, limitarse a mejorar la calidad de la legislación ya en vigor, o adoptar una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario.

⁵⁹ Vid. A. Hartkamp, "Perspectives...", *loc. cit.*, pp. 41-42.

uniformización -como los Principios de UNIDROIT o los Principios contractuales europeos (no interpretados como codificación)- pueden ser de gran utilidad⁶⁰.

3. Surgimiento de otros ámbitos de creación

25. La pérdida de significado del Estado como unidad económica e incluso política propia de la interdependencia global, se vincula con la transformación de las fuentes de producción de normas y con las técnicas de reglamentación, en línea con la creciente importancia de la coordinación política entre Estados y de instituciones de ámbito regional o mundial en la elaboración de las normas reguladoras, así como con la creación de reglas transnacionales al margen de los legisladores estatales y con la aparición de una práctica jurídica de asesoramiento negocial de alcance mundial.

El desarrollo del comercio global va unido al progreso en la elaboración de reglas al margen de los legisladores estatales (basta pensar en la actividad de organismos como la CCI o en la orientación flexible de los trabajos actuales en el ámbito de UNIDROIT y el éxito alcanzado por sus Principios sobre los contratos comerciales internacionales), si bien típicamente en sectores en los que la autorregulación por los operadores del comercio internacional -a través de la remisión a recopilaciones privadas de usos o principios, o por medio del empleo de modelos contractuales- encuentra pleno apoyo en los ordenamientos jurídicos estatales y en el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad, al tiempo que resulta reforzada por las carencias de las soluciones normativas estatales en esos ámbitos.

Esta evolución se refleja también en el recurso habitual por los participantes en el comercio global a la solución de controversias por órganos privados -típicamente, a través del arbitraje-, sin perjuicio de los controles estatales sobre la actividad de esos órganos y la ejecución de sus decisiones. En la regulación de ciertas actividades de carácter típicamente transnacional, el significado del Derecho como conjunto de normas vinculantes cuya efectividad aparece asociada al poder público se difumina, ante el creciente significado de los usos comerciales, códigos de conducta y otros instrumentos

⁶⁰ *Vid.* M.J. Bonell, "Do We Need a Global Commercial Code?", *ULR*, 2000, pp. 469-481, favorable en el ámbito contractual a la uniformización global mediante instrumentos no vinculantes, y opuesto a la codificación (vinculante) europea.

flexibles (o de *soft law*) cuya eficacia resulta fundamentalmente de la adhesión de las partes⁶¹.

26. En la regulación de las actividades transnacionales vinculadas a la sociedad de la información ciertos elementos refuerzan la tendencia a que la internacionalización normativa se produzca en gran medida al margen de las vías tradicionales, en concreto del empleo de los convenios internacionales. Las peculiares exigencias de cooperación transnacional propias de una red informática global como Internet, la importancia de estándares técnicos en su funcionamiento y el empleo comercial de servicios desarrollados en el marco de una comunidad de origen académico y no mercantil, son elementos condicionantes de que en la formulación y aplicación de ciertas normas reguladoras de bienes específicos de Internet -que tienen ahora notable impacto sobre la actividad empresarial- desempeñen un papel primordial ciertas instituciones específicas de Internet, con una naturaleza jurídica peculiar y diferenciada de la de las organizaciones intergubernamentales aunque algunas de las funciones que ejercen estén muy próximas a las desempeñadas tradicionalmente por éstas.

La existencia misma, el funcionamiento y la capacidad de interconexión global de Internet son resultado fundamentalmente de reglas sobre protocolos y estándares técnicos adoptadas en el marco de organismos, que si bien pretenden ser representativos de la comunidad internacional, no responden en absoluto al esquema propio de las organizaciones internacionales. Es el caso de la *Internet Society (ISOC)*. Especialmente significativa es la situación en el ámbito de los nombres de dominio y direcciones de Internet, donde la ICANN -*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*- ha asumido importantes funciones y ha elaborado -en gran medida siguiendo recomendaciones de la OMPI- un conjunto de reglas materiales y de procedimiento relativas a la resolución de controversias sobre tales nombres, para evitar sus registros abusivos, lo que se ha traducido en un peculiar mecanismo extraestatal de soluciones controversias que ha alcanzado un notable éxito desde la perspectiva práctica, sin perjuicio de que sus decisiones quedan supeditadas a lo que puedan resolver los tribunales estatales.

⁶¹ Cf. J.M. Sorel, "Les Etats face aux marchés financiers", *Souveraineté...*, *op. cit.*, pp. 507-543, p. 541.

VI. ALCANCE DE LA PRIVATIZACIÓN NORMATIVA

27. Mediante la referencia a la "privatización normativa" cabe aludir a dos fenómenos que adquieren especial importancia con el desarrollo de la globalización actual: de una parte, la influencia de los actores privados en los procesos de elaboración de normas nacionales (comunitarias) e internacionales; de otra, la progresiva consolidación de una normativa extraestatal que en la práctica desplaza en algunos ámbitos y dentro de ciertos límites a las normas elaboradas por los Estados o con participación de éstos. En relación con el primer aspecto, se aprecia en el modo de producción del Derecho una apertura a la influencia de los agentes interesados, que se pone especialmente de relieve en el ámbito comunitario y en los organismos rectores del sistema financiero y comercial mundial. Ciertamente, en la formulación de las decisiones que afectan a sus intereses ciertos agentes ostentan una significativa capacidad de presión para que la legislación favorezca sus intereses, lo que se ve facilitado en la medida en que para aumentar esa influencia las empresas transnacionales constituyen grupos conjuntos de estudio que formulan propuestas legislativas⁶². En este contexto se desarrolla también el debate acerca de la participación de grupos ciudadanos -agrupados en defensa de los intereses de los individuos típicamente a través de alguna organización no gubernamental (ONG) al margen del Estado, del poder político y del poder económico- en la aprobación de normas en los organismos del sistema financiero y comercial mundial, como vía para incrementar la legitimidad democrática de las normas adoptadas por esas instituciones, si bien de momento los resultados prácticos han sido escasos.

Por otra parte, el poder de las empresas transnacionales en ciertos ámbitos determina que puedan adoptar decisiones con implicaciones políticas -por ejemplo, acerca de los límites de la investigación biotecnológica y su explotación- sobre las que la influencia de los Estados se ve mermada ante la facilidad de esas empresas para localizar esas actividades en el territorio que más convenga a sus intereses.

28. La práctica de los operadores del comercio internacional, las organizaciones por ellos creadas y los mecanismos arbitrales establecidos son elementos determinantes en la configuración de un conjunto normativo, autónomo -de hecho- respecto de los ordenamientos estatales, referido a la transacciones mercantiles

⁶² Vid. P.A. De Miguel Asensio, "El Derecho...", *op. cit.*, pp. 52-53.

internacionales. En este marco el desbordamiento del carácter estatal de las normas reguladoras de las situaciones privadas internacionales no es consecuencia de la cesión de competencias de los Estados a organizaciones supranacionales ni de la creación de un entramado intergubernamental de elaboración de normas u otro tipo de compromisos entre Estados, sino que se desarrolla básicamente al margen de la intervención de los Estados y de sus correspondientes procesos legislativos y vinculado también a una progresiva privatización de la justicia producto del desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias como ilustra la expansión del arbitraje⁶³.

29. Es en el ámbito internacional donde cobra particular significado la creación de una normativa "paralegal", condicionante de la reglamentación de las relaciones comerciales, como recoge en particular el fenómeno de la llamada *lex mercatoria*, concepto que dista de ser unívoco. Tal normativa vendría constituida por una serie de principios generales, categorías y usos del comercio internacional observados regularmente en las diversas ramas del tráfico mercantil y que, bien son objeto de formulación como tales por organismos de carácter público -caso del UNIDROIT- o privado -como ocurre con la CCI-, bien resultan de contratos tipo, condiciones generales o la práctica arbitral⁶⁴. La inclusión de reglas de procedencia y alcance muy diversos, así como lo fragmentario e impreciso del contenido de la normativa espontánea desarrollada en el ámbito del comercio internacional, han limitado tradicionalmente la sistematización jurídica de esta realidad, lo que se acentúa ante las carencias institucionales que obstaculizan su configuración como un fenómeno unitario y la fuerza vinculante de sus reglas, ante la ausencia de un poder (político) dotado de fuerza coactiva (y legitimación democrática) que garantice su eficacia vinculante, y su peculiar dependencia respecto del arbitraje como vía básica para la solución de controversias. Otra crítica tradicional a esta normativa transnacional ha sido el que responde básicamente a criterios desarrollados en los países industrializados y que tienden a favorecer

⁶³ En relación con algunos aspectos de la legitimación de esta progresiva privatización de la justicia y sus consecuencias sobre el régimen jurídico de los negocios internacionales, *vid.* W. Voit, "Privatisierung der Gerichtsbarkeit", *JZ*, vol. 52, 1997, pp. 120-125, pp. 121-125.

⁶⁴ *Vid.* R. Goode, "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", J.S. Ziegel (ed.), *New Developments in International Commercial and Consumer Law*, Oxford, Hart, 1998, pp. 3-36.

a sus empresas⁶⁵.

30. La excesiva rigidez del mecanismo convencional – alternativa típica en el concepto "westfaliano" de Estado a la legislación estatal- ha conducido al desarrollo de fórmulas más flexibles y vinculadas con la tradicional *lex mercatoria*, también en el marco de organismos intergubernamentales. Un enfoque novedoso en la elaboración de un instrumento flexible son los aludidos Principios de UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales, que ha transformado el panorama de la unificación no legislativa del Derecho de los negocios internacionales, pues representan un avance significativo en la medida en que pretenden ser una respuesta a la principal deficiencia de la llamada *lex mercatoria* o Derecho transnacional como conjunto normativo apto para regular las transacciones mercantiles internacionales, la dificultad para determinar su contenido que menoscaba sus posibilidades de aplicación

31. Las técnicas no legislativas (o no estatales/intergubernamentales) de unificación jurídica se proyectan casi en exclusiva sobre la reglamentación (directa) de las relaciones privadas internacionales en la órbita de las transacciones comerciales (internacionales) y muy especialmente en el ámbito de la contratación mercantil, en las cuestiones en las que los diferentes ordenamientos nacionales atribuyen a sus normas carácter dispositivo (de manera que esta privatización no menoscaba en principio la aplicación imperativa de las normas estatales que por su carácter han de ser aplicadas necesariamente). Aunque el objetivo último de las técnica de unificación no legislativa coincide con el Derecho uniforme tradicional o formal, pues ambos persiguen crear un marco jurídico material previsible que reduzca los costes de transacción inherentes a la pluralidad normativa y la técnica conflictual, su elaboración e implantación obedece a un enfoque muy distinto, pues aquél pretende superar las deficiencias tradicionales propias de la creación del Derecho uniforme formal, subordinado a la participación estatal en instrumentos vinculantes⁶⁶.

La vinculación jurídica para los operadores de reglas elaboradas al margen de la cooperación intergubernamental, en

⁶⁵ Matizando el significado de esas críticas, *vid.* K.P. Berger, "The New Law Merchant and the Gobal Market Place", *id.* (ed.), *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer, 2001, pp. 1-22, pp. 9-11.

⁶⁶ *Cf.* K.P. Berger, "The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification of Law", *ERPL*, vol. 9, 2001, pp. 21-34, p. 26.

particular en el marco de organizaciones privadas en el ámbito mercantil -en el llamado espacio transnacional-, suscita cuestiones específicas, pues determinante de la operatividad de tales reglas es el significado atribuido a la autonomía de la voluntad en los ordenamientos estatales con los que la situación privada se encuentre conectada⁶⁷. La eficacia de esas normas y el desplazamiento de las estatales (dispositivas) es consecuencia típicamente de su inclusión en el contrato o de una remisión en éste incorporada (como ilustra el empleo generalizado de los INCOTERMS en los contratos de compraventa internacional), lo que no excluye que sobre el negocio y las decisiones de órganos privados que resuelven las controversias de él derivadas se proyecte el Derecho estatal, en particular para garantizar el respeto a sus normas internacionalmente imperativas.

VII. CIERTAS DEFICIENCIAS DE LA GLOBALIZACIÓN JUDICIAL

32. Al inicio se hizo referencia a que la evolución tecnológica y social facilita una extensión sin precedentes de las transacciones transfronterizas de consumo, en las que interviene una parte que adquiere bienes o servicios con un propósito ajeno a su actividad profesional. La escasa cuantía de las controversias que surgen típicamente de esas relaciones determina que las estructuras tradicionales de la litigación internacional resulten inapropiadas por su elevado coste y que los ordenamientos estatales más protectores basen su tutela -sobre todo, mientras no se desarrollen sistemas alternativos de solución de controversias en línea eficaces- en la atribución de competencia a los tribunales del país del domicilio del consumidor.

Pues bien, tanto en el desarrollo de esos sistemas alternativos (cuya eficacia se vería facilitada por la rapidez y bajo coste de las comunicaciones), como en la consolidación a nivel internacional de esos criterios de protección de los consumidores -criterios cuestionados desde el ámbito empresarial por su posible impacto en el desarrollo del comercio electrónico internacional al dotar de una especial complejidad a los riesgos legales de las empresas dedicadas a esas actividades- cabe constatar que hasta la fecha los resultados

⁶⁷ Sobre estas cuestiones y su impacto sobre el significado de la norma de conflicto y la legislación (estatal) a la que se remite, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico de la contratación mercantil internacional", *Dir. com. int.*, vol. XII, 1998, pp. 859-883, pp. 864-883.

distan de ser satisfactorios.

33. Ilustrativo de lo anterior es la versión del texto provisional del proyectado convenio mundial sobre competencia judicial internacional y decisiones extranjeras en materia civil y mercantil fruto de la sesión diplomática de la Conferencia de La Haya celebrada en junio de 2001⁶⁸, donde no sólo se prevén todavía varias alternativas en la regulación de la competencia en los contratos de consumo, sino que, sobre todo, se contempla la posibilidad de que los Estados formulen reservas que permiten la no aplicación del Convenio en materia de contratos de consumo (y contratos individuales de trabajo), lo que contrasta con el marco imperativo diseñado en el espacio judicial europeo en esas materias. En realidad, un somero análisis de ese texto provisional permite apreciar la falta de consenso en cuestiones clave⁶⁹, pues no sólo el texto señala expresamente como punto de partida que la estructura y forma del Convenio depende de ulteriores negociaciones, sino que en la mayor parte de las normas concretas se recogen propuestas alternativas que en ocasiones presentan divergencias significativas. Incluso respecto del ámbito de aplicación material, el artículo 1 que, en principio recoge exclusiones próximas a las del artículo 1 Reglamento 44/2001 (Convenio de Bruselas de 1968), refleja la incertidumbre acerca de otras posibles exclusiones muy significativas, como las reclamaciones en materia de competencia; responsabilidad nuclear; medidas provisionales; derechos reales sobre bienes inmuebles; validez, nulidad o disolución de personas jurídicas y decisiones de sus órganos.

En el ámbito de la competencia judicial internacional, respecto de las soluciones concretas, permanecen abiertas después de la sesión diplomática de junio de 2001 cuestiones fundamentales, como: la definición de residencia habitual en el marco del foro general (art. 3), la ley aplicable a la validez de los acuerdos de elección (art. 4), la

⁶⁸ *Vid.* Hague Conference on Private International Law (Commission II, Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Nineteenth Session), "Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001. Interim Text", pp. 1-38, consultado en <<http://www.hcch.net>>. Destacando las numerosas cuestiones que quedan abiertas en ese texto, *vid.* D. Goddard, "Rethinking the Hague Judgments Convention: A Pacific Perspective", *Yearbook PIL*, vol. 3, 2001, pp. 27-62.

⁶⁹ Para una valoración de conjunto, *vid.* R. Wagner, "Die Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht um ein Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Ein Sachstandsbericht nach dem 1. Teil der Diplomatischen Konferenz)", *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 533-547, pp. 536-546.

concreción de los fueros especiales en materia contractual (art. 6), el régimen de los contratos de consumo (art. 7) y de los contratos individuales de trabajo (art. 8), la concreción del lugar del daño, si bien existe acuerdo acerca de que incluye el lugar de origen y el lugar de manifestación del daño salvo que éste fuera imprevisible para el responsable (art. 10), la determinación de las competencias exclusivas (art. 12).

34. También la elaboración de este texto es ilustrativo de otras tendencias, como la tensión entre internacionalización (de alcance regional) y mundialización. Si bien parece claro que el éxito del Convenio de Bruselas de 1968 sobre esa materia -y su potencial impacto discriminatorio de personas domiciliadas en terceros Estados, como consecuencia del diferente ámbito de aplicación espacial de sus normas de competencia judicial internacional (con la consiguiente inaplicación de fueros exorbitantes) y de reconocimiento y ejecución de decisiones- se encuentra en los orígenes de la propuesta inicial de EE.UU. en 1992⁷⁰, también desde ese mismo momento se puso de manifiesto que entre las dificultades que suscitaba un lugar destacado correspondía a su compatibilidad con los convenios elaborados en el área europea⁷¹.

El impacto de la experiencia del Convenio de Bruselas sobre los trabajos de la Conferencia de La Haya⁷² parece ser determinante

⁷⁰ Desde la perspectiva estadounidense, *vid.* A.T. von Mehren, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?", *LCP*, vol. 57, 1994, pp.271-287; y P.D. Trooboff, "Proposed Hague Conference General Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments - Some Thoughts on Finding Solutions to Tough Issues", *E pluribus...*, *op. cit.*, pp. 461-478). Crítico con la motivación de esa iniciativa, destacando sus carencias y la importancia de los previsibles obstáculos a la luz de sus objetivos, *vid.*, en la propia doctrina norteamericana, A.F. Lowenfeld, "Thoughts about a Multinational Judgments Convention: a Reaction to the Von Mehren Report", *LCP*, vol. 57, 1994, pp. 289-303, *passim*.

⁷¹ Así lo señalo ya en 1992 -y lo reiteró durante la XVII Sesión de la Conferencia en 1993- la delegación española (J.D. González Campós y A. Borrás), *vid.* A. Borrás, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre asuntos generales y política de la Conferencia (1992)" *REDI*, vol. XLIV, 1992 (1), pp. 286-287; y A. Borrás, J.C. Fernández Rozas, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre reconocimiento y ejecución de decisiones (1994)" *REDI*, vol. XLVI, 1994 (2), pp. 916-917.

⁷² Los diferentes documentos preliminares elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya en relación con el proyectado convenio pueden ser consultados en <<http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>>. Sobre los avances en el contenido de las normas de algunas de las cuestiones claves del convenio, *vid.* F.R. Grabau, J. Hennecka, "Entwicklung des weltweiten Zuständigkeits- und

de muchos de los obstáculos -si bien no cabe desconocer otros como el tipo de discusión abierta que se ha seguido en sus trabajos la creciente complejidad de las cuestiones a tratar⁷³- para la conclusión y eficacia de un convenio mundial. No sólo por las todavía inciertas consecuencias exteriores de la comunitarización del D.I.Pr. sobre la posición en la Conferencia de La Haya de los Estados miembros de la Comunidad⁷⁴ ni por la necesidad de alcanzar vías de coordinación entre los diversos instrumentos, que puedan llegar a hacer aceptable para los Estados comunitarios su participación en un eventual convenio mundial, sino también porque la extensión del modelo convencional comunitario al ámbito de la Conferencia de La Haya parece suscitar diferencias insuperables para algunos Estados, al tiempo que resulta dificultado por la peculiar vinculación del texto europeo con el proceso y el entramado institucional -basta pensar en la garantía de su interpretación uniforme- peculiares de la integración comunitaria⁷⁵. En todo caso, si bien el modelo del Convenio de Bruselas implica la opción por un convenio doble y la marginación no sólo de un convenio simple sino también de un convenio mixto, la preferencia estadounidense por un enfoque mixto⁷⁶ ha terminado por ser aceptada por representantes de la parte

Anerkennungsübereinkommens- Aktueller Überblick", *RIW*, vol. 47, 2001, pp. 569-572.

⁷³ Como ilustra la realización de estudios específicos sobre el impacto en la futura convención del comercio electrónico (*vid.* "Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale", Doc. pré. No 12, de agosto de 2000, disponible en <<http://www.hcch.net>>) y de los aspectos de propiedad intelectual (*vid.* "Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale", de 1 de febrero de 2001, Doc. pré. No 13, consultado en <<http://www.hcch.net>>).

⁷⁴ Cuestión sobre la que resulta de interés, en particular en lo que atañe a la coordinación entre la Comunidad y los Estados miembros en la negociación, la Declaración (adoptada en el marco del Reglamento 44/2001) sobre los artículos 71 y 72 y sobre negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de D.I.Pr.

⁷⁵ Cf. A.T. von Mehren, "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse - A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, vol. 20, 2000, pp. 465-468, p. 467; e *id.* "La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?", *Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 90, 2001, pp. 85-99, pp. 89-92.

⁷⁶ *Vid.* A.T. von Mehren, "The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *RabelsZ*, vol. 61, 1997, pp. 86-92, pp. 89-91; *id.*, "The Hague...", *loc. cit.*, p. 468; *id.* "La rédaction...", *loc. cit.*, 92-96; la conclusión a la que llega H.G. Maier, "A Hague Conference Judgments Convention and United States Courts: A

europea al entender que la exigencia en el marco de la Conferencia de La Haya de un convenio doble no resulta en la actualidad realista⁷⁷.

35. Significativo del "déficit de mundialización" incluso de un instrumento como este convenio proyectado en la Conferencia de La Haya es el que su normativa no parece estar a la altura para garantizar la vertiente de internacionalprivatista de uno de los fenómenos de más impacto reciente en la globalización de la justicia (en el ámbito penal), como es la tendencia a fundamentar sobre el principio de persecución universal de los crímenes contra el derecho internacional la jurisdicción penal de tribunales estatales, incluso tratándose de crímenes perpetrados por extranjeros en el extranjero⁷⁸. La posibilidad de obtener la eficacia transfronteriza de los pronunciamientos civiles -típicamente, relativos a la indemnización de las víctimas y de gran trascendencia habida cuenta de la posibilidad de que en gran medida el patrimonio de los responsables se halle en terceros países- de decisiones de jurisdicciones estatales que condenan a criminales internacionales en el marco de la persecución universal de tales crímenes no se ve favorecida por los mecanismos de cooperación existentes a nivel mundial en materia civil, ni parece haber sido tenido en cuenta con todas sus consecuencias en el marco de los trabajos de la Conferencia de La Haya⁷⁹, pues normalmente los elementos de vinculación

Problem and a Possibility", *Albany Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 1207-1236, p. 1235; y J.J. Forner Delaguna, *Hacia...*, *op. cit.*, pp. 109-110 y pp. 352-353.

⁷⁷ Cf. A. Borrás Rodríguez, "Una nueva etapa en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la elaboración de un convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", *Responsa Iurisperitorum Digesta vol. III*, Salamanca, s.f., pp. 45-81, p. 56.

⁷⁸ Acerca de la fundamentación jurídico internacional de la jurisdicción de los tribunales penales españoles para conocer de los crímenes internacionales cometidos por extranjeros en el extranjero, al hilo del caso Pinochet, *vid.* A. Remiro Brotóns, "La responsabilidad penal internacional por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal", *Creación de una jurisdicción penal internacional (Cuadernos Escuela Diplomática núm. 4)*, Madrid, BOE, 2000, pp. 193-235, pp. 194-207.

⁷⁹ El Anteproyecto de Convención sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil adoptado por la Comisión Especial el 30 de octubre de 1999 contempla la posibilidad de incluir en el artículo 18.3 la mención de que los fueros de competencia enumerados en el artículo 18 como prohibidos -típicamente exorbitantes- podrán ser empleados en relación con la reclamación de daños derivados de ciertas violaciones del Derecho internacional, cuando así lo admite la legislación interna; de esta manera, si bien una decisión fundada en tales criterios para alguna de esas situaciones no se vería

existentes con el Estado cuyos tribunales hacen valer la persecución universal de tales crímenes no superará el control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen en el marco de su pretendida ejecución en terceros Estados, como se ha puesto de relieve en relación con las decisiones de tribunales estadounidenses que han condenado -en rebeldía- al pago de indemnizaciones al antiguo líder serbobosnio Radovan Karadzic⁸⁰.

No deja, sin embargo, de llamar la atención que esas críticas y la demanda de una mayor coordinación en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales de Derecho privado en el marco de la Conferencia de La Haya procedan de EE.UU., que se niega a participar en un instrumento específico para una más eficaz globalización de esa vertiente de la justicia. Tal instrumento no es otro que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, que no sólo contempla la competencia de la Corte para conocer de determinados crímenes, sino también contempla la posibilidad de que determine las correspondientes indemnizaciones cuya eficacia prácticamente incondicional garantiza en todos los Estados Partes. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 75 y 109. El primero (apartado 1) prevé que "(l)a Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación que ha de otorgarse a las víctimas o sus causahabientes... la Corte... podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda", al tiempo que se remite para la eficacia de tales decisiones al artículo 109. Según éste, "(l)os Estados Partes harán efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la Corte... sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno".

36. En otros ámbitos vinculados a los derechos humanos también se desarrolla un debate intenso acerca de los límites globalización jurídica, pues frente a la universalidad de los derechos humanos se oponen quienes consideran que en su formulación

directamente afectada por la negativa, prevista en el artículo 26 del reconocimiento de las decisiones basadas en los fueros prohibidos por el artículo 18, tampoco se beneficiaría de la obligación -contemplada en el art. 25- de reconocer y ejecutar las decisiones basadas en los criterios de competencia previstos en los artículos 3 a 13.

⁸⁰ *Vid.* T.E. Vanderbloemen, "Assessing the Potential Impact of the Proposed Hague Jurisdiction and Judgments Conventions on Human Rights Litigation in the United States", *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, pp. 917-953, *passim*.

tradicional –plasmada en los instrumentos internacionales- tales derechos responden a criterios y valores propios de Occidente –con especial preocupación por los derechos del individuo- pero que no siempre son compartidos en otras culturas, de manera que se impugna su carácter universal y se defiende un cierto relativismo en ese ámbito⁸¹. El contexto de la globalización, con la pérdida de referencias colectivas y con desplazamientos de personas procedentes de territorios cuyas identidades colectivas han sido poco apreciadas en Occidente parece favorecer la reafirmación de elementos primarios de identificación de las personas y los grupos, como la religión, la etnia o el idioma⁸².

Junto a la globalización con sus múltiples dimensiones, el mundo actual se caracteriza por una acentuada fragmentación cultural incluso dentro de espacios geográficos en los que hasta época reciente existía una notable homogeneidad cultural. Dejando a un lado las cuestiones relativas a las políticas de inmigración, en el plano legal esa nueva situación reclama un equilibrio entre mecanismos que faciliten el reconocimiento de las diversas identidades culturales y aquellos que hagan posible la integración, lo que en el ámbito civil –en particular en las materias de estado civil- pasa por el análisis detallado del alcance del orden público del foro (como límite a la aplicación de normas de otras culturas o a la eficacia de decisiones procedentes de esos países), así como, al seleccionar el criterio determinante de la ley aplicable, por optar entre la nacionalidad –que favorece la conservación de los lazos culturales- y la residencia habitual –que favorece la integración y parece resultar más acorde con la situación de la justicia, el incremento de litigios ante nuestros tribunales relativos a extranjeros y las dificultades inherentes a la aplicación de la ley extranjera-, sin perjuicio del interés de admitir con ciertos límites la autonomía de la voluntad y prever soluciones de cierre flexibles⁸³.

VIII. PROCEDIMIENTOS DE TOMA DE DECISIONES Y DÉFICIT DEMOCRÁTICO

37. Tradicionalmente el Derecho ha sido considerado como un producto de la soberanía estatal. Las poderosas fuerzas -comerciales,

⁸¹ Con ulteriores referencias, P.A. De Miguel Asensio, "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *RDP*, 1998, pp. 541-558.

⁸² Cf. S. Nair, "Los inmigrantes y el Islam europeo", *Claves (de razón práctica)*, núm. 105, 2000, pp. 7-11, p. 8.

⁸³ *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, "El Derecho...", *loc. cit.*, pp. 75-81.

tecnológicas, medio ambientales...- que trascienden las fronteras estatales y favorecen la globalización, y sus importantes implicaciones jurídicas, no han alterado la circunstancia de que el poder de ejecución y la coacción típicamente en manos de los Estados. El marco institucional en el que se desarrolla el proceso democrático está vinculado a una "constelación histórica", formada por el Estado-nación territorial y una economía circunscrita a fronteras nacionales⁸⁴.

La globalización actual va unida a una cierta evolución de las relaciones de poder, que altera la posición del Estado y su Derecho⁸⁵ y transfiere poder a otras organizaciones, al tiempo que agudiza la crisis de la democracia y cuestiona la legitimidad de determinadas decisiones, reclamando la revisión de las instituciones existentes o la creación de otras nuevas, para hacer frente a efectos negativos de la globalización y de la mayor concentración empresarial sobre los países menos industrializados y los colectivos menos favorecidos.

38. La legitimación democrática del Derecho se vincula directamente con el Estado, como forma de organización política soberana en la que se realiza la democracia; de modo que la insistencia en este fundamento de la legitimidad jurídica parece obstaculizar la creciente atenuación del carácter estatal de los ordenamientos. Ciertamente, la globalización e internacionalización del Derecho suscita dificultades en cuanto a la compatibilidad con su legitimación democrática. Así, la creciente relevancia de las fuentes resultantes de la cooperación internacional, ha supuesto la intensificación del debate acerca de la legitimidad (democrática) de las normas de origen internacional y, muy especialmente, de las elaboradas en el contexto comunitario⁸⁶. La coordinación de la creciente internacionalización del Derecho con el fundamento de su legitimación democrática se adecua bien con el empleo, por parte de organismos internacionales, de técnicas de *soft law* -como el caso de la ley modelo- al formular reglas de Derecho privado, de modo que la coordinación normativa va unida a la atribución de un amplio

⁸⁴ Cf. J. Habermas, *La constelación posnacional (Ensayos políticos)*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 83-84.

⁸⁵ Cf. B. Lutterbeck, "Globalisierung des Rechts - am Beginn einer neuen Rechtskultur?", *CR*, vol. 16, 2000, pp. 52-60, p. 55.

⁸⁶ *Vid.* D. Schindler, "Der Vorrang des Völkerrechts und des Europarechts vor dem nationalen Recht als Problem der demokratischen Legitimation des Rechts", I. Meier, A. Heini (Hrsg.) *Rechtskollisionen (Festschrift für A. Heini)*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 321-333; y E.J. Mestmäcker, "On the Legitimacy of European Law", *RabelsZ*, vol. 58, 1994, pp. 615-635.

margen de actuación al legislador nacional.

39. El modelo de organización política hasta ahora predominante parte de que los conceptos de espacio político y comunidad política se hallan directamente vinculados al Estado-nación territorial⁸⁷. La transformación sustancial de este panorama -que también se ve afectado por tendencias contrapuestas de afirmación nacional, local, étnica o cultural- parece sólo posible en la medida en que se desarrollen principios e instituciones democráticos a nivel global -que no podrán ser una reproducción ampliada de las instituciones nacionales-, que faciliten la creación de Derecho (global)⁸⁸. El creciente contraste entre, de una parte, actividades que desbordan las fronteras estatales, y, de otra parte, la tradicional limitación territorial del Derecho de todo Estado, reclama que los instrumentos de cooperación y de producción normativa internacionales sean reforzados.

40. Las carencias de los Estados, las organizaciones regionales -por su limitado alcance espacial- y de las instituciones de alcance global -típicamente, intergubernamentales- para satisfacer las exigencias de regulación de las relaciones surgidas de la globalización provoca la demanda de nuevas instituciones, capaces de ofrecer reglas uniformes elaboradas reguladoras de los diversos sectores del comercio mundial, con una participación equilibrada de los diferentes Estados, cuya incapacidad para influir por separado -salvo en el caso de EE.UU.- debe forzarles a reconocer la existencia de un espacio político y económico supranacional que reclama soluciones específicas. La ordenación de ese espacio político y económico parece exigir el desarrollo de instituciones hasta ahora desconocidas, que respondan al modelo de los procesos de integración regional más elaborados -en particular, la Unión Europea- pero con un alcance global⁸⁹.

El desarrollo de procesos institucionalizados de toma de decisiones transnacionales es especialmente necesario para el correcto desempeño de funciones tradicionales del Estado social que

⁸⁷ Cf. A.G. McGrew, "Global Legal Interaction and Present-day Patterns of Globalization", V. Gessner, A.C. Budak, (eds.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Aldershot, 1998, Dartmouth, pp. 325-344, p. 325.

⁸⁸ Vid. B.R. Barber, "Global Democracy or Global Law: Which Comes First?", *IJGLS*, vol. 1, 1993, disponible en <http://www.indiana.edu/glsj/vol1/barber.html>, pp. 1-12, pp. 9-10.

⁸⁹ Vid. A. Tita, "Globalization: A New Political and Economic Space Requiring Supranational Governance", *JWT*, vol. 32, 1998, pp. 46-55, pp. 52-54.

en el contexto de la economía global no pueden llevarse a cabo de manera satisfactoria por el Estado-nación, que ve menoscabada su aptitud para institucionalizar el funcionamiento y legitimación del proceso democrático y en cuyas decisiones, basadas en un principio territorial, la coincidencia entre participantes en su adopción y afectados por sus consecuencias es cada vez menor⁹⁰. La aparición de nuevas formas de poder supranacional reclama, para que su configuración democrática sea posible, el establecimiento de nuevos mecanismos de participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones seguidos en esos ámbitos.

Sin embargo, en la actualidad la democracia tiene todavía como marco de referencia del sistema político al Estado-nación, en un entorno en el que la posibilidad de una democracia transnacional no parece próxima, en línea con la tendencia a la afirmación del localismo en la identidad personal (vinculado a la preeminencia de los valores de libertad individual) y con la nacionalización característica de la política, que contrastan con la globalización económica y la necesidad de una "comunidad de ciudadanos cosmopolita" como presupuesto para establecer instituciones democráticamente legitimadas que adopten decisiones políticas transnacionales para aunar y generalizar intereses globales⁹¹. Tales instituciones reducirían el fundamento de las críticas de quienes consideran que la creación de un pretendido Derecho universal resultaría básicamente sólo la extensión a otras culturas de un modelo desarrollado por la burguesía occidental y consideran a los Estados nacionales como ámbito idóneo para la tutela de la identidad colectiva⁹².

41. La unión tradicional entre Derecho y soberanía estatal quiebra en el marco de un fenómeno de integración supranacional como es el comunitario europeo, que implica la cesión de competencias constitucionales a una entidad autónoma y que ha dado lugar a un ordenamiento jurídico propio, que prima sobre los de los Estados participantes y del que derivan derechos subjetivos que pueden ser hechos valer por los particulares incluso frente a esos Estados. La transferencia de competencias legislativas a entidades

⁹⁰ Cf. J. Habermas, *La constelación...*, *op. cit.*, p. 95.

⁹¹ Cf. *ibid.*, p. 138. A favor del proyecto cosmopolita, *vid.* también D. Held, "¿Hay que regular la globalización?", *Claves (de razón práctica)*, núm. 99, 2000, pp. 4-11, pp. 8-10; y G. Jáuregui, "Globalización y democracia", *Claves (de razón práctica)*, núm. 99, 2000, pp. 12-19, pp. 18-19.

⁹² En relación con los planteamientos de D. Zolo, *vid.* S. Muñoz Machado, *La regulación de la red*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 103-104.

supranacionales por parte de los Estados resulta controvertida en la medida en que la entidad destinataria se encuentra al margen de los procedimientos (democráticos) de decisión configurados en cada uno de los Estados participantes y no surgen otros equiparables a nivel supranacional vinculados a la existencia de una comunidad de ciudadanos en todo ese ámbito espacial.

De una parte, son bien conocidos los planteamientos -teóricos- adoptados por los máximos tribunales de algunos Estados miembros -Alemania, Francia, Italia...- en el sentido de limitar la primacía del Derecho comunitario (al margen del criterio del TJCE), de modo que la misma no operaría si menoscaba la esencia del sistema constitucional -en particular, los derechos fundamentales así como principios constitucionales básicos⁹³. De otra, las carencias de la legitimación democrática del Derecho comunitario se encuentran en el fundamento de los planteamientos que insisten en la necesidad de restringir su ámbito de actuación, habida cuenta del déficit derivado de los procedimientos de decisión contemplados en las normas constitutivas.

Si bien la legitimación democrática no es el fundamento único que sirve para justificar el carácter vinculante de las normas jurídicas, ese déficit -junto a otros intereses y objetivos- se halla unido a la formulación criterios en el marco del Derecho comunitario que hagan posible concretar los límites de los poderes de la UE y el ámbito de su actividad legislativa⁹⁴. Al margen de la profundización de principios ya conocidos que limitan el ámbito de actuación de las instituciones comunitarias, como son el de proporcionalidad y el de subsidiariedad, en el ámbito comunitario existe ya conciencia de la necesidad de alcanzar una mayor transparencia en los procesos de toma de decisiones así como una más intensa participación de los diversos actores sociales afectados⁹⁵.

42. La exigencia de que los criterios de actuación de la OMC se aproximen a los estándares democráticos propios de las constituciones nacionales o de organizaciones supranacionales -más estrictos que los que son propios de la toma de decisiones en el marco de las organizaciones intergubernamentales- se impone como

⁹³ Vid. G.C. Rodríguez Iglesias, A. del Valle Gálvez, "Tribunal de Justicia de las CCEE, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales", *RDCE*, núm. 2, 1997, pp. 329-376, pp. 361-366.

⁹⁴ Cf. E.J. Mestmäcker, "On the Legitimacy...", *loc. cit.*, pp. 629-632.

⁹⁵ Acerca de la apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia como principios de la buena gobernanza, *vid.* el Libro Blanco de la Comisión Europea, "La Gobernanza Europea", *DO* 2001 C 287/1, esp. pp. 7-8.

consecuencia del especial impacto restrictivo del ámbito de decisión política de los Estados miembros propio del Derecho de la OMC, incluso si no resulta directamente aplicable a las relaciones entre Estados miembros⁹⁶. La toma de decisiones y la formulación de normas relativas a la ordenación mundial del comercio han tenido lugar tradicionalmente a través de mecanismos con importantes carencias desde la perspectiva de la democracia, en la medida en que no tienen la legitimidad de los instaurados en las sociedades civiles constituidas políticamente, lo que se refleja especialmente en que los derechos de los ciudadanos a estar informados y a participar en las decisiones que les afectan han sido tradicionalmente marginados en las negociaciones internacionales y en la actividad de los organismos responsables⁹⁷.

En este contexto, junto a los Estados y los operadores comerciales, reclaman un creciente protagonismo en el gobierno de la globalización organizaciones privadas que pretenden representar variados intereses -como la protección de los consumidores, la tutela del medioambiente, los derechos de las minorías, el respeto a las identidades culturales...- y que tratan de reconducir (o se oponen abiertamente a) la globalización, denunciando su falta de legitimidad democrática y las carencias del sistema actual para reducir las abismales diferencias a escala global entre ricos y pobres.

El principio representativo característico de la legitimidad democrática se ve menoscabado en el ámbito de la OMC, debido a la extraordinaria distancia existente entre las instancias decisorias -entre las que el Consejo General actúa como órgano legislativo transnacional⁹⁸- y los ámbitos de participación electoral, pues en la negociación y adopción de las decisiones destaca el poder de los responsables gubernamentales en detrimento de los legislativos cuya capacidad de control se reduce, pues aspectos de las negociaciones están protegidos por el secreto y la decisión parlamentaria se limita a aprobar o rechazar un texto íntegro, elaborado fuera de su seno, sin posibilidad de introducir modificaciones⁹⁹. Si bien éste es sólo uno de los ámbitos en los que la organización del poder en un mundo globalizado resta importancia a las instituciones democráticas representativas (típicamente de ámbito nacional), el desarrollo de la ordenación mundial del comercio debe ir unido a un mayor

⁹⁶ Vid. M. Krajewski, "Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law", *JWT*, vol. 35, 2001, pp. 167-186, pp. 170-171.

⁹⁷ Vid. R.F. Housman, "Democratizing International Trade Decision-making", *Cornell International Law Journal*, vol. 27, 1994, pp. 699-747, pp. 703-728.

⁹⁸ Cf. G.E. Evans, *Lawmaking...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁹⁹ Vid. M. Krajewski, "Democratic...", *loc. cit.*, pp. 176-177.

reconocimiento en su seno de los principios democráticos, en cuestiones como el mayor acceso de particulares a los procedimientos de solución de controversias que afectan directamente a sus intereses, la presencia de asociaciones privadas y organizaciones no gubernamentales en los procesos de negociación, la mayor transparencia de éstos y una mayor implicación de organismos representativos (por medio de los parlamentos nacionales o a través de la creación de una asamblea parlamentaria).