

**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
ANTE LA GLOBALIZACIÓN**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Anuario Español de Derecho Internacional Privado
t. I, 2001, pp. 37-87

ISSN: 1578-3138

* 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

The new economic and social features of the context in which private cross-border relations take place as a result of the increasing global reach of business activities and communications and the current migration trends have decisive consequences for the functioning of the Private International Law system. In this connection, some changes in the content and application of the Private International Law rules become a must. This article discusses those possible changes and new approaches to improve the functioning of the Private International Law system.

Keywords: Globalization, Private International Law, Evolution

RESUMEN

Los nuevos caracteres del marco social en el que se desarrollan las relaciones privadas internacionales como consecuencia de fenómenos como el creciente alcance global de las actividades empresariales y de los medios de comunicación, así como las características de las migraciones actuales condicionan los presupuestos del Derecho internacional privado y hacen aconsejable revisar el contenido y aplicación de sus normas. Este artículo se centra en analizar las exigencias de adaptación que sobre este sector del ordenamiento impone el nuevo entorno social y económico, valorando su impacto sobre las técnicas de reglamentación propias del Derecho internacional privado, la conveniencia de modificar ciertas soluciones tradicionales en el sistema español y otros de su entorno inapropiadas para hacer frente a la realidad actual.

Palabras clave: Globalización, Derecho internacional privado, transformación

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LA GLOBALIZACIÓN

SUMARIO: I. Introducción. II. Globalización y "desterritorialización". 1. Economía, cultura y política en la era global. 2. Crisis de la contraposición entre lo interno y lo internacional. 3. Globalización e internacionalización. 4. Liberalización del comercio. III. Algunos rasgos del Derecho en la globalización. 1. Retos del Derecho. A) Mutaciones de la realidad social; B) Evolución de las relaciones y de los modelos organizativos. 2. Nuevas modalidades del pluralismo normativo. A) Actores con peso político y proceso democrático; B) Privatización y diversificación de las fuentes. 3. Desregulación, inflación normativa y arbitrio judicial. 4. Convergencia entre ordenamientos. A) Derecho *glocal*; B) Uniformización jurídica. IV. Adaptación del DIPr. 1. Producción y selección de normas. A) Modalidades y alcance de la internacionalización; B) Creación, caracteres y eficacia del Derecho extraestatal; C) Desplazamiento de las técnicas localizadoras: límites. 2. Negocios internacionales y ordenamientos estatales. 3. Criterios de conexión y ley extranjera. 4. Nuevos ámbitos de cooperación. 5. Método comparado y difuminación sectorial. V. Conclusión.

I. Introducción

1. En tanto que concepto que sintetiza aspectos clave de la profunda transformación de la realidad social del presente, con especial impacto sobre la revisión del significado de las fronteras estatales en todo tipo de actividades, la globalización es objeto de una creciente atención en el ámbito de las ciencias sociales, donde el análisis de los caracteres y consecuencias del fenómeno se ha convertido en uno de los principales temas de estudio y debate, especialmente para la Economía, lo que también tiene ahora su proyección sobre el Derecho. Llama, sin embargo, la atención no sólo que las implicaciones de este fenómeno sobre el DIPr hayan merecido hasta el momento una atención menor para la doctrina de DIPr¹, sino también muy especialmente que -quizás como consecuencia de lo anterior- en muchas de las aproximaciones de conjunto sobre las implicaciones de la globalización para el Derecho quepa observar en

* Este artículo incorpora algunas de las conclusiones más significativas para el DIPr de un estudio más amplio sobre Globalización y Derecho que el autor publicará próximamente. La dirección de correo electrónico del autor es <*pdmigue* der.ucm.es*>.

¹ Así lo pone de relieve, J. Basedow, "The Effects of Globalization on Private International Law", J. Basedow, T. Kono (eds.), *Legal Aspects of Globalization*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 1-10, p. 1. Es cierto, no obstante, que aspectos clave de la globalización han sido objeto de análisis por la doctrina española de DIPr, si bien desde un enfoque en gran medida económico, *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, o en relación con instituciones concretas, *vid.* A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, CECO-Eurolex, 2000.

nuestro entorno una marginación casi absoluta del DIPr, lo que no sucede, por cierto, con el Derecho internacional público².

Cabe entender, sin embargo, que en el debate sobre el impacto de la globalización en el Derecho, el sector de éste, que se ocupa del régimen jurídico de las relaciones privadas conectadas con varios ordenamientos debe merecer especial atención, al tiempo que la pluralidad de elementos que comprende ese concepto está llamada a condicionar de manera muy especial la evolución del DIPr.

2. A primera vista, algunos de los elementos fundamentales de la globalización parecen reforzar el significado del DIPr³, como son el crecimiento de un comercio internacional básicamente interempresarial en el que los Estados pierden protagonismo en beneficio de las empresas⁴, la expansión de las relaciones a distancia de todo tipo como consecuencia de las nuevas vías de comunicación y de intercambio de información que favorecen la formación de negocios y el desempeño de actividades con independencia de las barreras territoriales⁵, el desarrollo de modelos de organización y de relación que se traducen en operaciones complejas conectadas con múltiples sistemas jurídicos, las migraciones de personas -siendo ahora habitual que se produzcan entre territorios con tradiciones culturales diversas-, así como el apreciable contraste entre una actividad económica y empresarial global y la permanencia de organizaciones jurisdiccionales y ordenamientos típicamente de base estatal⁶.

Ahora bien, ese reforzamiento del DIPr -o del recurso inicial a sus normas tradicionales por parte de los ordenamientos estatales- para dar respuesta a las cuestiones específicas suscitadas en el marco de la globalización, no impide apreciar que la transformación de la realidad social que la caracteriza reclama una importante evolución de las fuentes y

² Ilustrativas son las obras J.R. Capella Hernández (coor.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999 -sin perjuicio de alguna referencia aislada a la aparición de un nuevo DIPr, "en un sentido distinto al que tradicionalmente tenía esta expresión", que se identifica con una renovada *lex mercatoria* que busca un creciente reconocimiento jurídico público, cf. J.R. Capella Hernández, "Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales", *id.* (coor.), *Transformaciones...*, *op. cit.*, p. 115- y de J.E. Faria, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, esp. pp. 127-130, donde se resalta la importancia en este marco del Derecho Internacional, pero referido sólo al Derecho internacional público.

³ Cf. K. Hofstetter, "Globalisierung und Wirtschaftsrecht", *ZSR*, 2000, pp. 361-396, p. 393.

⁴ Cf. S.T. Cavusgil, "Globalization of Markets and Its Impact on Domestic Institutions", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 1, 1993, <<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol1/cav.html>>, pp. 1-11, p. 3.

⁵ Vid. J.P. Trachtman, "Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction and Modernism", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 5, 1998, <<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no2/10tract.html>>, pp. 1-17, pp. 9-10.

⁶ Vid. M. Shapiro, "The Globalization of Law", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 1, 1993, <<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol1/shapiro.html>>, pp. 1-17, p. 14.

de las técnicas normativas reguladoras de las situaciones privadas internacionales, especialmente en el ámbito comercial, donde su ordenación aparece decisivamente influida por la creación de normas transnacionales de origen extraestatal muy elaboradas -como reacción frente a la técnica conflictual o meramente localizadora, paradigmática del DIPr del siglo XX-, así como por el impacto de normas de ordenación económica cuyo ámbito de aplicación espacial no siempre se presta a una sencilla coordinación y cuya efectividad -sobre todo si tienen carácter nacional- respecto de actividades típicamente transfronterizas resulta incierta⁷.

II. Globalización y "desterritorialización"

1. Economía, cultura y política en la era global

3. Pese a tratarse de un fenómeno con múltiples vertientes, la globalización puede ser en principio caracterizada como un proceso histórico objetivo que implica un desplazamiento del alcance espacial de los sistemas de relaciones sociales hacia modelos de organización y actividad de alcance mundial⁸, vinculado a la cada vez mayor interdependencia de la economía mundial y a la creciente naturaleza "transterritorial" de la vida social y política, que menoscaba la posición del Estado-nación⁹, en particular su significado como unidad económica, pero también como fuente creadora de derechos y obligaciones, aunque continúe siendo la institución básica determinante de la configuración de los derechos y de su efectividad¹⁰.

La interconexión mundial implica que determinados cambios tengan un alcance global, pues sus consecuencias se proyectan sobre la humanidad en su conjunto con independencia de las fronteras estatales, lo que determina que cada Estado por separado no se encuentre en una posición idónea para proceder a su regulación. Manifestaciones claras de la necesidad de una especial coordinación entre autoridades de diversos Estados en un entorno económico y empresarial global pueden encontrarse en sectores tan diversos como la protección del medio

⁷ Cf. J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Pinter, 1999, p. 7.

⁸ Cf. v. gr., 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, Dartmouth, 1998, pp. 325-345, p. 327.

⁹ Cf. B. Lutterbeck, "Globalisierung des Rechts - am Beginn einer neuen Rechtskultur?", *Comp. und Recht*, vol. 16, 2000, pp. 52-60, p. 55.

¹⁰ Cf. L. Bosniak, "Citizenship Denationalized", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 7, 2000, pp. 447-508, pp. 450 y 466.

ambiente, la ordenación de los mercados financieros internacionales, el funcionamiento de Internet o el control de la libre competencia en la actividad transnacional de las empresas. Se trata de fenómenos que acentúan sobremanera una tendencia detectada ya, sin embargo, mucho antes¹¹.

Especial alcance tiene esta interconexión, y la pérdida de significado de los Estados como unidades independientes respecto de la actividad económica¹², en línea con la supresión de obstáculos al comercio de bienes y servicios, así como a las inversiones internacionales, que facilitan la deslocalización de las actividades empresariales con base en criterios de eficiencia económica, de modo que la vinculación entre la empresa y su Estado de origen se diluye. Este nuevo entorno económico facilita la aparición de mercados de ámbito mundial -en particular, el mercado financiero- en los que los comportamientos de determinados operadores pueden influir significativamente sobre las economías nacionales, lo que se considera expresión de que se trata de mercados autorregulados al margen de la soberanía estatal¹³. Según una visión más matizada, muchos países conservan una notable capacidad de control de esos mercados, de modo que la clave no sería tanto la pérdida de soberanía de los Estados en su ordenación como la adaptación del modo en el que el control estatal se ejerce en el entorno globalizado, por medio de organismos de supervisión diversos y de la cooperación entre las autoridades de los distintos países¹⁴. En todo caso, no parece aconsejable generalizar, pues el eventual debilitamiento de la soberanía económica de la mayoría de Estados parece ir unida a la reafirmación de la de los más poderosos¹⁵.

¹¹ Cf. E. Trigueros S., *Trayectoria del derecho mundial*, México, Porrúa, 1953, pp. 17-18.

¹² Vid. J.C. Fernández Rozas, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 65-72.

¹³ Vid. P. Mercado Pacheco, “El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, J.R. Capella Hernández (coord.), *Transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 123-158, pp. 127-131. Por su parte, G. Pisarello llega incluso a afirmar que “los Estados acaban subordinados a una suerte de constitucionalismo mercantil global... elevando a una serie de intereses corporativos a *Grundnorm* del ordenamiento internacional. Este fenómeno, a su vez, se traduce en una degradación del Derecho oficial, que debe existir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Estos, merced a su poder económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho” -cf. A. Del Cabo, G. Pisarello, *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía (Algunos efectos en América Latina y en Europa)*, Alicante, Universidad, 2000, pp. 31-32).

¹⁴ Vid. este criterio respecto de la regulación de los mercados financieros en EE.UU. y la U.E. -en concreto, al hilo de las normas sobre supervisión bancaria y blanqueo de dinero- en J. Wiener, *Globalization...*, *op. cit.*, pp. 41-99.

¹⁵ Vid. 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...*, *op. cit.*, pp. 159-181, pp. 166-167.

4. No sólo la economía, también la relación de la cultura con un espacio concreto tiende a diluirse en el marco de la globalización, pues el mundo actual se caracteriza, al menos en ciertos lugares, por una acentuada fragmentación cultural incluso en territorios hasta época reciente homogéneos. A la pérdida de vinculación territorial (estatal) de las culturas contribuyen especialmente dos fenómenos diversos, como las migraciones transculturales y la expansión en el empleo de las tecnologías de la información.

Si bien la eliminación de trabas al comercio y la deslocalización empresarial parecen favorecer la permanencia de la mano de obra en países menos desarrollados, la globalización coincide con importantes movimientos migratorios interculturales. Las migraciones actuales -al menos en el caso español- provocan la convivencia dentro de un mismo territorio de personas que se adscriben a culturas distintas y las practican dentro de ese territorio, dando lugar a las sociedades multiculturales, de modo que las fronteras culturales dejan de ser externas (entre Estados) y pasan a ser internas, es decir, entre colectivos que viven en un mismo territorio¹⁶. Esta evolución plantea importantes retos a los ordenamientos estatales, no sólo en relación con la tolerancia intercultural, sino también respecto de su interacción con las normas propias de esos grupos culturales -por ejemplo, las de base religiosa- cuya pretensión de aplicación no conoce límites espaciales¹⁷.

El alcance global e instantáneo que es propio de ciertas aplicaciones de Internet determina una expansión sin precedentes de la difusión de la información y de los productos de la cultura, con total independencia de los límites territoriales de las soberanías estatales (sin desconocer que en el nivel de acceso a las nuevas tecnologías existen importantes diferencias en función del nivel de renta de los países y de las personas). En este marco tecnológico las más variadas culturas pueden tener impacto y estar presentes (o ser accesibles) en cualquier lugar, por lo que la llamada sociedad de la información contribuye de manera significativa a difuminar la conexión de cada cultura con un espacio geográfico¹⁸. Si bien Internet se compadece con ideales de libertad personal y facilita especialmente la

¹⁶ Vid. E. Lamo de Espinosa, "Fronteras Culturales", *id.* (ed.), *Culturas, Estados, Ciudadanos (Una aproximación al multiculturalismo en Europa)*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 13-79, pp. 53-54.

¹⁷ Cf. E. Jayme, *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten*, Heidelberg, C. Winter, 1999, pp. 25-26. En un plano distinto, J.E. Faria, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 264-265, destaca que en gran medida el Derecho emanado de la globalización parece marcar un abandono del *derecho territorial* y un retorno al *derecho personal*, pero no basado en la etnia o la religión, sino en los intereses de las organizaciones complejas que operan como agentes políticos y económicos.

¹⁸ 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, 2000, pp. 201-260, pp. 235-237.

difusión del modelo cultural occidental, también se trata de una tecnología que permite reforzar los vínculos con los valores tradicionales incluso para personas que se encuentran muy alejadas de su entorno geográfico tradicional¹⁹. Ciertamente, la globalización, aunque favorece la difusión mundial de ciertos estilos de vida y productos culturales, no conduce necesariamente a la homogeneidad cultural del mundo²⁰. A pesar de la tendencia, sobre todo en Occidente, a afirmar el carácter universal de ciertos valores en relación con la normativa internacional sobre derechos humanos, no cabe desconocer que se trata de un planteamiento cuestionado por los sectores que critican la especial conexión con la cultura y tradición occidentales de esas normas (lo que se refleja en la formulación de reservas, en particular por parte de países musulmanes, a los recientes convenios internacionales sobre protección de menores)²¹.

5. La consolidación a nivel mundial y dentro de contextos culturales variados del modelo capitalista, no exento de polémica, en especial, por su ausencia de mecanismos para corregir que ciertos grupos sociales y amplios territorios queden marginados y en la práctica privados de relevancia económica, se halla unido al discurso de la globalización empresarial y económica. En ese discurso suele ocupar un lugar destacado la consideración de la eficiencia como valor universal y la imposición como dominante de la racionalidad económica -vinculada a la supresión de controles a los intercambios transfronterizos y a las iniciativas empresariales²²-, a la que se subordinarían las valoraciones políticas en principio determinantes de la acción estatal²³, en línea con la pérdida de significado de la tradicional conexión entre comunidad política y Estado nación y el contraste entre la territorialidad característica de los ordenamientos nacionales y actividades y mercados de ámbito mundial²⁴.

Ni las migraciones culturales ni la tecnología de la información constituyen una amenaza para la existencia del Estado nación, si bien

¹⁹ Vid. W. Kersting, "Global Networks and Local Values", C. Engel, K.H. Keller, *Understanding...*, *op. cit.*, pp. 9-27, pp. 10-20.

²⁰ Cf. S. Giner de San Julián, "La naturaleza de la mundialización", J.R. Capella Hernández (coor.), *Transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 11-81, pp. 26-27 y 73-74.

²¹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *RDP*, 1998, pp. 541-558, pp. 542-544.

²² Vid. J. Goldring, "Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws", *ULR*, vol. 3, 1998, pp. 435-451, pp. 436-437.

²³ Vid. P. De Vega García, "Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *REP*, núm. 100, 1998, pp. 13-56, p. 15.

²⁴ Precisamente, la contradicción entre el carácter estatal de los modos de regulación y la creciente internacionalidad de la producción y de los mercados, es considerada -por sus críticos- como el marco que permite la ofensiva neoliberal, cf. G. Valdés Gutiérrez, "América Latina y los metarrelatos de la globalización", *Las trampas de la globalización*, La Habana, Gafisa-José Martí, 1999, pp. 9-50, p. 22.

establecen ciertos condicionantes del proceso político. Las primeras aconsejan, para hacer posible el pluralismo, limitar el cuerpo político que se impone por igual a todos los ciudadanos a los valores constitucionales y al marco institucional democrático²⁵. Si bien el impacto de Internet sobre la soberanía estatal -como elemento de erosión o de reforzamiento- resulta controvertido²⁶, su repercusión sobre la estructura de los sistemas políticos (democráticos), aunque limitada, permite fomentar la transparencia y el pluralismo -especialmente, la participación de organizaciones no gubernamentales- en la toma de decisiones políticas²⁷, al tiempo que refuerza la necesidad de cooperación internacional, para garantizar la efectividad de los controles y dar respuestas adecuadas a su carácter global²⁸.

2. Crisis de la contraposición entre lo interno y lo internacional

6. Durante los últimos años el significado de las fronteras estatales en ciertos ámbitos de la vida de las personas se ha visto en gran medida menoscabado como consecuencia, entre otros elementos, de los avances en el mundo de las comunicaciones y del acceso a la información, que facilitan un notable crecimiento de las relaciones y actividades privadas que se desarrollan o tienen consecuencias más allá de las fronteras nacionales -es decir, las que constituyen típicamente objeto del DIPr al aparecer conectadas con varios ordenamientos jurídicos-; estas relaciones no sólo aumentan en número sino también en intensidad y complejidad. Basta considerar que la posibilidad de prestar en línea los servicios más diversos a distancia contribuye a la deslocalización del proceso productivo y la expansión de los acuerdos intrafirma, así como que el comercio electrónico multiplica, frente a la situación anterior, la aparición de contratos de consumo internacionales sin que el consumidor se desplace de su domicilio.

En un marco "aterritorial" e inmaterial, las nociones de proximidad

²⁵ Vid. J.C. Velasco Arroyo, "El derecho de las minorías a la diferencia cultural", F. Cortés Rodas, A. Monsalve Sólórzano (coords.), *Multiculturalismo. Los derechos de las minorías culturales*, Murcia, DM, 1999, pp. 57-81, p. 79.

²⁶ Vid. los planteamientos distintos de G. Zekos, "Internet or Electronic Technology: A Threat to State Sovereignty", *The Journal of Information, Law and Technology*, 1999, <<http://www.law.warwick.ac.uk/jilt/99-3/zekos.html>>, pp. 1-11, pp. 4-5; y de H.H. Perritt, "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 5, núm.2, 1998, pp. 423-442.

²⁷ Cf. R. Werle, "The Impact of Information Networks on the Structure of Political Systems", C. Engel, K.H. Keller (eds.), *Understanding...*, op. cit., pp.159-181, pp. 180-181.

²⁸ 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. 113-129.

física y de comunidad geográfica pierden parte de su sentido, habida cuenta de que para ciertas actividades las fronteras físicas (en particular, las geopolíticas) se convierten en irrelevantes, lo que se traduce en el cuestionamiento del empleo de una regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal, frente a la que se abre paso la toma en consideración de procesos de creación de normas de base no geográfica con la implicación de los actores relevantes²⁹; lo que contribuye también a erosionar en este contexto el alcance de las técnicas localizadoras paradigmáticas del DIPr.

7. Que las más variadas relaciones entre empresas o particulares desborden las fronteras de un solo Estado resulta ahora algo cotidiano, al tiempo que se difumina la estricta distinción tradicional entre lo interno o nacional y lo internacional, en un contexto en el que la localización física de los intervinientes no siempre es conocida y el carácter global de la economía determina que la dimensión del mercado esté condicionada por factores económicos (el tipo de producto o la organización empresarial), tecnológicos y culturales, ajenos a las fronteras geográficas. En consecuencia, la diferenciación entre un mercado interno o nacional y el mercado exterior pierde sentido³⁰, así como la posibilidad de acotar el ámbito de actuación al mercado interno, que pierde su autonomía, en línea con la creciente afirmación de las organizaciones empresariales y de sus intereses al margen de una nacionalidad concreta, lo que condiciona la eficacia de las medidas de la política comercial, atribuyendo especial relevancia a las reglas sobre el origen de los productos, en un entorno marcado por la progresiva pérdida de importancia de las fronteras nacionales en el comercio internacional³¹.

Por otra parte, también la expansión de las ya aludidas migraciones interculturales, determina que las relaciones entre personas que se vinculan a tradiciones culturales diversas surjan al margen del fenómeno de frontera geográfica, pues no sólo son propias de las relaciones privadas internacionales sino que también pueden estar presentes en relaciones meramente internas, cuando los participantes se adscriben a diferentes culturas.

²⁹ Vid. D.G. Post, "The Unsettled Paradox: The Internet, the State, and the Consent of the Governed", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 5, núm.2, 1998, pp. 521-544.

³⁰ Vid. S.T. Cavusgil, "Globalization...", *loc. cit.*, p. 2.

³¹ Vid. F. Blankart, "Staat und Wirtschaft in einer globalisierten Welt", *SZIER*, 1997, pp. 1-11, pp. 6-9.

3. Globalización e internacionalización

8. La cooperación internacional, la expansión de las relaciones transfronterizas y la movilidad internacional de los factores de producción eran elementos presentes -si bien con una intensidad menor- antes de la aparición de la globalización actual. Ésta, como proceso caracterizado por la extensión a nivel mundial de los sistemas de relaciones sociales, puede ser diferenciada de la internacionalización, término éste referido ante todo a la cooperación bilateral o multilateral entre Estados o a la coordinación transfronteriza por medio de organizaciones integradas por entidades (públicas o privadas) de distintos países (o por los Estados mismos) en un marco cuyo alcance desborda el ámbito estatal pero sin cuestionar el significado de los Estados y de sus fronteras³².

En este sentido, la internacionalización es ante todo un medio para permitir a los Estados satisfacer intereses nacionales en ámbitos en los que su actuación por separado es menos efectiva³³. Se trata en realidad de un fenómeno característico de los procesos de uniformización jurídica tradicionales (típicamente producto de la cooperación entre Estados, por medio de convenios internacionales e incluso también de instrumentos más flexibles adoptados en el marco de organizaciones intergubernamentales), respecto de los cuales el empleo de otros términos, como mundialización, resulta excesivo pues su alcance se caracteriza por presentar un ámbito geográfico variable, pero que normalmente dista mucho de ser mundial.

4. Liberalización del comercio

9. En la ordenación de la economía global interconectada cobran creciente importancia ciertas formas de cooperación así como organizaciones internacionales, cuyas decisiones en ocasiones se imponen a los Estados participantes. La actuación de esas organizaciones internacionales que desempeñan un papel determinante en la supresión de los obstáculos al comercio internacional y a las inversiones transfronterizas tiene un alcance diverso. No obstante, el acusado desfase entre la intensidad de la globalización de los mercados y la de las normas jurídicas, facilita el empleo de éstas como barrera a la liberalización del movimiento de los factores de producción, incluso en detrimento de reglas establecidas a nivel mundial. Así lo ilustra el recurso a restricciones

³² Vid. H. Koller, "Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts- Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung", *ZSR*, 2000, pp. 313-360, pp. 317-319.

³³ 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. 1-2.

voluntarias a la exportación o la invocación frecuente de la normativa de tutela de los consumidores o del medio ambiente para obstaculizar la entrada de mercancías procedentes del extranjero, reemplazando -en ocasiones- a las barreras arancelarias suprimidas por la normativa mundial³⁴.

Si bien en la formulación de normas vinculantes sobre la liberalización de los instrumentos de política comercial, la supresión de medidas discriminatorias, la tutela internacional de bienes muy significativos en la actividad comercial (como la propiedad intelectual) o la protección de las inversiones, ciertas organizaciones intergubernamentales de alcance global (OMC, OMPI, Banco Mundial) desempeñan un papel esencial, cabe observar una marcada tendencia al desarrollo de bloques económicos de ámbito regional³⁵, en línea con las limitaciones que la OMC ha mostrado hasta el momento para regular aspectos fundamentales como el régimen de las inversiones, la política de defensa de la competencia o la política medioambiental³⁶.

10. La normativa liberalizadora del comercio internacional se limita -salvo en fenómenos de integración política supranacional, como la U.E., que ha procedido a la armonización de parcelas significativas del Derecho privado- básicamente a la supresión de ciertas restricciones administrativas y a asegurar el empleo no discriminatorio de otras. De este modo, aunque son de gran importancia para establecer reglas básicas, que permiten la coordinación de los regímenes nacionales en el sistema económico internacional³⁷, garantizan una cierta armonización de la normativa jurídico pública determinante de una mayor previsibilidad³⁸ y operan como un elemento promotor de transacciones comerciales internacionales -al reducir los riesgos derivados de la participación de los

³⁴ Cf. M. Shapiro, "The Globalization...", *loc. cit.*, p. 8. Asimismo, *vid.* A. Ortiz-Arce de la Fuente, "Derechos humanos y comercio internacional: ¿Los condicionamientos laboral y medioambiental sirven para proteger los derechos humanos en los países menos desarrollados o los intereses comerciales en los países más desarrollados?", *La Declaración de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 535-540.

³⁵ Sobre los distintos modelos de integración regional, *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 219-297.

³⁶ *Vid.* J.H. Jackson, "Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems", *From GATT to the WTO: The Multilateral Trading System in the New Millennium*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 67-81, pp. 74-79.

³⁷ Cf. H. Koller, "Globalisierung...", *loc. cit.*, p. 326.

³⁸ *Vid.*, J.A. García López, "Derecho económico internacional y relaciones privadas: la interdependencia funcional del régimen GATT y el ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de normas de intervención comercial, con particular referencia al Derecho antidumping", *REDI*, vol. XLIV, 1992(2), pp. 443-464, p. 448.

operadores en transacciones internacionales³⁹-, no incorporan propiamente una normativa (jurídico privada) reguladora de éstas⁴⁰.

Esta situación se corresponde con las limitadas facultades de que gozan los sujetos privados para hacer efectivas las normas de los acuerdos comerciales multilaterales y para intervenir en las controversias relativas a su aplicación, cuya revisión judicial puede producirse en dos niveles, sin vínculos institucionales entre sí. Los particulares normalmente sólo pueden acudir ante los órganos nacionales basando sus pretensiones en las normas nacionales (adoptadas en aplicación de los compromisos internacionales), mientras que quedan marginados en el mecanismo de solución de controversias de la OMC -en el que son parte los Estados-, pese a que pueden estar implicados intereses de los particulares y dilucidarse cuestiones de fondo similares (por ejemplo, en casos de imposición de derechos antidumping) en un proceso regido por normas -en particular, procesales- muy diferentes⁴¹.

11. Una cierta evolución -aunque no en lo relativo a la participación de los particulares en el sistema institucional de solución de controversias- tuvo lugar en el marco de los acuerdos constitutivos de la OMC con la adopción del Acuerdo ADPIC, que impone un entramado mínimo obligatorio de protección de los bienes inmateriales que ha de tener especial impacto en los países menos industrializados, cuyos sistemas de tutela de estos bienes han presentado tradicionalmente más lagunas⁴². Asimismo, si bien los convenios bilaterales desempeñan en la actualidad un papel muy limitado en la liberalización del comercio mundial, sí tienen una destacada importancia en materia de protección recíproca de inversiones⁴³, mediante acuerdos que condicionan decisivamente la posición de los particulares, en concreto del inversor y pueden ser

³⁹ Cf. J.H. Jackson, "Global Economics and International Economic Law", *id.*, *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge, University Press, 2000, pp. 3-14, 449-461, p. 8.

⁴⁰ Esa es la valoración también que se impone también acerca de las implicaciones del establecimiento de la libre circulación de los factores económicos en el ámbito de la U.E. -donde, sin embargo, el intenso nivel de integración alcanzado sí se ha proyectado de manera significativa sobre el contenido de las legislaciones mercantiles de los Estados miembros-, *vid.* P.O. Mülbart, "Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt (Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt)", *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 2-33.

⁴¹ Acerca de la interacción entre los tribunales nacionales y los organismos encargados de la solución de controversias en el marco de la OMC, *vid.* M. Hilf, "The Role of National Courts in International Trade Relations", *Michigan J. Int. L.*, vol. 18, 1997, pp. 321-356, pp. 335-356.

⁴² *Vid.* en concreto, respecto de las patentes y destacando la evolución frente al régimen previo de la OMPI, J. Strauss, "Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht", *GRURInt*, 1996, pp. 179-205, pp. 186-202.

⁴³ *Vid.* G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *R. des C.*, t. 269, 1997, pp. 251-460, pp. 298-305.

determinantes de la posibilidad de recurrir al arbitraje privado como medio para dirimir las controversias derivadas de la inversión.

En todo caso, la marginación del régimen jurídico privado de las transacciones internacionales por parte de las organizaciones internacionales que se ocupan del comercio internacional -muy especialmente la OMC⁴⁴, cuyas normas se centran en regular las relaciones entre Estados en materia de política comercial- es determinante de la ausencia de mecanismos de cooperación internacional de carácter estatal para la elaboración de normas en esos ámbitos, lo que se corresponde con la creciente importancia que asumen organismos y procesos de creación de normas de carácter privado o extraestatal.

III. Algunos rasgos del Derecho en la globalización

1. Retos del Derecho

A) *Mutaciones de la realidad social*

12. En la llamada era postindustrial o era de la información aparece como forma dominante la actividad económica cultural, en la que la información se convierte en el principal activo económico. Tienen lugar importantes modificaciones en las relaciones de producción en un entorno en el que la innovación, el conocimiento y la capacidad de utilizar la información son las claves de la competitividad y de la organización. Estos cambios en la actividad económica y en las formas de organización tienen como consecuencia una cierta pérdida de protagonismo de unidades tradicionales de relación como la familia y el Estado, al tiempo que cobra fuerza un fenómeno asociativo de defensa de intereses ciudadanos frente al Estado y los conglomerados empresariales transnacionales⁴⁵.

También se observa una marcada evolución de ciertos valores sociales, o convicciones básicas comunes, como la revisión en el mundo occidental del modelo de familia patriarcal y la erosión del parentesco como elemento de cohesión, junto con la emergencia de formas de convivencia menos estables al margen del matrimonio y la consolidación de un amplio ámbito de actuación personal en relación con la libertad

⁴⁴ A favor de que la OMC proceda en el marco de sus funciones a desarrollar reglas uniformes para las transacciones comerciales internacionales, *vid.* A. Tita, "A Challenge for the World Trade Organisation (Towards a True Transnational Law)", *JWT*, vol. 29, 1995(3), pp. 83-90.

⁴⁵ Los cambios sociales característicos de la nueva era han sido objeto de elaborados análisis, *vid.* M. Castells, *La era de la información (economía, sociedad y cultura)*, Madrid, Alianza, 3 vols., 1997-1998; y J.B. Terceiro, G. Matías, *Digitalismo (El nuevo horizonte sociocultural)*, Madrid, Taurus, 2001.

religiosa y el libre desarrollo de la personalidad. Se trata de una evolución relacionada con algunos de los nuevos retos a los que debe hacer frente el DIPr⁴⁶ ante nuevas modalidades de relación familiar, que cuestionan los principios generales del modelo tradicional⁴⁷ y cuya aceptación es objeto de respuestas muy diferentes por los diversos ordenamientos; al tiempo que en el marco de las migraciones transculturales, cobran renovada importancia los límites a la aplicabilidad de normas sobre las relaciones familiares inspiradas en valores muy diferentes a los prevalentes en el foro.

13. El nuevo significado de la información impone notables exigencias de adaptación al ordenamiento jurídico, que van más allá de la mera actualización de sectores concretos, para afectar al ordenamiento en su conjunto, pues la inmaterialidad y la ubicuidad características de la información en el entorno digital condicionan ahora decisivamente tanto la posibilidad de establecer relaciones como la configuración de éstas⁴⁸, así como la mayor importancia del comercio internacional de servicios y de los activos intangibles para las empresas. Muestra de las ricas implicaciones inherentes al actual significado de la información es que el reforzamiento de su tutela jurídica no sólo se impone en la medida en que es oportuna para la garantía y explotación del activo económico ahora fundamental⁴⁹ (en particular, mediante los regímenes de protección de la propiedad intelectual e industrial o de competencia desleal) sino también para garantizar la posición y los derechos de las personas (como ocurre, con las normas sobre protección de datos de carácter personal, modalidad de información especialmente valiosa como activo económico en el nuevo entorno).

Por otra parte, los avances técnicos ligados a la sociedad de la información originan un nuevo marco de interacción entre la tecnología y el Derecho, pues las actuales tecnologías de la información no sólo generan importantes riesgos para determinados bienes jurídicos, sino que también aportan nuevas vías de prevención de esos riesgos y de sanción

⁴⁶ Vid. D. McClean, "De Conflictu Legum. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century (General Course on Private International Law)", *R. des C.*, vol. 282, 2000, pp. 41-227, pp. 99-108.

⁴⁷ Vid. J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 26-34 y 123-130.

⁴⁸ Vid. H.P. Mansel, "Immaterialität, Ubiquität und Paradoxität der Information und das Produkthaftungsgesetz: The medium is no longer the message", R. Geimer (Hrsg.), *Wege zur Globalisierung des Rechts (Festschrift für R.A. Schütze)*, München, C.H. Beck, 1999, pp. 485-501, pp. 487-494.

⁴⁹ Vid. B. Lutterbeck, "Globalisierung...", *op. cit.*, pp. 58-59.

de los eventuales incumplimientos, por ejemplo, en relación con los sistemas técnicos de protección y gestión de los derechos de autor⁵⁰.

14. Precisamente, en relación con el desarrollo de la sociedad de la información, la necesidad de revisar su régimen jurídico, unido a la ausencia en muchos sistemas nacionales de regulación facilita la coordinación internacional, en la medida en que permite un más fácil consenso en las organizaciones que se ocupan de estas materias (basta pensar en la labor de la UNCITRAL, respecto de la Ley modelo de comercio electrónico, o de la OMPI, en relación con los dos Convenios de Ginebra de diciembre de 1996 para adaptar la tutela de la propiedad intelectual a la sociedad de la información) así como una mayor influencia en los ordenamientos nacionales (en la medida en que existe conciencia de la necesidad de adaptación pero no un modelo nacional que limite la incorporación de soluciones elaboradas en el plano internacional).

Estos factores, junto con la importancia de los estándares técnicos en este ámbito, son condicionantes del peculiar impacto de cara a la uniformización jurídica que pueden tener iniciativas privadas, mediante organizaciones empresariales, a las que se aludirá al abordar el impacto de nuevos actores con peso político.

B) *Evolución de las relaciones y de los modelos organizativos*

15. El desarrollo de servicios de comunicación o intercambio de información interactivos, con capacidad y alcance espacial casi ilimitados e instantáneos, es determinante de la aparición de nuevas modalidades de negocio, profundos cambios en las formas de trabajo y en los hábitos de ocio, así como en las modalidades de organización empresarial. Las empresas tienden a abandonar las estructuras rígidas y jerárquicas en favor de modelos flexibles y descentralizados, junto al desarrollo de formas de coordinación informales y autoorganizadas, dando lugar a lo que se conoce como empresa red. La contribución de la práctica jurídica como elemento auxiliar de la gestión empresarial se centra en el logro de ventajas competitivas sostenidas, condicionando la toma de decisiones sobre aspectos como la estructura y el régimen de los contratos y acuerdos, la estructura societaria, la valoración de las transferencias intrafirma (con importantes repercusiones fiscales), la protección y explotación de los bienes inmateriales, y la prevención de la responsabilidad por productos⁵¹.

⁵⁰ *Vid., v. gr.*, P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 278-285.

⁵¹ *Vid.* S.T. Cavusgil, “Globalization...”, *loc. cit.*, pp. 7-9.

La creación de estas redes y las nuevas exigencias de colaboración empresarial -por ejemplo, para hacer frente a los elevados costes y riesgos de ciertos proyectos internacionales- son determinantes de la importancia de las relaciones duraderas entre las empresas en detrimento de las transacciones puntuales. En consecuencia, en el entorno actual el contrato -típicamente internacional- cobra una renovada importancia, configurándose como un mecanismo de creación de normas y de riqueza⁵². Se trata especialmente de acuerdos con clausulados muy elaborados, para hacer frente a la ordenación de relaciones complejas caracterizadas por marcos muy estrechos de colaboración⁵³, como los que son propios de contratos de creación de empresa conjunta (*joint ventures*), acuerdos de construcción, contratos de franquicia, operaciones de financiación conjunta, redes de suministros, contratos de creación de sitios web compartidos (*cobranding agreements*), negocios de desarrollo conjunto de tecnología...

16. Como la disponibilidad de la información en formato inmaterial es ahora en gran medida independiente de las fronteras geográficas y su empleo bajo demanda individualizada se generaliza, la adquisición de la propiedad de ciertos bienes pierde importancia frente a la adquisición de derechos relativos a su empleo. Dos modalidades contractuales resultan fundamentales en el nuevo contexto de drástica reducción de los costes de distribución de bienes en línea: uno bien conocido previamente, pero que adquiere rasgos muy peculiares, como son los contratos de licencia sobre bienes inmateriales y otro novedoso, como son los contratos de acceso a información. La licencia se convierte en el contrato fundamental en la sociedad de la información, desplazando a la compraventa, pues es la licencia misma, la que determina el producto (el objeto que recibe el destinatario y el uso que puede hacer del mismo)⁵⁴.

Entre las nuevas cuestiones para las que el tráfico cotidiano reclama respuestas jurídicas precisas en relación con estos contratos, se encuentran las relativas a su formación y la vinculación del contenido negocial (habida cuenta del empleo generalizado de condiciones generales de la

⁵² Vid. P. Mercado Pacheco, "El Estado...", *loc. cit.*, pp. 134-135, quien pone a la multipropiedad como ejemplo de contrato que crea un nuevo bien.

⁵³ J.E. Faria, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 170-171 habla de "contratos relacionales", mientras que S.T. Cavusgil, "Globalization...", *loc. cit.*, p. 3, pone el acento en cómo las relaciones entre empresas sustituyen a las meras transacciones.

⁵⁴ Especialmente ilustrativo es el Preámbulo de la *Uniform Computer Information Transaction Act*, adoptada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (EE.UU.) -versión ampliada y corregida de 2000, consultada en <<http://law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita1200.html>>- que contiene el primer régimen elaborado de Derecho contractual relativo a las transacciones propias de la economía de la información, con particular atención a los contratos de licencia y de acceso a información en línea.

contratación), pues los avances tecnológicos abren nuevas posibilidades o riesgos, como marca la evolución entre los *shrink wrap agreements* (propios del comercio tradicional -en soporte material- de productos protegidos por los derechos de autor, en los que se plantea la eventual vinculación con los términos de la licencia de la ruptura del envoltorio por el adquirente del producto), los *click wrap agreements* (en los que la vinculación con los términos de la licencia derivaría de haber pulsado sobre un icono en línea) y los *browse wrap agreements* (en los que el titular de la información pretende que el destinatario quede vinculado por la mera descarga de un producto sin ningún acto afirmativo de aceptación -y que tienden a ser rechazados-).

2. Nuevas modalidades del pluralismo normativo

A) Actores con peso político y proceso democrático

17. El desequilibrio entre el carácter global de las actividades que han de ser reglamentadas y el alcance territorial propio de la intervención de los legisladores nacionales genera importantes tensiones. De una parte, al quedar en un entorno global privadas de eficacia opciones políticas tradicionalmente disponibles, como el proteccionismo o la adopción de una política económica basada en la demanda, resulta seriamente afectado el mantenimiento del Estado social, en un marco en el que los criterios determinantes de la globalización económica actual parecen contrastar con la esencia del Estado y la política⁵⁵.

Si bien el proceso de globalización no resulta en sí mismo incompatible con el funcionamiento y legitimación de la democracia, sí reclama un marco institucional que desborde el tradicional del Estado nación. Como consecuencia de la erosión de las instituciones democráticas de carácter nacional y la exigencia de configurar de nuevo los límites de la comunidad política, surge la necesidad de crear procedimientos institucionalizados de formación de una voluntad política transnacional⁵⁶, para lo que la situación de la UE, a pesar del déficit democrático propio de su reparto institucional, constituye un modelo a tener en cuenta. Se trata de una necesidad que, sin embargo, dista de haber sido correspondida con el logro de resultados satisfactorios, en buena medida porque a nivel internacional -más allá de bloques regionales- no existe la homogeneidad política y el nivel de consenso necesarios para la eficacia de proyectos supranacionales⁵⁷.

⁵⁵ Cf. P. De Vega García, “Mundialización...”, *loc. cit.*, p. 18.

⁵⁶ Cf. J. Habermas, *La constelación posnacional (Ensayos políticos)*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 73-96.

⁵⁷ Cf. J. Delbrück, “Globalization...”, *loc. cit.*, p. 12.

18. Como contraste, se aprecia una creciente capacidad de influencia política por parte de operadores básicos de la globalización, en concreto las compañías transnacionales, que se hallan en condiciones -con base en su poder (económico), su información y en la facilidad de deslocalización de sus recursos y actividades- de influir sobre las decisiones de política legislativa de los Estados -en particular, las relativas a inversiones extranjeras- así como en las soluciones y propuestas normativas de los principales organismos multilaterales del sistema económico mundial⁵⁸, entre cuyas preocupaciones principales no se encuentra constituirse como unidades políticas transnacionales que garanticen el respeto a las funciones propias del Estado social -como ponen especialmente de relieve los detractores de la OMC, el FMI, el BM y la OCDE- y que no se hallan en condiciones de asumir competencias hasta ahora estatales sin grave menoscabo para la legitimidad democrática. El creciente reconocimiento de las organizaciones no gubernamentales como actores significativos en el ámbito de las relaciones internacionales no ha ido unido a su implicación efectiva en los mecanismos de toma de decisiones de las instituciones económicas internacionales⁵⁹, con acusadas carencias -a medida que se incrementan sus competencias y la trascendencia de sus actos- de transparencia e incluso de legitimidad democrática en el proceso de adopción.

Dos factores adicionales contribuyen a reforzar el peso político de las compañías transnacionales en la ordenación de la actividad económica. De una parte, se constata una tendencia a la "procedimentalización privatizadora" en el modo de producción del Derecho, muy particularmente en el ámbito de la U.E. en la toma de decisiones por parte de la Comisión titular normalmente de la iniciativa legislativa, que se manifiesta en las posibilidades de los grupos de presión de influir en el proceso legislativo y, en particular, de que las empresas transnacionales lo hagan de manera decisiva en la regulación de las materias que afectan directamente a sus intereses⁶⁰. De otra parte, los actores económicos básicos de la globalización perfeccionan sus sistemas de cooperación para influir en la configuración del marco jurídico con más fuerza en defensa de sus intereses conjuntos, tanto a nivel estatal como en los organismos internacionales, o por medio del desarrollo de mecanismos de autorregulación.

⁵⁸ Vid. J.R. Capella Hernández, "Estado...", *loc. cit.*, pp. 107-108.

⁵⁹ Vid. S. Hobe, "Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung", *AVR*, vol. 37, 1999, pp. 253-282 pp. 262-263.

⁶⁰ Vid., con ejemplos ilustrativos de los sectores electrónico y del automóvil, J.A. Estévez Araujo, "La ciudadanía europea en el mundo de la globalización", J.R. Capella Hernández (coor.), *Transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 341-365, pp. 351-355.

La existencia de organismos privados que elaboran (o recopilan) normas reguladoras de los negocios internacionales y facilitan la solución de controversias a través de mecanismos alternativos a la vía judicial es bien conocida, como ilustran especialmente las actividades de la CCI. El significado de este tipo de organizaciones y de las normas que formulan va en aumento, en un entorno negocial en el que no sólo se reconoce un amplio alcance a la autonomía de la voluntad, como es propio del ámbito contractual, sino que favorece -en línea con la creciente complejidad de las relaciones y la tendencia a la autorregulación- el desarrollo de conjuntos normativos elaborados que se incorporan por referencia a las transacciones, o de códigos de conducta -con mecanismos privados de sanción- que las empresas se comprometen a cumplir. Asimismo, con otro alcance cualitativo, cabe destacar la creación ahora por parte de las empresas transnacionales de grupos específicos de estudio y propuestas de regulación, con gran capacidad de influencia, especialmente cuando se proyectan sobre actividades globales, que reclaman respuestas globales que el actual entramado político no está en condiciones de ofrecer, de elevado contenido tecnológico (en las que la imposición de determinados estándares técnicos -controlados por esas empresas- desempeña un importante papel). Expresión clara de esta tendencia son las actividades del llamado "Diálogo Empresarial Global sobre Comercio Electrónico" (*Global Business Dialogue on Electronic Commerce -GBDe-*), como iniciativa mundial de empresas transnacionales "para el desarrollo de políticas que promuevan el comercio electrónico global en beneficio de las empresas y los consumidores de todo el mundo"⁶¹.

B) *Privatización y diversificación de las fuentes*

19. Junto al tradicional "pluralismo normativo" característico del DIPr, derivado de la coexistencia de soluciones legales distintas en los diferentes ordenamientos estatales, se consolida ahora un nuevo pluralismo normativo consecuencia de la generación espontánea de reglas en los diferentes sectores de la economía globalizada que coexisten con las estatales⁶². Además, el pluralismo de ordenamientos presupuesto del DIPr reviste al inicio del siglo XXI caracteres parcialmente diversos de los que han servido de base para la elaboración de la moderna ciencia del DIPr. Uno de esos elementos significativos es la atenuación en cierta medida del carácter estatal propio de los diversos ordenamientos, como consecuencia

⁶¹ Vid. <<http://www.gbd.org>>.

⁶² Cf., J.E. Faria, *El derecho...*, op. cit., p. 15, utilizando el concepto pluralismo jurídico en este sentido; sobre este fenómeno, vid. también F. Rigaux, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale (Cours général de droit international privé)", *R. des C.*, 1989, (t. 213), pp. 9-408, pp. 68-69, en relación con el llamado espacio transnacional.

de los desarrollos en la unificación y armonización del Derecho y de la creciente convergencia entre ordenamientos (al menos respecto de ciertos sectores y en determinados ámbitos geográficos).

20. Próximas a las normas nacionales o a las de instituciones supranacionales se encuentran los mecanismos de creación de reglas internacionales que también revisten normalmente carácter estatal o legislativo, en la medida en que su eficacia se halla subordinada normalmente a la participación (del poder legislativo) de los diferentes Estados, como es el caso de los convenios internacionales (e incluso de otros mecanismos flexibles -como leyes modelo, recomendaciones o códigos de conducta- que pueden servir de referencia al legislador pero carecen de eficacia obligatoria, aunque también pueden ser incorporados por referencia por los operadores). En el ámbito mercantil, sin embargo, proliferan -además de la ya aludida CCI- organizaciones heterogéneas de operadores comerciales del tipo del Comité Marítimo Internacional, la IATA, la FIDIC, la *London Corn Trade Association* o el *Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes*, que se ocupan de formular normas en sectores específicos del comercio internacional⁶³ y cuya autonomía respecto de los ordenamientos estatales se ve reafirmada por el recurso al arbitraje.

Entre los factores asociados a la creciente importancia de reglas extraestatales, integradas en la llamada la *lex mercatoria*, para la ordenación de los negocios transfronterizos, se encuentra el papel de los grandes despachos y los "bufetes boutique" especializados, que dominan el ejercicio profesional respecto de los negocios internacionales de mayor nivel, pues se trata de un entramado normativo específico respecto del cual los bufetes locales o no especializados carecerían de los conocimientos y experiencia necesarios⁶⁴. El conjunto de reglas elaboradas sin la participación estatal directa que se proyectan sobre la ordenación de los negocios internacionales es amplio y heterogéneo, ya que, entre otros, comprende los usos comerciales, que incorporan prácticas generalizadas en cada sector del tráfico, junto a las que se sitúan cláusulas contractuales de utilización extendida en el plano transfronterizo, algunas de las cuales son objeto de recopilación por estos organismos privados, como es el caso de los INCOTERMS de la CCI, básicos en las operaciones de compraventa

⁶³ Vid. A. Rosett, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law", *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 683-697; asimismo, sobre la disparidad de fuentes de producción de normas en este contexto, R. Illescas Ortiz, "El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática", *RDM*, 1993, núm. 207, pp. 37-91, pp. 52-62.

⁶⁴ Cf. F. De Ly, "*Lex mercatoria* (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation", *Dir.com.int.*, vol. 14, 2000, pp. 555-590, p. 588.

internacional, o la progresiva "estandarización" con base en modelos de contrato, como los de ingeniería elaborados por la FIDIC.

Esta tendencia ha tenido repercusión sobre la actividad de organizaciones internacionales, en principio intergubernamentales, que si bien en otro momento se han centrado en la elaboración de normas propias de la cooperación internacional interestatal -como convenios internacionales- ahora en materia contractual elaboran instrumentos cuya eficacia no se subordina a la actuación de los Estados, sino que en gran medida depende de que las partes prevean su eventual aplicación o adapten sus negocios a su contenido, como es el caso de UNIDROIT, con sus "Principios sobre los contratos comerciales internacionales", sobre los que se insistirá más adelante, así como su "Guía sobre los acuerdos internacionales de franquicia principal" de 1998; al tiempo que en otros sectores promueven mecanismos flexibles de armonización, como ilustran también los trabajos de UNIDROIT sobre Reglas transnacionales de procedimiento civil.

3. Desregulación, inflación normativa y arbitrio judicial

21. A pesar de que en una primera aproximación a la globalización, su relación con una ideología liberal en la que priman los valores de la eficiencia económica y el contexto favorable a la autorregulación al margen de los poderes públicos, pueden llevar a concluir que este fenómeno va asociado a la desregulación, entendida como proceso de eliminación de normas vinculantes, lo cierto es que la actividad de los legisladores estatales y el desarrollo de la producción normativa internacional cuestionan que la desregulación así entendida sea un elemento característico de la evolución del Derecho (y de la pérdida de peso de éste) en un mundo globalizado⁶⁵. No obstante, la idea de la desregulación como algo propio del presente, se relaciona con una opinión negativa -por cuestionar la efectividad del Derecho- de la copiosa producción de normas propia del Estado intervencionista keynesiano, caracterizado por la inflación normativa⁶⁶.

En la práctica, sin embargo, el fenómeno desregulatorio parece ir, paradójicamente, asociado a la adopción de nuevas normas prohibitivas por los poderes públicos, como ilustra la circunstancia de que la liberalización de los mercados va unida al establecimiento de regímenes elaborados de control en materia de defensa de la competencia; igual conclusión se impone en relación con los procesos de privatización de servicios de interés general, que suelen exigir un complejo régimen

⁶⁵ Cf. H. Koller, "Globalisierung...", *loc. cit.*, p. 340.

⁶⁶ Vid. J.E. Faria, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 96-110.

administrativo relativo a la adjudicación de licencias, a las garantías respecto de la prestación de obligaciones de servicio público y la igualdad en el mercado de los diversos operadores o participantes⁶⁷.

22. En realidad el Estado nación puede continuar desempeñando de forma satisfactoria en un entorno globalizado sus funciones tradicionales relativas al mantenimiento del orden (incluido el control de las migraciones) y la garantía de la propiedad (sobre todo, respecto de bienes corporales ubicados en su territorio) y de la libre competencia, pero otras situaciones y riesgos (basta pensar en los flujos de capitales o de todo tipo de información) desbordan ahora las fronteras del Estado, dificultando el control por éste⁶⁸.

En este sentido, se señala que si bien la globalización no va necesariamente unida a una menor presencia del Estado sí que impone, desde una perspectiva crítica, adaptar la intervención estatal a las tendencias prevalentes en la economía mundial menoscabando el papel de la política en las decisiones públicas⁶⁹. Desde un planteamiento menos crítico se apunta que las normas emanadas en el contexto de esta llamada desregulación no deben ser un instrumento al servicio del mercado sino que pueden contribuir a realizar valores propios del ordenamiento jurídico en su conjunto⁷⁰, como la igualdad, la libertad y la justicia; no en vano, en la época actual cabe apreciar un notable aumento de la intervención estatal protectora de derechos de particulares, incluso en sectores estrechamente vinculados con el mercado, como la tutela de los consumidores o la protección de datos personales, si bien el alcance global de las conductas empresariales puede dificultar en la práctica la efectividad de esas normas, basada tradicionalmente en criterios territoriales vinculados a un Estado.

23. La progresiva especialización del ordenamiento jurídico en sectores muy particulares, con base en el empleo de normas técnicas (en cuya formulación es especialmente importante la participación de los operadores económicos implicados) y específicas, apropiadas a los fines que amparan la intervención estatal, menoscaba la sistematización del ordenamiento jurídico en su conjunto⁷¹.

Esta pérdida de valor del Derecho positivo, se relaciona con la actual "desacralización" del mundo del Derecho, con la progresiva flexibilización de su aplicación e interpretación y el abandono de la

⁶⁷ Vid. H. Koller, "Globalisierung...", *loc. cit.*, pp. 341-342.

⁶⁸ Cf. J. Habermas, *La constelación...*, *op.cit.*, pp. 93-94.

⁶⁹ Vid. P. Mercado Pacheco, "El Estado...", *loc. cit.*, pp. 148-149.

⁷⁰ Cf. H. Koller, "Globalisierung...", *loc. cit.*, pp. 341-342.

⁷¹ Vid. J.E. Faria, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 115-121.

racionalidad legal como fundamento de las resoluciones de conflictos, que se corresponde plenamente con los caracteres del capitalismo postindustrial, y que se encuentra detrás, ni más ni menos, que de un pretendido cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico, derivado de la atribución de un significado mucho mayor a la intervención de la autoridad llamada a resolver la controversia, que en un acto de ejercicio de legítimo arbitrio puede normalmente optar entre una pluralidad de soluciones correctas que derivan de la ley, de modo que la norma pierde protagonismo en favor de la participación del órgano decisorio al precisar su alcance y efectos⁷².

4. Convergencia entre ordenamientos

A) *Derecho* glocal

24. Como producto de la tensión entre la competencia global y la cooperación política internacional se desarrollan estructuras jurídicas que combinan rasgos locales y globales. La llamada competencia de localización (*Standortwettbewerb* o *locational competence*) condiciona las decisiones estatales relativas a la ordenación de la actividad económica, para atraer a su territorio los factores de producción móviles, como el capital y la tecnología⁷³.

Por ejemplo, entre los aspectos regulatorios con influencia en las decisiones empresariales sobre inversiones y localización de las actividades se encuentran el régimen de las expropiaciones, la política fiscal, el nivel de protección socio-laboral, la liberalización de las inversiones extranjeras, el control de la adquisición de tecnología, la tutela de los bienes inmateriales, la política de defensa de la competencia, la admisibilidad del arbitraje (comercial) internacional (incluso entre inversores extranjeros y el Estado receptor). No obstante, esto no impide que los Estados, por lo menos algunos de ellos, conserven un importante margen de actuación para definir sus políticas, sin merma de su competitividad de localización, pues, por ejemplo, niveles impositivos elevados no conducen a la salida de los factores de producción móviles si se ven compensados por la calidad de las infraestructuras existentes o un elevado nivel de formación de la mano de obra.

Además, el correcto funcionamiento del Estado de Derecho en un país también favorece su posición competitiva, que se beneficia de un sistema normativo avanzado, que garantice la seguridad jurídica y la posibilidad de hacer valer los derechos y cumplir las obligaciones. Ocurre,

⁷² Vid. A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 26-49.

⁷³ Vid. H. Siebert, "What Does Globalization Mean for the World Trading System?", *From GATT...*, *op. cit.*, pp. 137-165, pp.147-148.

sin embargo, que la coordinación del sistema jurídico nacional con aspectos globales es fundamental de cara a la valoración que merece a las empresas transnacionales cuando adoptan decisiones de inversión, por ejemplo, respecto de la aplicabilidad de normas extraestatales a los negocios internacionales o de la admisión de vías de solución de controversias alternativas a la judicial.

25. De lo anterior se desprende que si bien las legislaciones nacionales (categoría en la que, a estos efectos, cabe incluir el Derecho comunitario) continúan siendo fundamentales en la regulación de la actividad empresarial en la economía globalizada, es decir, que el Derecho continúa siendo básicamente local (y, desde luego, no global), sí que es cierto que las normas jurídicas nacionales no se desarrollan con completa independencia, sino que se ven decisivamente influidas por tendencias armonizadoras a nivel global o regional así como por la evolución de los otros ordenamientos nacionales. En este sentido, se alude⁷⁴ a que la evolución del Derecho de la actividad económica en la actualidad responde a un fenómeno de "glocalización", caracterizado por la descentralización (la complejidad y el marco institucional existente son obstáculos insalvables para la generalización de un Derecho global) en su producción, de ámbito predominantemente nacional, pero, al mismo tiempo, orientado a satisfacer las exigencias de la globalización, mediante su carácter flexible y abierto, que facilita la eficacia de normas reguladoras del comercio internacional de origen extraestatal y de las elaboradas en el marco de cooperación internacional, así como una creciente influencia de las tendencias de la práctica jurídica transnacional.

El contraste entre, de una parte, una realidad de redes de información globales, de actividades empresariales y financieras que desbordan las fronteras estatales, y, de otra parte, la tradicional limitación territorial del Derecho de todo Estado, reclama no sólo que los derechos nacionales se enriquezcan para regular los fenómenos actuales con la experiencia de otros sistemas jurídicos⁷⁵ y de instrumentos internacionales sino también la adaptación y el reforzamiento de los instrumentos de cooperación y de producción normativa internacionales.

B) *Uniformización jurídica*

26. Exigencia básica de la globalización es el desarrollo de la coordinación política entre Estados y la elaboración de reglas

⁷⁴ Vid. K. Hofstetter, "Globalisierung...", *loc. cit.*, pp. 381-385.

⁷⁵ Cf. L. Pereznieta Castro, "El panorama del Derecho internacional privado en materia comercial en México en los umbrales del siglo XXI", *Rev.Mex.DIPr*, 2000, pp. 165-184, p. 167.

internacionales reguladoras de las transacciones transfronterizas⁷⁶. En los últimos lustros el ordenamiento español, al igual que todos los de nuestro entorno, manifiesta una creciente influencia internacional o extranjera, que se proyecta de manera significativa sobre la mayor parte de los sectores del Derecho privado⁷⁷. Las técnicas de internacionalización incluyen un espectro variado de mecanismos que van desde la creación de instituciones supranacionales con competencias normativas y capacidad para imponer el cumplimiento de sus decisiones⁷⁸ hasta la mera coordinación de esfuerzos entre Estados o entre operadores del mercado⁷⁹. Las organizaciones de alcance global tradicionales presentan típicamente carácter intergubernamental (no supranacional), aunque existe una marcada tendencia -como muestra el entramado institucional de la OMC- a reforzar la posibilidad de adoptar actos o decisiones de controversias de carácter directamente vinculante.

27. La convergencia de los ordenamientos jurídicos de los países más involucrados en la actividad transnacional se apoya en buena medida en la homogeneización a ambos lados del Atlántico de la práctica de importantes actores de la sociedad civil -en especial, en el ámbito empresarial, donde las entidades de más peso están presentes al mismo tiempo en numerosos países-⁸⁰. La práctica de los servicios jurídicos de las empresas transnacionales no es ajena a este fenómeno, en la medida en que el empleo de instrumentos jurídicos similares en todos los países en los que operan -por ejemplo, modelos de contrato o condiciones generales empleados en las relaciones con proveedores y clientes- facilita la coordinación de sus actividades y la reducción de costes. La tendencia a la homogeneidad se beneficia del limitado nivel de desarrollo de la normativa internacional e incluso nacional respecto de la regulación de los aspectos obligacionales de las transacciones propias de la sociedad postindustrial⁸¹, al tiempo que la búsqueda de seguridad jurídica y la reducción de costes de transacción promueven el desarrollo progresivo de un conjunto de reglas relativas a las transacciones internacionales elaboradas al margen de criterios políticos⁸² y que hace posible la

⁷⁶ Cf., v. gr., U. Beck, *¿Qué es la globalización? (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 182.

⁷⁷ Vid. O. Sandrock, "Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Europa - und die Welt", *JZ*, vol. 51, 1996, pp. 1-9, pp. 3-4.

⁷⁸ Vid. A.G. McGrew, "Global...", *loc. cit.*, pp. 335-336.

⁷⁹ Vid. J. Delbrück, "Globalization...", *loc. cit.*, pp. 5-12.

⁸⁰ Vid. J. Wiener, *Globalization...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁸¹ Vid. V. Gessner, "Global Legal Interaction and Legal Cultures", *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, pp. 132-145, p. 140.

⁸² Cf. F.W. Grosheide, "Legal Borrowing and Drafting International Commercial Contracts", *Comparability and Evaluation (Essays in Honour of D. Kokkini-Iatridou)*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 69-83, p. 74.

convergencia de las prácticas negociales con base en el amplio alcance reconocido a la autonomía de la voluntad.

Actualmente, los contratos mercantiles internacionales constituyen una vía básica de influencia y expansión de los ordenamientos occidentales a nivel mundial⁸³. En concreto, la evolución de la práctica jurídica en los sectores más afectados por las transformaciones propias del advenimiento de la era de la información se caracteriza por una especial influencia del sistema norteamericano, que es pionero en la regulación de ciertas actividades en cuya ordenación se observa a nivel comparado una importante convergencia con base en el modelo de EEUU, como sucede con algunas relacionadas con los mercados de valores, la responsabilidad por productos o la tutela de la libre competencia. La difusión de ciertas categorías jurídicas estadounidenses resulta favorecida por el liderazgo de sus empresas transnacionales (y la expansión de sus despachos de abogados), por la primacía del inglés como idioma de negociación y redacción de contratos internacionales y por la circunstancia de que ese sistema parece adaptarse a la innovación en la normativa mercantil y en el diseño de los acuerdos empresariales con mayor facilidad que otros, como los de la Europa continental⁸⁴. Como rasgo muy marcado, se asiste a la consolidación de una técnica de redacción de contratos caracterizada por el extremado detalle y la gran elaboración del texto de los acuerdos que se corresponde con el modelo angloamericano y con los caracteres de las relaciones empresariales propias de la sociedad postindustrial⁸⁵. Al mismo tiempo, en determinados ámbitos de la práctica comercial existe ya una auténtica globalización de la cultura jurídica, que incluye el empleo generalizado de ciertos términos en la negociación y cierre de las operaciones prácticamente en todo el mundo, como ocurre en el sector de las fusiones y adquisiciones (más conocido en esos ámbitos como M&A) transfronterizas con el uso de categorías, extendidas también en otros negocios, como *due diligence*, *letter of intent* o *warranties*⁸⁶.

⁸³ Cf. H. Henry, “Kulturfremdes Recht erkennen. Warum? Wie?”, *ZfRV*, vol. 38, 1997, pp. 45-55, p. 46.

⁸⁴ *Vid.* M. Shapiro, “The Globalization...”, *loc. cit.*, pp. 2-4, quien destaca que la menor concentración de poder empresarial ha favorecido en EEUU una mayor cultura contractual, así como que la mayor penetración del Derecho en la práctica comercial de EE.UU. se relaciona con la tradición de que muchos de sus mejores juristas (abogados) estén dedicados al asesoramiento empresarial.

⁸⁵ Destacando la contraposición con el modelo tradicional alemán y europeo continental más propenso a una redacción abstracta y menos detallada, *vid.* W.H. Döser, “Einführung in die Gestaltung internationaler Wirtschaftsverträge”, *JuS*, 2000, pp. 246-254, pp. 248-249.

⁸⁶ Cf. K. Hofstetter, “Globalisierung...”, *loc. cit.*, p. 375.

IV. Adaptación del DIPr

1. Producción y selección de normas

A) Modalidades y alcance de la internacionalización

28. La internacionalización jurídica -es decir, la uniformización resultante básicamente de la cooperación entre Estados- no es un fenómeno homogéneo, si bien se observa que tiene un alcance material y espacial restringido⁸⁷, por las limitaciones de los mecanismos de creación de normas más allá del ámbito estatal, las dispares concepciones acerca de la justicia y las circunstancias del entorno socionatural, de modo que el término mundialización resulta excesivo en este marco de cooperación interestatal⁸⁸.

Además su impacto, varía en función de criterios diversos, como el grado de coordinación pretendido -por ejemplo, la mera armonización normativa o la unificación propiamente dicha- o su objeto, pues la elaboración de reglas uniformes puede limitarse a la formulación de reglas conflictuales sobre ley aplicable (o a normas de los otros sectores del DIPr) o ir referida a la normativa material y, en este último caso, regular sólo situaciones de tráfico externo -que es lo más frecuente- o ser aplicable también a situaciones meramente internas. Al permitir regular el mismo objeto, aunque de modo distinto a como lo hacen las reglas típicas de DIPr sobre ley aplicable, es claro que la internacionalización del Derecho material interactúa con el DIPr⁸⁹, pues socava la importancia de la localización de la relación en un determinado ordenamiento jurídico por lo que implica una opción a favor de un método directo de reglamentación⁹⁰.

29. La medida en la que la reglamentación de las conductas de los sujetos privados desborda el ámbito estatal varía también según los sectores del ordenamiento⁹¹, pues en cada uno de ellos divergen el

⁸⁷ Cf., J. Limpens, "Les constantes de l'unification du droit privé", *RIDC*, vol. 10, 1958, pp. 277-297, pp. 286-287.

⁸⁸ Incluso resulta excesivo en relación con la uniformización del DIPr, en la que parece abandonado el ideal universalista, tan vinculado a la idea de la unificación del DIPr en sus orígenes decimonónicos, cf. J.D. González Campos, "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", *E pluribus unum (Liber amicorum GAL Droz)*, La Haya, 1996, pp. 105-120, pp. 111-116.

⁸⁹ Vid. J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, Mohr, 1975, pp. 32-33.

⁹⁰ Cf. J.C. Fernández Rozas, "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", *Estudios jurídicos en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237, p. 5211.

⁹¹ Cf., aludiendo a los sectores en los que se han alcanzado progresos en la unificación internacional del Derecho, K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die*

significado del Derecho como producto de una determinada cultura y los beneficios asociados por los operadores a la existencia de una reglamentación internacional. La oportunidad de la uniformización jurídica material se manifiesta especialmente en el ámbito patrimonial y en concreto en el contractual, pues en lo relativo a la responsabilidad civil y los estándares de seguridad encuentra obstáculos mayores, en línea con el potencial de esas normas como barrera comercial. Sin embargo, en el ámbito contractual mercantil existe un mayor consenso acerca de los valores relevantes, de las carencias de la localización en un ordenamiento nacional y de los beneficios asociados a la uniformización, así como una especial repercusión de los procesos de integración económica.

30. Distinta es la situación en el ámbito del Derecho de familia, donde las reglas jurídicas tienen normalmente su fundamento en criterios religiosos o culturales a los que las comunidades muestran un especial apego⁹². En un entorno de creciente comunicación de las diversas concepciones religiosas, surgen potenciales conflictos entre la tendencia de algunos países hacia un retorno a los principios más clásicos del Derecho islámico, asumidos por parte de las poblaciones emigradas, y principios básicos de los ordenamientos occidentales que evolucionan en sentido diferente, en línea con la secularización y la mutación de los valores en sus sociedades (que, junto a un mayor ámbito de libertad personal, incluyen la aceptación del pluralismo y de la diferencia). Por lo tanto, en materia de familia, la internacionalización de la normativa sólo parece posible en entornos geográficos limitados con cierta homogeneidad política y social⁹³ y referida a materias muy concretas, especialmente a los aspectos patrimoniales de las relaciones familiares, donde las posibilidades de éxito son mayores así como la necesidad de coordinación para hacer frente a las exigencias que impone la actual movilidad transfronteriza de las personas⁹⁴.

Como consecuencia de la percepción en estas materias de una mayor disparidad normativa entre los ordenamientos, de una mejor opinión del empleo de la técnica conflictual -y la consiguiente nacionalización de las situaciones privadas internacionales-, la unificación de las normas conflictuales parece convertirse aquí en un fin en sí mismo y no en un paso de cara a la eventual uniformización de la normativa

Rechtsvergleichung, 3ª ed., Tubinga, Mohr, 1996, p. 25.

⁹² Vid. M. Rheinstein, "Introduction", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV (Persons and the Family), chapter 1, (1974), pp. 3-16.

⁹³ Vid. W. Müller-Freienfels, "The Unification of Family Law", *AJCL*, vol. 16, 1968, pp. 174-218, pp. 196-205.

⁹⁴ Vid. J. Pirrung, "Unification du droit en matière familiale: la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT", *ULR*, vol. III, 1998, pp. 629-640, pp. 639-640.

material (en todo caso mucho más restringida geográficamente)⁹⁵; circunstancia ésta que se corresponde también con los avances en esta materia en el desarrollo de nuevos mecanismos de cooperación internacional (por ejemplo, en materia de sustracción de menores de menores o de adopción) y en la elaboración de normas de Derecho procesal civil internacional -en concreto en el ámbito comunitario-.

31. Mención específica merecen en el caso español, como elemento condicionante de la relatividad espacial de la internacionalización jurídica, las implicaciones de la integración comunitaria, al hilo de la controversia sobre una eventual codificación europea, que resulta ilustrativa de las limitaciones de la pretensión de unificar amplias parcelas del Derecho privado, incluso entre países de un grupo regional de integración. Frente al objetivo político⁹⁶ de la codificación a nivel europeo se alzan una serie de elementos que parecen cuestionar decisivamente la utilidad de esa tarea y ponen de relieve la necesidad de revisar su alcance y el modo de proceder⁹⁷, en un contexto en el que suprimidas las barreras administrativas, el desarrollo de la actividad empresarial en el extranjero no exige la unificación normativa, sino la adecuación funcional y la previsibilidad del ordenamiento extranjero⁹⁸, objetivo que puede alcanzarse mediante la unificación de las normas sobre derecho procesal civil internacional y sobre determinación de la ley aplicable, en línea con las nuevas competencias comunitarias en el marco de los artículos 61 y 65 TCE⁹⁹, que son expresión del creciente significado atribuido a las normas de DIPr en el marco comunitario, vinculado a la idea de que la unificación de esas normas implica una distorsión menor de los ordenamientos nacionales y es más respetuosa con la diversidad en el contenido material de los ordenamientos y la igualdad entre éstos¹⁰⁰.

Entre los elementos que contribuyen a cuestionar la oportunidad de

⁹⁵ Vid. H. Weber, "Die Internationalisierung des Internationalen Privatrechts ([Nur] Meilenstein auf dem Wege zur Sachrechtsvereinheitlichung oder [eigentliches] Ziel mit Eigenwert?)" K. Kroeschell, A. Cordes (Hrsg.), *Vom nationalen zum transnationalen Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 101-113, pp. 107-108.

⁹⁶ Cf. A. Hartkamp, Vid. 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.

⁹⁷ Vid. O. Sandrock, "Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten: Einheit oder Vielfalt?", *EWVS*, vol. 5, 1994, pp. 1-8, pp. 5-8.

⁹⁸ Cf. H.W. Hinz, "Das Interesse der Wirtschaft an einer Europäisierung des Privatrechts", *ZEuP*, vol. 2, 1994, pp. 553-558, pp. 553-554.

⁹⁹ Vid. J. Basedow, "The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam", *CML Rev.*, vol. 37, pp. 687-708; y A. Borrás, "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999 (2), pp. 383-426.

¹⁰⁰ Cf. P. Hay, O. Lando, R. Rotunda, "Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration", M. Cappelletti, M. Secombe, J. Weiler (eds.), *Integration Through Law*, vol. I.2, Berlín, 1986, pp. 161-259, pp. 168-170.

la pretendida codificación, se encuentran su impacto negativo sobre la diversidad jurídica y cultural en Europa como valor que tiende a ser reafirmado, la existencia ya de recopilaciones normativas elaboradas de alcance mundial y origen extraestatal en la materia básica objeto de atención -obligaciones contractuales- (Principios de UNIDROIT) que se corresponden mejor con el alcance global de la uniformización de la práctica negocial, la incertidumbre sobre el alcance de los costes asociados a la elaboración e introducción de la normativa uniforme¹⁰¹, e incluso las limitaciones competenciales de las instituciones comunitarias para legislar en la materia y las dudas sobre la aptitud de una eventual codificación -y de los mecanismos legislativos disponibles a nivel comunitario- para dar respuesta a las necesidades de especialización de la comunidad empresarial europea contemporánea. En realidad, la referencia a un eventual código civil europeo parece que no debe ser en la actualidad entendida en el sentido tradicional de los códigos continentales, sino sólo como un conjunto de normas y principios -únicamente en sectores del Derecho de obligaciones- que recojan los conceptos esenciales de justicia comunes a los diversos sistemas jurídicos nacionales y faciliten la aproximación de las estructuras de razonamiento de éstos, sin perjuicio de que conserven sus peculiaridades en las soluciones concretas¹⁰². En la europeización del Derecho el acento no debe recaer tanto en la intervención legislativa supranacional en materia de Derecho privado, como en el desarrollo a través de la jurisprudencia, la práctica y la doctrina de principios generales de Derecho privado comunes, en línea con la llamada internacionalización no legislativa del Derecho -vinculada a la creación de reglas extrestatales- y con un sistema de armonización multinivel¹⁰³.

32. Retomando el análisis sectorial -en función de la materia- de la internacionalización, es preciso destacar que el DIPr constituye un ámbito propicio para la elaboración de normas uniformes, que se proyecta sobre todo el contenido del DIPr, como refleja la importancia de los convenios internacionales en materia procesal, la circunstancia de que la consolidación a finales del siglo XIX de la norma de conflicto como técnica básica en el ámbito de la ley aplicable aparezca ligada al objetivo de la

¹⁰¹ Vid. U. Mattei, "A Transaction Costs Approach to the European Code", *ERPL*, 1997, pp. 537-540.

¹⁰² Vid. C. Von Bar, "A New *Jus Commune Europaeum* and the Importance of the Common Law", B.S. Markesinis (ed.), *Millennium Lectures (The Coming Together of the Common Law and the Civil Law)*, Oxford-Portland, Hart, 2000, pp. 67-78 "A New...", pp. 77-78.

¹⁰³ Vid. P.C. Müller-Graff, "Private Law Unification by Means other than of Codification", A.S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 19-29, esp. pp. 28-29.

armonía internacional, y el temprano desarrollo de una organización dedicada a la unificación en este sector, como la Conferencia de La Haya de DIPr. La internacionalización de las normas de DIPr se ve favorecida por su carácter -por lo menos, aparentemente- más técnico y abstracto y menos vinculado a la tradición cultural que el Derecho privado material¹⁰⁴.

Ni la necesidad de coordinación transfronteriza ni los importantes esfuerzos dedicados a la unificación en el ámbito del DIPr se han visto correspondidos por los limitados logros alcanzados, sin perjuicio de constatar que los elementos determinantes de la revisión del sistema español de DIPr -y de otros de nuestro entorno¹⁰⁵- en los últimos años tienen su origen en normas elaboradas en el contexto internacional, lo que plantea problemas específicos de delimitación normativa¹⁰⁶ y ha matizado en la práctica las acusadas carencias y disimulado la necesidad de reforma de nuestro sistema de fuente interna¹⁰⁷, que contrasta con el desarrollo de la codificación interna en otros países próximos, como Suiza e Italia, que si bien se caracterizan por su estrecha coordinación con los resultados alcanzados a través de la cooperación internacional¹⁰⁸, ilustran el papel central ocupado por los sistemas estatales de DIPr. En todo caso, lo limitado de los logros de la unificación internacional del DIPr se vincula con la rigidez propia del instrumento normativo empleado -el convenio internacional-¹⁰⁹ así como al apego a la técnica conflictual, pese a sus carencias respecto a materias importantes¹¹⁰. Frente a esta situación, se constata que el DIPr, y la especial influencia mutua de las respuestas en

¹⁰⁴ Vid. T.M. De Boer, "The Relation between Uniform Substantive Law and Private International Law", A.S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards...*, op. cit., pp. 51-63; y F. Rigaux, "L'internationalisation du droit étatique", *Rev. dr. int. dr. comp.*, t. LX, 1983, pp. 91-104, pp. 95-96.

¹⁰⁵ Cf. en relación con el Reino Unido, P. North, "Private International Law: Change or Decay?", *ICLQ*, vol. 50, 2001, pp. 477-508, p. 497.

¹⁰⁶ Vid. J.D. González Campos, "Efforts...", loc. cit., pp. 105-120; y J.C. Fernández Rozas, "Problemas de asimilación de los tratados internacionales de DIPr en un sistema de base estatal: la experiencia española", *Mélanges F. Sturm*, vol. II, Lieja, Ed. Université de Liège, 1999, pp. 1447-1468, pp. 1457-1461.

¹⁰⁷ Cf. P.A. De Miguel Asensio, "Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 337-366, pp. 340-341, si bien la necesidad de reforma se proyecta sobre el conjunto de los sectores integrantes del contenido del DIPr.

¹⁰⁸ Vid. K. Siehr, "The Impact of International Conventions on National Codifications of Private International Law", *E pluribus...*, op. cit., pp. 405-413; y A. Bucher, "La LDIP et les Conventions internationales", *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'A.E. von Overbeck*, Friburgo, Editions Universitaires, 1990, p. 265-278.

¹⁰⁹ Cf. J.D. González Campos, A. Borrás Rodríguez, *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)*, Madrid, M. Pons, 1996, pp. 22-23.

¹¹⁰ Vid. J. Kropholler, *Internationales...*, op. cit., pp. 178-179.

este ámbito facilita cierta uniformización informal¹¹¹, que se corresponde con el desarrollo creciente de reglas materiales reguladoras de situaciones transnacionales en virtud de nuevos mecanismos extraestatales de formulación de normas jurídicas uniformes.

Ciertamente, la expansión de las relaciones transfronterizas reclama la superación del marco tradicional de internacionalización jurídica, por ejemplo, en relación con la limitación en el ámbito procesal a las cuestiones de competencia de autoridades, arbitraje y reconocimiento de decisiones¹¹² (sin perjuicio, de la trascendencia de su reforzamiento, como ilustran los esfuerzos en el ámbito de la Conferencia de La Haya). En el nuevo contexto adquiere importancia una cierta armonización, a través de mecanismos flexibles -entre los que un precedente claro lo constituye la Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje- de las normas procesales de los distintos ordenamientos -ayudada por el desarrollo de estándares comunes, al menos en Europa, respecto de las garantías procesales básicas en la normativa internacional sobre derechos humanos¹¹³-, como vía para contribuir al mejor funcionamiento de la asistencia judicial internacional, proporcionar una mayor previsibilidad en la litigación internacional y simplificar la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales¹¹⁴.

B) Creación, caracteres y eficacia del Derecho extraestatal

33. Las técnicas tradicionales de internacionalización del Derecho -caracterizadas por la participación de los Estados- han permitido la creación de un conjunto de textos de eficacia dispar y que proporcionan reglas uniformes sólo respecto de cuestiones puntuales del tráfico privado internacional -con especial alcance en el ámbito del transporte y de la compraventa de mercaderías- que no se corresponde con el desarrollo actual del tráfico mercantil internacional y resulta insuficiente para dar respuesta a las exigencias de regulación y seguridad jurídica asociadas a ese incremento de las relaciones transfronterizas. A esta situación parecen no ser ajenas las carencias inherentes al instrumento normativo tradicional

¹¹¹ Cf. H.U. Jessurun d'Oliveira, "Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence", *Liber amicorum J.G. Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 117-130, pp. 128-130.

¹¹² Cf. K.D. Kerameus, "Procedural Unification: The Need and the Limitations", *International perspectives on Civil Justice (Essays in honour J.I.H. Jacob)*, Londres, 1990, pp. 47-66, p. 65.

¹¹³ *Vid., v. gr.*, W. Peukert, "Verfahrensgarantien und Zivilprozeß (Art. 6 EMRK)", *RabelsZ*, vol. 63, 1999, pp. 600-624.

¹¹⁴ *Vid.* M. Storme, "Das Prozeßrecht in Europa: e Diversitate Unitas?", *Festschrift für U. Drobnig*, Tubinga, Mohr, 1998, pp. 177-194, pp. 182-194; y R. Stürner, "Règles transnationales de procédure civile? Quelques remarques d'un européen sur un nouveau projet commun de l'American Law Institut et d'Unidroit", *RIDC*, 2000, pp. 845-865, p. 851.

de la internacionalización jurídica, el convenio, por su rigidez y petrificación, que contrasta con las exigencias de flexibilidad de la rápida evolución de la práctica negocial; al tiempo que, como esas iniciativas obedecen al impulso estatal, no siempre se corresponden con las necesidades de los operadores económicos y el contexto de su negociación -y la búsqueda de soluciones de compromiso- dificulta que las consideraciones de técnica jurídica y eficiencia sean las determinantes en la elaboración de reglas¹¹⁵.

La toma de conciencia acerca de los altos costes asociados a la unificación legislativa internacional¹¹⁶, así como los limitados logros obtenidos a través de la misma conducen a explorar las posibilidades de técnicas alternativas que contribuyan a configurar un régimen normativo más justo, previsible y completo de las transacciones internacionales¹¹⁷, especialmente en un contexto en el que la existencia de más de doscientos Estados dificulta la adopción de acuerdos sobre textos normativos en conferencias diplomáticas, cuya entrada en vigor depende de un proceso ulterior lento e incierto¹¹⁸. Una primera evolución se traduce en el desarrollo dentro de organismos intergubernamentales de textos flexibles, sin carácter vinculante, destinados a favorecer la armonización, como la ley modelo, las recomendaciones y los códigos de conducta¹¹⁹.

34. Con anterioridad se ha hecho referencia a los componentes de la *lex mercatoria*, como conjunto limitado de reglas y principios, que ha alcanzado notable desarrollo en relación con ciertas modalidades de negocios internacionales y cuya aplicación a éstos encuentra normalmente su fundamento en el acuerdo de los contratantes, admitido por los ordenamientos estatales, a los que también es necesario acudir en último extremo en el caso de que resulte imprescindible el cumplimiento coactivo. El panorama de la unificación extraestatal del Derecho de los contratos ha experimentado una notable evolución en los últimos años, por medio de la adopción de recopilaciones de normas que pretenden ser

¹¹⁵ Vid. H.J. Mertens, "Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff", *RabelsZ*, vol. 56, 1992, pp. 219-241, pp. 219-221; y H. Kronke, "International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice", *ULLR*, 2000, pp. 13-21, pp. 17-20.

¹¹⁶ Cf. F.J. Garcimartín Alférez, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, 1995, vol. XLVII, 1995(2), pp. 11-39, p. 30; H. Kötz, "Rechtsvereinheitlichung- Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", *RabelsZ*, vol. 50, 1986, pp. 1-17; y K. Siehr, "Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts", *Festschrift für Firsching*, Múnich, C.H. Beck, 1985, pp. 258-287, pp. 274-275.

¹¹⁷ Para una valoración de conjunto acerca de las posibles alternativas vid. O. Remien, "Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?", *RabelsZ*, vol. 56, 1992, pp. 300-315.

¹¹⁸ Cf. J. Basedow, "Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *ULLR*, 2000, pp. 129-139, pp. 129-130.

¹¹⁹ Valorando el alcance unificador de tales instrumentos, vid. P. Sarcevic, "Unification and Soft Law", *Conflicts et harmonisation...*, op. cit., pp. 87-101, pp. 90-93.

una respuesta a la principal deficiencia de la tradicional *lex mercatoria*, la dificultad para determinar su contenido que menoscaba sus posibilidades de aplicación¹²⁰. Entre esas recopilaciones sobresalen los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, en cuya elaboración, a pesar de tener lugar bajo los auspicios de una organización intergubernamental, no tomaron parte -a diferencia de las conferencias internacionales típicas para la elaboración de convenios- representantes estatales -sino especialistas independientes de sus respectivos gobiernos-¹²¹, al tiempo que la eficacia de los Principios no se subordina a su aprobación por las autoridades nacionales (no pueden ser ratificados) sino que se ofrecen para que sean empleados por los contratantes, los tribunales (en particular, arbitrales) y los legisladores, como una vía innovadora en la regulación del comercio internacional¹²². Los Principios de UNIDROIT implican también una opción decidida por la regulación del comercio internacional a través de normas materiales directas, que contribuye a la marginación en este ámbito de las normas conflictuales o meramente localizadoras.

35. La eficacia de las normas elaboradas en el marco de procesos privados de producción de 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 de la CCI 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. La vía más sencilla para lograr la eficacia de los Principios de UNIDROIT (y, en general, de las reglas armonizadas sin la participación estatal directa) es -de acuerdo con su Preámbulo- pactando en el contrato su aplicación, lo que parece ser cada vez más frecuente en la práctica negocial. Ahora bien, el creciente desarrollo de normas extraestatales y su importancia en la configuración del régimen jurídico de los negocios internacionales modifica el alcance tradicional de la autonomía de la voluntad y el sentido práctico de la

¹²⁰ Cf. K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 142-143.

¹²¹ Cf. O. Lando, "Comparative Law and Lawmaking", *Tul.L.Rev.*, vol. 75, 2001, pp.1015-1032, p. 1016.

¹²² Vid. M.J. Bonell, "I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità", *Dir.comm.int.*, vol. 9, 1995, pp. 3-22, pp. 3-6; K.P. Berger, "Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge (Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?)", *ZVglRWiss*, vol. 94, 1995, pp. 217-236, p. 236; y K. Boele-Woelki, "Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge", *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 161-171, p. 164.

rígida distinción entre autonomía material y conflictual¹²³.

Pese a la circunstancia de que conforme al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (arts. 3 y 4) -es decir, conforme al DIPr español-, propiamente ley del contrato sólo puede serlo una estatal, la aparición de cuerpos normativos extraestatales muy elaborados, unida a las carencias de la nacionalización de los litigios en el marco transnacional -en el que es frecuente que los negocios presenten múltiples vínculos con diversos países-, aconseja una interpretación según la cual la eficacia del acuerdo de las partes acerca de que el contrato se rija por los Principios de UNIDROIT (u otra recopilación extr estatal similar) debe ser semejante ante los órganos arbitrales y los judiciales: en todo caso las normas (dispositivas e imperativas) de los Principios desplazarían a la ley (objetiva) del contrato, pues los Principios garantizan un nivel de protección y equilibrio equivalente al de las normas sobre Derecho de obligaciones de los ordenamientos estatales. Ante los órganos arbitrales la eficacia de las normas extraestatales a las que se remiten las partes no resulta controvertida, pues esos órganos con carácter general no tienen la obligación de aplicar las reglas de conflicto de un sistema estatal sino disposiciones que les atribuyen una gran flexibilidad -por ejemplo, el artículo 17 del Reglamento de arbitraje de la CCI establece que: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”-.

Ante los tribunales estatales -en el marco del Convenio de Roma de 1980- es cierto que sólo una ley estatal puede ser la ley del contrato, pero si las partes se han remitido a los Principios no parece admisible que las normas imperativas de Derecho de obligaciones del ordenamiento objetivamente aplicable prevalezcan con carácter general sobre las de los Principios, que regulan sólo aspectos obligacionales en los que las normas imperativas -excepcionales, pues suele tratarse de normas dispositivas- de los diversos ordenamientos nacionales son fungibles (de ahí, el reconocimiento generalizado de la autonomía conflictual, incluso para elegir como aplicable la ley de un país sin vinculación con el contrato); todo ello, sin perjuicio de la eventual repercusión de las normas de intervención de ordenamientos implicados (que no tienen por qué ser las de la ley del contrato -art. 7 Convenio de Roma-), así como del límite del orden público del foro, y sin desconocer que será de aplicación la ley (estatal) del contrato cuando existan lagunas insuperables, pues esa ley (que en la práctica puede no ser preciso identificar) es de la que deriva en

¹²³ Apuntando ya esta idea, *vid.* K. Siehr, “Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht”, *Festschrift für M. Keller*, Zürich, 1989, pp. 485-510, p. 509.

última instancia la fuerza vinculante del contrato y la que proporciona, cuando es preciso, el régimen supletorio¹²⁴.

36. Junto a los Principios de UNIDROIT otra recopilación de normas sobre Derecho de obligaciones contractuales ha alcanzado especial notoriedad, se trata de los Principios de Derecho contractual europeo de 1995 (pero cuya versión completa y revisada es de 1998) elaborados por la llamada Comisión Lando. Esta recopilación pretende ser, además de una base para el desarrollo de medidas legislativas en el ámbito comunitario europeo y para la armonización de la legislación sobre contratos de los Estados miembros, un conjunto elaborado de reglas que las partes pueden declarar aplicables al contrato, una moderna formulación de la llamada *lex mercatoria* y una referencia para el desarrollo judicial del Derecho de los contratos.

Si bien el significado armonizador de los Principios europeos puede resultar favorecido por su limitado alcance geográfico así como por estar ideados no sólo para transacciones internacionales sino también para las internas, su impacto de momento ha sido menor que el de los Principios de UNIDROIT, en gran medida porque el carácter internacional y no vinculante de éstos se corresponde especialmente bien con las necesidades propias de los negocios internacionales¹²⁵, lo que cuestiona la utilidad de la idea de convertir los Principios europeos en un instrumento vinculante -siquiera sólo para las relaciones internacionales-, por ejemplo, a través de su adopción como reglamento comunitario o como convenio internacional entre los Estados miembros¹²⁶, en línea con las reservas ya expresadas respecto de una eventual codificación europea.

C) *Desplazamiento de las técnicas localizadoras: límites*

37. El desarrollo de las reglas extraestatales y la generalización del recurso al arbitraje constituyen una reacción a las deficiencias de la técnica conflictual -por la falta de previsibilidad que le es inherente- para hacer

¹²⁴ Sobre estas cuestiones, así como acerca de la operatividad de las reglas extraestatales a falta de elección por los contratantes y de como el artículo 4 Convenio de Roma de 1980, pese a las críticas de que ha sido objeto, por no prever la eficacia de las reglas extraestatales, puede ser objeto de una interpretación respetuosa con el papel que aquellas deben desempeñar en el comercio internacional actual y constituye una solución superior a la del artículo 9.2 de la Convención de México de 1994 en la misma materia, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Dir.com.int.*, vol. 12.4, 1998, pp. 859-883, pp. 872-883.

¹²⁵ *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.

¹²⁶ Opción que defiende G. Broggin, "Was bedeutet heute gemeineuropäisches Vertragsrecht?", *ZfRV*, vol. 38, 1997, pp. 221-229, p. 229.

frente a los conflictos de intereses propios de situaciones transnacionales, que no se compadecen con su sistemática "nacionalización" y sometimiento a una normativa estatal ideada típicamente para transacciones internas¹²⁷. En este contexto, el DIPr, centrado en la localización en un sistema nacional de las relaciones internacionales, no parece haber evolucionado, especialmente en el ámbito del Derecho aplicable, de modo tan significativo como lo ha hecho el contexto en el que opera, lo que resulta una de las claves de que la distancia entre la especulación teórica y las exigencias de la práctica haya continuado en aumento, pues además en la llamada "crisis de la norma de conflicto" la pretensión de revisar esta característica "nacionalización" de las situaciones privadas internacionales que ocurre invariablemente en la norma de conflicto no ha ocupado siempre un lugar destacado¹²⁸.

38. Las exigencias de la nueva realidad social acentúan las deficiencias atribuibles a una técnica meramente localizadora, pues ciertos caracteres de Internet -alcance global, dificultad de identificación y localización de la actividad y de su responsable- complican el empleo de ese tipo de normas para determinar los órganos competentes y precisar el régimen jurídico aplicable, sin perjuicio de que la ordenación de base territorial de Internet no es menos legítima que la de las actividades ajenas a Internet¹²⁹, pues este medio no menoscaba sustancialmente la existencia de relación entre las situaciones jurídicas y los territorios ya que es en éstos donde se experimentan los efectos de las actividades en la Red. El cambio fundamental que se deriva aquí de Internet es el extraordinario incremento cuantitativo de las relaciones, así como de las situaciones en las que los efectos derivados de una actividad se experimentan en múltiples jurisdicciones¹³⁰. Una dificultad significativa para el DIPr viene constituida por la cuestionable adaptación de las soluciones localizadoras respecto de las actividades relativas a Internet -típicamente de alcance global-, que exigen, tanto en materia de ley aplicable como de competencia judicial internacional, analizar las implicaciones del empleo de ciertos

¹²⁷ Vid. K. Siehr, "Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria", *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht*, Colonia, Carl Heymanns, 1985, pp. 103-126, pp. 103-104.

¹²⁸ Vid. J.D. González Campos, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios jurídicos en homenaje a A. Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas 1996, pp. 5239-5270, esp. pp. 5248-5270.

¹²⁹ Cf. J.L. Goldsmith, "The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 5, núm.2, 1998, pp. 475-492, pp. 476-477; y A.R. Stein, "The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace", *Int. Lawyer*, vol. 32, 1998, pp. 1167-1191.

¹³⁰ Cf. v. gr., M. von Hinden, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, Tubinga, Mohr, 1999, p. 10; y J.P. Trachtman, "Cyberspace...", *loc. cit.*, pp. 6-7.

criterios de conexión territoriales tradicionalmente empleados, valorando su eventual sustitución por otros más flexibles y mejor adaptados¹³¹.

Como línea de progreso cobra significado la elaboración de un régimen material uniforme, en un entorno en el que la autorregulación - sin desconocer sus significativos límites¹³²- y los mecanismos alternativos de solución de controversias están llamados a adquirir un nuevo protagonismo, en particular, estos últimos en relación con la extraordinaria difusión de los negocios transfronterizos de pequeñas cuantías, que es propia de la sociedad de la información. La coordinación y compatibilidad entre las normas (estatales) reguladoras del comercio electrónico (así como el desarrollo de normas internacionales) son necesarias para garantizar un funcionamiento eficiente de Internet, sin que los costes de transacción asociados a la diversidad de soluciones normativas menoscaben el empleo de este medio en la contratación internacional¹³³, lo que se corresponde con la idea de que el Derecho de Internet tiene que estar organizado en red y ser multipolar, por coexistir múltiples puntos de apoyo y decisión -internacionales, estatales, locales-, tanto públicos o (inter)gubernamentales como privados¹³⁴.

39. En el ámbito de los negocios internacionales, la evolución hacia el empleo de soluciones materiales, transnacionales y flexibles se ve favorecida por ser el sector en el que se ponen especialmente de manifiesto las limitaciones del "conflictualismo" para cumplir sus objetivos, en la medida en que no garantiza la pretendida universalidad y previsibilidad de las respuestas ni éstas son apropiadas a las necesidades del tráfico¹³⁵. Esta circunstancia se corresponde con el escaso interés existente (salvo en el marco de procesos de integración) por unificar las reglas de conflicto en el ámbito mercantil, habida cuenta del limitado prestigio que esa técnica normativa tiene para los operadores y de las posibilidades existentes en este sector de alcanzar un cierto grado de unificación de la normativa material¹³⁶, por ser un sector del ordenamiento cuya vinculación con las

¹³¹ Ampliamente, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 164-190, 285-309, 412-490 y 543-554.

¹³² *Vid.* T. Hoeren, "Internet und Recht - Neue Paradigmen des Informationsrechts", *NJW*, vol. 51, 1998, pp. 2849-2854, pp. 2852-2853; y N.W. Netanel, "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory", *California L. Rev.*, vol. 88, 2000, pp. 395-498.

¹³³ *Cf.* P.T. Stoll, B. Goller, "Electronic Commerce and the Internet", *GYIL*, vol. 41, 1998, pp. 128-169, p. 150.

¹³⁴ *Cf.* S. Muñoz Machado, *La regulación de la red*, Madrid, Taurus, 2000, p. 105.

¹³⁵ Sobre estas cuestiones *vid.* F.K. Juenger, S. Sánchez Lorenzo, "Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado", *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15-45, pp. 21-27.

¹³⁶ *Cf.* J.C. Fernández Rozas, "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", *Estudios jurídicos en homenaje a A. Menéndez...*, *op. cit.*, pp. 5.209-5.237, p. 5.211.

tradiciones locales es menos intensa, en el que existe mayor coincidencia internacional acerca de los valores esenciales (previsibilidad, eficiencia, autonomía de la voluntad, igualdad, buena fe...) y en el que criterios de utilidad práctica -vinculados a la reducción de los riesgos específicos del tráfico internacional y de la supresión de obstáculos derivados de la pluralidad normativa- justifican especialmente la uniformización¹³⁷.

40. Las carencias de un mecanismo que se limita a localizar las situaciones transnacionales en un concreto ordenamiento, para aplicarles su normativa interna, restringe el impulso unificador en el ámbito del Derecho aplicable, debido a que la normativa conflictual uniforme plantea en esencia las mismas carencias, ya señaladas, que la de fuente interna¹³⁸. Sin embargo, las deficiencias asociadas a la nacionalización inherente a la técnica conflictual -que conducirían a su marginación y a cuestionar el interés de su unificación- no son predicables por igual de los diversos sectores del ordenamiento. En ámbitos como el Derecho de familia, persona y sucesiones, donde la uniformización de las normas materiales, como se puso de relieve, es especialmente problemática, el empleo como técnica principal de la norma de conflicto parece aconsejable. En esta línea, se ha mantenido que la solución más adecuada en este tipo de materias pasaría por un sistema en dos niveles, uno primero integrado por normas de conflicto uniformes y un segundo formado por los diversos regímenes materiales, que garantizaría cierto grado de diferenciación tolerante con la diversidad existente en el mundo¹³⁹.

Asimismo, la marginación de la técnica localizadora también parece escasa en aquellas materias -incluso en la órbita económica- en las que se excluye la operatividad de la autonomía de la voluntad. Cabe pensar, por ejemplo, en sectores, como la protección de la propiedad industrial e intelectual, la competencia desleal, el régimen de defensa de la competencia... No obstante, la afirmación del método localizador en estas materias puede resultar paradójico, en tanto en cuanto la referencia a las normas materiales imperativas -determinantes en algunos de los sectores mencionados- ha sido uno de los elementos clave del llamado pluralismo metodológico superador de la norma de conflicto como técnica de reglamentación única en el ámbito de la ley aplicable. Pues bien, ocurre que esas normas tienen un concreto ámbito de aplicación espacial, dentro del cual deben ser aplicadas -tratándose de disposiciones del foro- en todo caso, pues no deja margen a la autonomía conflictual (basta pensar en el

¹³⁷ Cf. P. Behrens, "Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung", *RebelsZ*, 1986, vol. 50, pp. 19-34, pp. 20-21.

¹³⁸ Cf. J. Kropholler, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 181.

¹³⁹ *Vid.* H. Weber, "Die Internationalisierung...", *loc. cit.*, pp. 109-113.

art. 10.4 C.c. respecto de la propiedad industrial o en el art. 4 de la Ley de competencia desleal).

2. Negocios internacionales y ordenamientos estatales

41. Resulta ahora común que una operación aparezca al mismo tiempo vinculada con un conjunto de países, cuyas legislaciones deben ser respetadas en ciertos aspectos. Basta pensar en el ejemplo de las fusiones internacionales¹⁴⁰, como -al margen de la ley rectora del contrato- entran en juego no sólo las legislaciones de sociedades aplicables a las empresas que se fusionan (y el de la empresa resultante), sino también sus normas sobre el mercado de valores si se trata de empresas cotizadas, las normas sobre defensa de la competencia... Similar resultado se impone en relación con otros acuerdos, por ejemplo, de transferencia de tecnología¹⁴¹, en los que, con independencia de la ley del contrato, pueden resultar relevantes las normas sobre protección de la propiedad industrial, las normas de control de la exportación o importación de tecnología, las normas de defensa de la competencia... de cada uno de los países implicados.

No cabe entender que los avances en el desarrollo y aplicación de normas extraestatales y la tendencia a la "desnacionalización" de los negocios internacionales han conducido a un entorno en el que resulte irrelevante el contenido de las legislaciones estatales y la determinación de las que pueden ser aplicadas. Antes al contrario, desde un principio se ha puesto de relieve que ciertos elementos de la globalización contribuyen a reforzar la importancia del DIPr. En este sentido, si bien cabe afirmar que la práctica comercial de hoy en día margina el significado de la localización respecto de la ley del contrato, lo cierto es que las operaciones propias de los nuevos modelos de relaciones empresariales -por su larga duración, profundos vínculos de colaboración, heterogeneidad de los participantes, etc- unidas al papel de los Estados en la ordenación de los respectivos mercados, resultan determinantes de la importancia fundamental de las legislaciones estatales (o de entes supranacionales, como la UE) en la configuración de los negocios internacionales, pues las normas estatales en sectores en los que los intereses político-económicos resultan particularmente intensos no son derogables por las partes y se imponen necesariamente en la medida en que el supuesto quede incluido dentro de su ámbito espacial¹⁴².

¹⁴⁰ Vid. K. Hofstetter, "Globalisierung...", *loc. cit.*, p. 377.

¹⁴¹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 329-344.

¹⁴² Vid. A.K. Schnyder, "Wirtschaftskollisionsrecht als Regelungsinstrument für eine internationalisierte Wirtschaft", *ZSR*, 2000, pp. 397-410, pp. 402-409.

La tendencia a la "deslocalización" del arbitraje y el desarrollo de éste al margen de una ley nacional no impide, sin embargo, apreciar que se encuentra ampliamente extendido -como ilustra la práctica arbitral¹⁴³- el criterio de que en el arbitraje comercial internacional el órgano decisorio debe dar efecto a las normas (estatales, pues la idea de un orden público transnacional presenta todavía significativas limitaciones) de intervención de los países con los que está vinculada la situación¹⁴⁴. Esta solución se impone especialmente en la medida en que de no proceder así se obstaculice la eventual ejecución del laudo, pues la vulneración por el órgano arbitral de las normas internacionalmente imperativas del ordenamiento cuyos tribunales controlan el laudo (en el trámite de impugnación o de ejecución) constituye típicamente a esos efectos un supuesto de infracción del orden público.

42. La internacionalización jurídica -dejando a un lado el caso de la UE y situaciones específicas como ciertos embargos comerciales o las prohibiciones a la exportación de material y tecnología de doble uso en el marco de acuerdos del tipo del de Wassenaar- sólo de manera limitada se ha proyectado sobre el Derecho público económico pese a su gran impacto sobre los negocios internacionales, típicamente por medio de las llamadas normas de intervención económica. Particular trascendencia revisten las carencias de la coordinación en materia de defensa de la competencia, que deja a los Estados el control de las restricciones empresariales a la apertura de los mercados (en contraste con las restricciones estatales sobre las que se proyecta la liberalización mundial del comercio -OMC-) y genera costes de transacción, por ejemplo, en la aplicación de diversos procedimientos nacionales respecto de fusiones transfronterizas¹⁴⁵.

Pese al amplio consenso en los países industrializados acerca de la conveniencia de alcanzar un cierto grado de armonización dentro de esta materia y la creciente atención prestada por organismos internacionales, entre los que destaca ahora la OMC¹⁴⁶, no parece todavía posible la

¹⁴³ Para una síntesis de la práctica de la CCI sobre el particular, con referencia detallada a asuntos significativos, *vid.* B. Von Hoffmann, "Internationally Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunals (A General Outline)", K.H. Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Colonia, 1997, (Sonderdruck), pp. 3-28, pp. 12-16.

¹⁴⁴ *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, "Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales", *Homenaje a A. Hernández Gil*, tomo III, Madrid, Centro Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882, pp. 2879-2882.

¹⁴⁵ *Vid.* U. Immenga, *El mercado y el Derecho (Estudios de Derecho de la competencia)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 40-42.

¹⁴⁶ *Vid.* C.A. Jones, "Toward Global Competition Policy? (The Expanding Dialogue on Multilateralism)", *W.Comp.*, vol. 23, 2000, pp. 95-99; M. Montaña Mora, "Posibles modelos para la regulación de la competencia en la Organización Mundial del Comercio", *REEL*, núm. 2, 2001, <<http://www.reei.org>>. Asimismo, *vid.* J. Drexel, A. Heinemann, "El Proyecto de Código Antitrust Internacional", *RGD*, año L, 1994, pp.3.781-3.804; y W. Fikentscher, J. Drexel, "Der Draft International Antitrust Code (Zur

aceptación generalizada de una normativa *antitrust* uniforme -si bien la inclusión en el art. 40 Acuerdo ADPIC de normas sobre el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales constituye un tímido precedente-. La situación actual conduce respecto de ciertas operaciones transfronterizas a la incertidumbre sobre la eventual competencia de las autoridades de supervisión de varios países¹⁴⁷, cada una de las cuales aplicará sus propias normas, que si bien tutelan intereses semejantes y son necesarias para la salvaguardia de un mismo modelo de organización económica, en su formulación de las concretas soluciones pueden diferir significativamente, en parte como consecuencia de actitudes nacionalistas (en especial, el tratamiento permisivo dispensado tradicionalmente a los carteles de exportación)¹⁴⁸.

3. Criterios de conexión y ley extranjera

43. Más allá de lo apuntado respecto de la técnica conflictual en general, el contexto en el que se desarrolla la globalización reclama consideraciones adicionales acerca de la configuración y contenido de los criterios de conexión. Por una parte, para satisfacer las exigencias propias del pluralismo social resulta oportuno que las normas de Derecho privado tiendan a ser flexibles¹⁴⁹; de ahí la importancia de hacer posible la adaptación a las circunstancias del caso por el aplicador o a las preferencias de los implicados a través de la autonomía de la voluntad. La tendencia a la apertura y la tolerancia no se corresponde con la configuración clásica de la norma de conflicto, cuya rigidez de su funcionamiento resulta en ocasiones un obstáculo para el logro de la

institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts)", *RIW*, vol. 40, 1994, pp. 93-99 (el texto del Proyecto de Código puede consultarse en U. Immenga, *El mercado...*, op. cit., pp. 113-165).

¹⁴⁷ Ámbito en el que destaca el Acuerdo de junio de 1998 entre la CE y EE.UU. sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia (DO 1998 L 173/28). Sobre estas cuestiones, vid. F.J. Zamora Cabot, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad (Un estudio a partir del Derecho antitrust de EEUU)*, Madrid, Eurolex, 2001, pp. 116-136.

¹⁴⁸ Vid. A. Freytag, R. Zimmermann, "Muß die internationale Handelsordnung um eine Wettbewerbsordnung erweitert werden?", *RabelsZ*, vol. 62, 1998, pp. 38-58, pp. 46-47; y J. Basedow, "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", A.L. Calvo Caravaca, P. Blanco-Morales Limones (coord.), *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 393-505.

¹⁴⁹ Vid. E. Jayme, "Le Droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *R. des C.*, 2000, t. 282, pp. 19-40, pp. 37-38.

justicia material en la realidad multicultural¹⁵⁰, y sí con el nuevo paradigma del creciente arbitrio judicial¹⁵¹.

Un elemento de flexibilización bien conocido es la introducción en la norma sobre ley aplicable de una cláusula de cierre basada en el principio de proximidad¹⁵², que en nuestro ordenamiento se contempla actualmente en materia de obligaciones contractuales (art. 4 Convenio de Roma de 1980), pero cuya extensión a otros ámbitos podría también permitir, por ejemplo, valorar el notable grado de integración en la sociedad española de los implicados para marginar la aplicación de la ley extranjera de la nacionalidad (o la continuidad de significativos vínculos con el país de origen para excluir la aplicación de la ley de la residencia habitual si fuera ese el elemento de localización usado en la norma de conflicto). En todo caso, el empleo de estas soluciones correctoras es aconsejable si la formulación restrictiva conduce a su carácter excepcional, determinante de que sólo opere en la medida en que la mayor vinculación con un ordenamiento diferente del previsto en el criterio de conexión inicial resulte significativamente más estrecha -como ilustra, en materia de obligaciones extracontractuales, la reciente reforma en Alemania de los artículos 41 y 46 *EGBGB*¹⁵³-, pues de lo contrario supondría un riesgo excesivo para la previsibilidad y seguridad jurídica.

44. La creciente imbricación entre los mercados internos y la facilidad con la que en la sociedad de la información las actividades trascienden las fronteras y producen efectos en múltiples países, conduce a la revisión de la eficacia en algunos ámbitos de criterios de conexión basados en la localización en el mercado (de destino, donde se producen los efectos), en la medida en que pueden conducir a un excesivo fraccionamiento, incompatible con objetivos de integración. Esta tendencia se manifiesta especialmente en el ámbito comunitario, en línea con el impacto del principio de reconocimiento mutuo en el marco del mercado interior. Ahora bien, el principio de reconocimiento mutuo no opera en

¹⁵⁰ Cf. A. Borrás, "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico", A. Borrás, S. Mernissi (eds.), *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 163-198, p. 164.

¹⁵¹ Cf. A. Nieto, *El arbitrio...*, op. cit., p. 28.

¹⁵² Caracterizando la flexibilidad propia de las cláusulas de excepción basadas en criterios de proximidad como una de las orientaciones fundamentales del DIPr de principios de siglo, vid. J.C. Fernández Rozas, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Rev.Mex.DIPr.*, núm. esp. 2000, pp. 7-32, p. 21.

¹⁵³ Vid. K. Kreuzer, "Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrechts der außenvertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21.5.1999", *RabelsZ*, vol. 65, 2001, pp. 383-462, pp. 430-435.

realidad como una auténtica regla de conflicto¹⁵⁴ que, a partir de la igualdad de los diversos ordenamientos materiales implicados, imponga la aplicación, respecto del conjunto de las relaciones jurídicas afectadas por las libertades comunitarias, de la ley del Estado de origen (incluyendo la totalidad del Derecho privado); sino que sólo exige la no aplicación de las reglas -normalmente de Derecho público, sin perjuicio de su posible repercusión sobre relaciones privadas¹⁵⁵- de la ley aplicable contrarias al Derecho comunitario (que pueden ser desplazadas, en esa medida por la ley del Estado de origen, en virtud del principio de reconocimiento mutuo)¹⁵⁶.

La proyección del criterio de origen sobre cuestiones regidas según la norma de conflicto general por la ley de destino (como es el caso de la publicidad o la competencia desleal), así como sus limitaciones, han hallado una reciente y particularmente compleja expresión en el sector del comercio electrónico, donde reviste especial importancia por la facilidad con que en ese contexto una actividad puede afectar a una pluralidad de territorios. Si bien la ley de origen desempeña una función esencial en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, como se desprende con claridad de su artículo 3.2, debe tenerse en cuenta que esa situación no menoscaba el dato de que esa Directiva, según su artículo 1.4 "no establece reglas adicionales de DIPr ni afecta a los tribunales de justicia". Además, el criterio de la ley de origen sólo opera dentro del ámbito coordinado -requisitos exigibles a los prestadores de servicios para el inicio de la actividad y determinados aspectos de su ejercicio como los relativos a la calidad o el contenido de los servicios "incluidos los aplicables a publicidad y contratos"- y se excluyen expresamente del mismo una serie de materias enumeradas en el Anexo, como derechos de autor, contratos de consumo, régimen de las comunicaciones comerciales no solicitadas y "libertad de las partes de elegir la legislación aplicable a su contrato".

¹⁵⁴ Vid. J. Sonnenberger, "Europarecht und Internationales Privatrecht", *ZVglRWiss*, vol. 95, 1996, pp. 3-47, pp. 8-13.

¹⁵⁵ Cf. L. Radicati di Brozolo, "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", P. Lagarde, B. von Hoffmann (eds.), *L'europeanisation du droit international privé*, Colonia, Bundesanzeiger, 1996, pp. 87-103, pp. 92-93.

¹⁵⁶ No obstante, S. Grundmann, "Binnenmarktskollisionsrecht- vom klassischen IPR zur Integrationsordnung", *RabelsZ*, vol. 64, 2000, pp. 457-477, p. 460, opina que rechazar en tales circunstancias el carácter conflictual del mecanismo es discutible con base en que el mandato de inaplicación de normas del país de destino va unido a otro de aplicación de la ley de origen. Por su parte, M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 214-215, entiende que el principio de reconocimiento mutuo implica la toma en consideración -que no aplicación- de la normativa del Estado de origen, pero no como un simple dato sino como norma con su consecuencia jurídica (elemento éste, sin embargo, característico de la aplicación en sentido propio).

45. Por otra parte, uno de los rasgos característicos del DIPr actual es la expansión de la autonomía de la voluntad en el conjunto del DIPr, pero de manera muy significativa en el ámbito del Derecho de la persona y del Derecho de familia, donde se impone como expresión de un principio de libertad individual¹⁵⁷. En esas materias el reforzamiento de la autonomía de la voluntad de las partes para seleccionar los tribunales competentes y la ley aplicable puede resultar un mecanismo significativo de protección de las personas, siempre que dispongan de la información relevante, en un mundo global¹⁵⁸. La expansión de la autonomía de la voluntad (conflictual) en estos sectores del ordenamiento -que, como es sabido, continúa encontrando limitaciones excesivas en el art. 9.2 C.c., por subordinarse su ejercicio a la inexistencia de nacionalidad común- se corresponde con los objetivos del artículo 9.2 Constitución y favorece objetivos de integración y asimilación¹⁵⁹ (y de respeto a la tradición cultural si el criterio de conexión supletorio se basa en la residencia habitual). Parece oportuno, sin embargo, matizar el potencial de la autonomía conflictual como solución general en este ámbito, pues coloca a las personas -con limitados conocimientos sobre el contenido de los ordenamientos- en una situación que puede defraudar las expectativas generadas por esta facultad de optar¹⁶⁰, por ejemplo, cuando el sometimiento tradicional de la esposa propio de algunas culturas podría facilitar una elección de ley impuesta en la práctica por una de las partes. A diferencia de la situación en materia contractual, en el ámbito personal y familiar encuentra justificación limitar los posibles ordenamientos entre los que pueden optar los implicados.

46. El nuevo entorno social resultante de las migraciones transculturales exige valorar la adaptación al mismo del empleo de la nacionalidad como criterio de conexión principal en el ámbito personal y familiar. Una opinión extendida lleva a considerar la conveniencia de reforzar el significado de la nacionalidad como criterio de conexión, en tanto que facilita que la persona se rija por el ordenamiento que se vincula con su identidad cultural. No obstante, el empleo de la nacionalidad con ese objetivo resulta cuestionable por motivos de peso: no siempre constituye un elemento fiable de expresión de los orígenes culturales o

¹⁵⁷ Cf. S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVI, 1994 (2), pp. 557-585, p. 573.

¹⁵⁸ Cf. E. Jayme, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face a la globalisation", *R. des C.*, 282, 2000, pp. 9-40, pp. 37-38.

¹⁵⁹ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 452-453.

¹⁶⁰ *Vid.* A. Bucher, "La famille en droit international privé", *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 9-186, pp. 90-91.

étnicos de la persona¹⁶¹; puede resultar incompatible -en particular si el ordenamiento extranjero resulta ser teocrático y autoritario- con derechos fundamentales, en especial, el principio de igualdad¹⁶² -lo que cobra también una dimensión específica en el ámbito intracomunitario-; dificulta la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida y puede menoscabar sus intereses (en particular cuando se trata de una mujer inmigrada)¹⁶³. Además, la consolidación de ese criterio de conexión se vincula con una idea de la nacionalidad como vínculo exclusivo, que la globalización debilita, al tiempo que la proyección del principio de no discriminación por razón de sexo sobre los regímenes de nacionalidad multiplica la aparición de familias de nacionalidad mixta¹⁶⁴.

Ciertamente, la globalización, como consecuencia de la "desnacionalización" de la ciudadanía inherente a las migraciones transfronterizas y al establecimiento de relaciones de todo tipo entre personas de diferentes nacionalidades, aparece unida a la multiplicación de las situaciones de doble e, incluso, múltiple nacionalidad¹⁶⁵, tendencia que se ve favorecida por la creciente aceptación de esas situaciones en ciertas legislaciones nacionales y textos internacionales, que erosionan el significado y potencial empleo de la nacionalidad como elemento determinante de la atribución de competencia legislativa o jurisdiccional a un Estado¹⁶⁶. En este contexto, proliferan las situaciones de pluralidad de nacionalidades, así como las situaciones en las que alguna de las nacionalidades se reduce a un vínculo formal, carente de expresión de una vinculación real con el país, por lo que debe ser rechazado como criterio de conexión (incluso también en casos excepcionales cabría cuestionar su empleo como criterio atributivo de competencia, ámbito en el que no es aplicable el art. 9.9 C.c.)¹⁶⁷.

¹⁶¹ Cf. A. Bucher, "La famille...", *loc. cit.*, p. 92.

¹⁶² Vid. A. Quiñones Escámez, "El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas", *Actas XVII Jornadas AEPDIRI, Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, BOE, 1999, pp. 181-194, pp. 184-185.

¹⁶³ Cf. J.Y. Carlier, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", A.L. Calvo Caravaca, J.L. Iriarte Angel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38, p. 36.

¹⁶⁴ Lo que contrasta con el contexto en el que se consolidó la conexión nacionalidad a finales del siglo XIX, cf. F. Mosconi, "Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza", *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. XXXV, 1993, pp.421-436, pp. 434-435.

¹⁶⁵ Cf. L. Bosniak, "Citizenship...", *loc. cit.*, p. 462.

¹⁶⁶ Vid. K. Rubenstein, D. Adler, "International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalized World", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 7, 2000, pp. 519-547, pp. 545-546.

¹⁶⁷ Vid. M. Virgós Soriano, "Artículo 9.9", Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, Secr. Gral. Téc., 1999, pp. 98-101, pp. 99-101.

47. Desde la perspectiva de la actividad jurisdiccional, la composición actual de la sociedad europea parece aconsejar el desplazamiento de la nacionalidad como principal criterio de conexión en materia personal y familiar, en la medida en que limitaría la necesidad de aplicar una ley extranjera, en beneficio de la aplicación de la ley del foro¹⁶⁸, recurso a ésta que encuentra una justificación adicional cuando la norma de conflicto atribuye previamente a las partes la facultad de elegir la ley aplicable¹⁶⁹. La realidad social se caracteriza por la presencia de un porcentaje muy significativo de población extranjera, en ocasiones procedente de países con ordenamientos cuyo conocimiento para las autoridades y tribunales españoles puede resultar especialmente difícil por pertenecer a familias jurídicas distintas o por motivos de idioma (por ejemplo, numerosos países africanos, asiáticos y de la zona más oriental de Europa). La averiguación, prueba y aplicación del contenido del Derecho extranjero implica normalmente unos costes y riesgos, que -aunque en parte mermados por el mayor acceso a fuentes extranjeras que proporcionan las nuevas tecnologías- se acentúan en el ámbito personal y familiar por el grado de divergencia de las soluciones normativas de los ordenamientos implicados en un contexto multicultural.

El carácter potestativo (salvo en supuestos muy limitados, en particular para evitar situaciones de fraude) de la intervención de la autoridad judicial en la averiguación del contenido del derecho extranjero cuando éste haya sido alegado por alguna de las partes -que, a pesar del art. 12.6.I C.c. se derivaría, según una opinión extendida, del art. 281.2 LEC¹⁷⁰ y favorece la aplicación de la ley del foro en situaciones de tráfico externo-, parece compaguarse bien con las circunstancias sociales actuales -entre otras, la presencia de numerosos extranjeros procedentes de países muy diversos y la precariedad de medios de la Administración de Justicia-. Ahora bien, la generalización de esta solución como respuesta a los problemas que en la España actual plantea el empleo de la nacionalidad como criterio de conexión básico en el ámbito del estatuto personal, dista de ser óptima y favorece la desigualdad¹⁷¹. En particular, promueve la inseguridad jurídica y facilita que litigios de contenido semejante puedan

¹⁶⁸ Vid. F.K. Juenger, “The National Law Principle”, *Mélanges F. Sturm*, vol. II... *op. cit.*, pp. 1519-1537.

¹⁶⁹ Cf. J. Basedow, “The Effects...”, *loc. cit.*, pp. 1-10, p. 8.

¹⁷⁰ Vid. M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alferez, *Derecho procesal civil internacional (Litigación internacional)*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 374-376, si bien se insiste en que en el ejercicio de esa facultad el tribunal “no es absolutamente discrecional”. La reciente STC 155/2001, de 2 de julio, declara expresamente que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en situaciones de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el artículo 24 Const. exige, considerando que no es admisible tener por decaída la demanda como consecuencia de la falta de prueba de la ley extranjera.

¹⁷¹ Cf. A. Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, p. 54.

ser resueltos aplicando legislaciones diferentes en función no sólo de los intereses de los afectados sino también de sus recursos económicos o simplemente de la diligencia, interés o disposición del tribunal, sin perjuicio de que el TC ha tenido ocasión de declarar que en determinadas circunstancias las garantías contenidas en el artículo 24.1 Constitución pueden exigir de los órganos judiciales una participación activa en la prueba del Derecho extranjero cuando la parte aporta un principio de prueba¹⁷².

48. También la coordinación entre el respeto a la identidad cultural de los extranjeros inmigrantes y la puesta a disposición de mecanismos para su integración desaconseja la primacía de criterios de conexión basados sólo en la nacionalidad -como en nuestro sistema ocurre, por ejemplo, en las reglas de conflicto de los arts. 9.2 y 107 C.c.-. El empleo de la residencia habitual como criterio de conexión permite una integración flexible de los inmigrantes si va acompañado de una apertura o flexibilización del contenido material del Derecho interno¹⁷³. En este sentido, el recurso a la conexión residencia habitual en estas materias parece favorecer las posibilidades de integración y es garantía de coherencia del modelo familiar; sin perjuicio de la oportunidad de coordinar su aplicación con la admisión de un significativo alcance de la autonomía de la voluntad -en línea con el creciente peso en esos sectores de la autonomía en el plano material- e incluso de manera excepcional con una cláusula de corrección basada en el principio de proximidad, como mecanismos que introduzcan flexibilidad y permitan la remisión a sistemas vinculados a la adscripción cultural de los participantes.

4. Nuevos ámbitos de cooperación

49. La creciente movilidad transfronteriza de la vida social de las personas y la multiplicación de las situaciones privadas vinculadas con varios países aconseja el desarrollo de mecanismos elaborados de cooperación entre autoridades más allá de los instrumentos propios de los sectores fundamentales -competencia, ley aplicable y reconocimiento-, de lo que son ejemplo el regímenes con un elevado componente de colaboración entre autoridades de los diversos países implicados, como ilustra la evolución de los trabajos de la Conferencia de La Haya -basta pensar en la importancia de la coordinación entre autoridades en los convenios de 1980, sobre sustracción internacional de menores, y de 1993, sobre adopción internacional- y la función asignada en los mismos a las

¹⁷² STC 10/2000, de 17 de enero, Fdts. Jdcos. 3 y 4.

¹⁷³ Cf. P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural”, A.L. Calvo Caravaca, J.L. Iriarte Angel, *Estatuto...*, *op. cit.*, pp. 163-179, p. 168.

autoridades centrales, que también es una figura conocida en mecanismos de cooperación internacional civil elaborados en otros organismos¹⁷⁴ e incluso ahora en convenios bilaterales, como el hispano-marroquí de 1997 sobre custodia de menores.

También la "transnacionalidad" de la vida social favorece la creación de mecanismos que promuevan un entorno de mayor seguridad jurídica en la litigación internacional, contexto en el que destacan los trabajos relativos al proyectado convenio mundial sobre exequátur (materia en la que, por cierto, respecto del arbitraje comercial internacional sí existe un instrumento de notable aceptación, como es Convenio de Nueva York de 1958). Estos trabajos, sin embargo, son prueba de las dificultades por alcanzar a nivel (potencialmente) mundial una cooperación en materia judicial basada en términos similares a los empleados en un contexto de integración supranacional -como refleja la tensión entre el planteamiento norteamericano limitado a un enfoque mixto¹⁷⁵, como opción que aumenta la posibilidad de alcanzar compromisos¹⁷⁶, y la exigencia europea de un convenio doble como garantía de seguridad y eficacia¹⁷⁷- , así como de que el éxito de la cooperación regional puede dificultar la coordinación con textos internacionales de más amplio ámbito espacial.

50. Precisamente, la evolución en el ámbito de la U.E. refleja algunas de las tendencias clave de la creciente intensidad de la cooperación en el ámbito del DIPr, en ocasiones con una marcada tendencia a asimilar el tratamiento de algunas cuestiones a las situaciones meramente internas. En efecto, dejando a un lado que la unificación en el ámbito de la competencia judicial y del reconocimiento de decisiones va unida al creciente ámbito material de la europeización de las reglas sobre ley aplicable así como a los avances en materia de asistencia judicial

¹⁷⁴ Por ejemplo, los convenios de la Conferencia de La Haya han influido en este particular sobre las actividades del Consejo de Europa, *vid.* A. Borrás Rodríguez, "El papel de la autoridad central: los convenios de La Haya y España", *REDI*, vol. XLV, 1993 (1), pp. 63-79, pp. 76-78.

¹⁷⁵ Sobre las categorías de convenio simple, mixto y doble, en este contexto, *vid.* J.J. Forner Delaygua, *Hacia un convenio mundial de exequátur (Algunos aspectos del Derecho estadounidense de interés para España)*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 107-110.

¹⁷⁶ *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 Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse - A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, vol. 20, 2000, pp. 465-468, p. 467; y H.G. Maier, "A Hague Conference Judgments Convention and United States Courts: A Problem and a Possibility", *Albany L. Rev.*, vol. 61, 1998, pp. 1207-1236, p. 1235.

¹⁷⁷ *Vid.* A. Borrás, "Prólogo", J.J. Forner Delaygua, *Hacia...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

internacional¹⁷⁸, que desbordan los parámetros de los convenios internacionales para instaurar elaborados sistemas de transmisión directa entre organismos descentralizados, destacan especialmente las implicaciones del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial civil. Antes conviene reseñar que la creciente cooperación entre autoridades en el ámbito intracomunitario es clave para lograr un espacio judicial en el que las personas puedan recurrir a los tribunales de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Un avance significativo está constituido por la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹⁷⁹, con la doble misión de mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros en esas materias y ofrecer un sistema de información práctica al público que garantice un acceso efectivo a la justicia y un proceso rápido y fiable a las personas implicadas en litigios transfronterizos (intracomunitarios).

Por su parte, el principio de reconocimiento mutuo en esta materia constituye un criterio llamado a guiar una profunda evolución del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones entre los Estados miembros¹⁸⁰. Su desarrollo va unido a la supresión de los requisitos y los trámites intermedios a los que se subordina la eficacia recíproca de las decisiones judiciales entre los Estados miembros para conseguir la paulatina equiparación de trato entre las decisiones nacionales y las procedentes de otro Estado miembro. Respecto de las materias comprendidas en los instrumentos ya existentes, se contempla, en una segunda fase, la total eliminación del control en el Estado requerido de la resolución procedente de otro Estado miembro -es decir, la supresión del exequátur- en ciertas materias -como el derecho de visita¹⁸¹ o los créditos no impugnados en materia mercantil-, incluyendo en ocasiones la creación de títulos ejecutivos europeos. Asimismo, contempla, la elaboración de

¹⁷⁸ Cuyos primeros logros han venido constituidos por Reglamento (CE) 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre notificaciones (*DO* 2000 L 160/37) y el Reglamento (CE) núm. 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, sobre obtención de pruebas (*DO* 2001 L 174/1).

¹⁷⁹ *Vid.* Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (*DO* 2001 L 174/25). Sobre sus antecedentes, *vid.* Propuesta modificada de Decisión del Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, de 24 de abril de 2001, *COM* (2001) 234 final.

¹⁸⁰ *Vid.* Comunicación del Consejo “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (*DO* 2001 C 12/1) y las propuestas concretas contenidas en pp. 5-9. Consideraciones acerca de la aplicación de la primera etapa del programa de reconocimiento mutuo en Derecho de familia se contienen en el Documento de trabajo de la Comisión “Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental”, JAI A3/EK-787 (Versión 5-12 de marzo de 2001), consultado en <<http://www.europa.eu.int>>.

¹⁸¹ Pionera fue la Iniciativa de la presidencia francesa de 26 de junio de 2000 (*DO* 2000 C 234/7).

instrumentos sobre competencia judicial y reconocimiento -con un nivel de reconocimiento mutuo en principio similar al del CB- en materias hasta ahora excluidas, como la disolución de regímenes matrimoniales, las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y sucesiones, así como la responsabilidad parental y demás aspectos no patrimoniales de la separación de parejas no casadas.

Se trata, no obstante, de una evolución no exenta de dificultades y que contempla como objetivo un grado de eficacia intracomunitaria de las resoluciones nacionales que va incluso más allá de lo que es propio de sistemas federales -como el de EE.UU.-, en los que suele existir un cierto nivel de control horizontal de las decisiones procedentes de otros Estados de la Federación. En este sentido, existen opiniones muy críticas con la pretensión de suprimir el control (nacional) del orden público respecto de la eficacia transfronteriza de las resoluciones de otros Estados comunitarios por tratarse de una intromisión que puede resultar excesiva, habida cuenta del uso restrictivo hecho de este control en el marco del CB, así como de que se trataría de una renuncia problemática -ante las limitaciones del sistema jurisdiccional comunitario para llevar a cabo los controles necesarios- e inadecuada a las características de la Unión, que podría menoscabar el principio democrático y resultar difícilmente compatible con el de subsidiariedad¹⁸².

5. Método comparado y difuminación sectorial

51. Paradójicamente, la globalización reclama un aumento de la información local, como resultado del carácter transnacional de la práctica jurídica (en línea con el desarrollo de los negocios internacionales), que intensifica la necesidad del conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros, como ilustra la práctica de los servicios jurídicos de las empresas transnacionales que operan en múltiples países, a la luz de cuyos respectivos ordenamientos deben valorar, por ejemplo, la configuración de un nuevo producto o servicio. Si bien Internet facilita el acceso a la información sobre los ordenamientos jurídicos extranjeros, va unido a una demanda específica de sistematización, necesaria para transformar la información disponible en ese medio, típicamente no estructurada, en conocimiento útil¹⁸³.

También desde la perspectiva estatal, la pretensión de configurar un régimen jurídico competitivo -en relación con la competencia de localización ya tratada- dota de particular importancia al análisis

¹⁸² Vid. A. Bruns, "Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA", *JZ*, vol. 54, 1999, pp. 278-287, *passim*.

¹⁸³ Vid. D.J. Gerber, "Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law", *Tul.L.Rev.*, vol. 75, 2001, pp. 949-975, pp. 953-956.

comparativo de los ordenamientos de los Estados más relevantes, de manera que en un entorno empresarial globalizado crece el interés del Derecho comparado como condicionante de la configuración y aplicación de los ordenamientos estatales, lo que se proyecta de forma clara respecto de la solución de controversias, como refleja especialmente la práctica del arbitraje comercial internacional, donde el órgano decisorio suele estar integrado por personas procedentes de diversas tradiciones culturales y existe una tendencia a marginar -de cara a resolver el fondo del asunto- la localización de la controversia en un concreto ordenamiento jurídico estatal.

52. El análisis comparado también es básico en la elaboración de soluciones uniformes, una de las finalidades tradicionales del empleo del método funcional¹⁸⁴, el más extendido tradicionalmente, centrado en el análisis o comparación de las soluciones normativas de los distintos países, que presta especial atención a la existencia o formulación de normas y conceptos coincidentes en la regulación concreta de ciertos fenómenos. Frente al objetivo de unificación sobre el Derecho comparado se proyectan ahora otros más flexibles, que responden a la idea de armonización, donde subsiste la diferencia, de manera que el DIPr tiene su ámbito, si bien en un contexto de menor divergencia entre los ordenamientos¹⁸⁵. En este marco, también se pone de relieve que la uniformización jurídica a nivel mundial exige en la actualidad atribuir un mayor significado a otras tradiciones jurídicas y a las normas locales¹⁸⁶ -en línea también con la tendencia actual a valorar positivamente la diversidad en la medida en que la variación va unida al cambio y al progreso o está vinculado a la tradición cultural¹⁸⁷-.

Ahora bien, el método comparativo funcional continúa desempeñando un papel preeminente en la uniformización jurídica, a través ahora de su influencia en los mecanismos extraestatales de creación de normas. La elaboración de respuestas apropiadas a las necesidades de regulación de los negocios internacionales exige una teoría y práctica comparadas que excede de los límites (positivistas) nacionales para facilitar la elaboración de normas transnacionales adaptadas a las

¹⁸⁴ Cf. D.S. Clark, "Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today", *Tul.L.Rev.*, vol. 75, 2001, pp. 871-912, p. 896.

¹⁸⁵ Vid. B. Fauvarque-Cosson, "Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques a travers l'exemple des droits fondamentaux", *RIDC*, vol. 52, 2000, pp. 797-818, pp. 815-818.

¹⁸⁶ Vid. H.P. Glenn, "Comparative Law and Legal Practice: On Removing the Borders", *Tul.L.Rev.*, vol. 75, 2001, pp. 977-1002, pp. 988-989.

¹⁸⁷ Cf. E. Jayme, "Betrachtungen zu einer postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung", *Internationale Juristenvereinigung Osnäbruck*, vol. 1997/98, pp. 15-31, p. 19.

situaciones de esta naturaleza. El análisis comparativo desempeña en este marco una importante función práctica: identificado el problema, expone las soluciones de los ordenamientos más significativos y formula una respuesta de síntesis (teniendo en cuenta las peculiaridades de la realidad internacional objeto de regulación), es decir, permite extraer principios jurídicos generales del contenido de las legislaciones nacionales. Se trata de una técnica de creación e interpretación de normas ampliamente difundida en la codificación reciente del Derecho privado y, en particular, en el ámbito de la sistematización e interpretación de los principios generales integrantes de la *lex mercatoria*¹⁸⁸, que ha sido decisiva en la formulación en el ámbito contractual de los ya mencionados Principios de UNIDROIT y de los Principios europeos de la Comisión Lando¹⁸⁹.

53. Uno de los rasgos de la nueva era lo constituye la reforzada interacción entre el DIPr y otros sectores del ordenamiento u otras ramas del saber jurídico, a lo que contribuyen decisivamente la globalización y los paradigmas jurídicos propios de la sociedad de la información, en la medida en que difuminan la distinción entre los sectores materiales del ordenamiento¹⁹⁰ y, por lo menos para el establecimiento de ciertas relaciones privadas, la separación entre tráfico externo e interno. Esta tendencia se corresponde con los rasgos de la intervención estatal en el marco de la ordenación del mercado y de otros intereses necesitados de especial protección -típicamente, mediante normas de Derecho público, con importantes consecuencias respecto de relaciones privadas-, con la importancia de la dimensión procesal en el DIPr, así como con los caracteres de las normas vinculadas al pluralismo normativo propio de la globalización. La elaboración e interpretación de estas normas -reguladoras directamente de relaciones privadas internacionales- reclama estudios de Derecho material (comparado), que se convierten en objeto de atención imprescindible para el internacional-privatista, pues la uniformización jurídica (de las relaciones transfronterizas) tiene lugar en ciertas parcelas del Derecho privado ante todo a través de la adopción de normas materiales, como ilustran los Principios de UNIDROIT.

Asimismo, el análisis de la internacionalización va unido a la transformación de las fuentes en Derecho internacional público¹⁹¹, que

¹⁸⁸ Vid. K.P. Berger, *The Creeping...*, *op. cit.*, pp. 44-54

¹⁸⁹ Vid. R. Schulze, “Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung”, *ZfR V*, vol. 38, pp. 183-197, *loc. cit.*, pp. 196-197.

¹⁹⁰ Vid. T. Hoeren, “Internet und Recht - Neue Paradigmen des Informationsrechts”, *NJW*, vol. 51, 1998, pp. 2849-2854.

¹⁹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* A.J. Rodríguez Carrión, “El nuevo...”, *loc. cit.*, pp. 169-171.

cobra de esta manera un interés muy especial para el DIPr¹⁹², en línea con el progresivo desarrollo de un cuerpo de normas internacionales reguladoras de la conducta individual y con la creciente relevancia en la esfera internacional del individuo y de actores como organizaciones no gubernamentales, empresas multinacionales y asociaciones privadas de ámbito transfronterizo.

Particular importancia reviste esta interacción en la ordenación del comercio mundial y, muy especialmente del régimen de protección de las inversiones extranjeras, que supera las formas tradicionales de tutela del Derecho internacional público, basadas en el mecanismo de la protección diplomática y la negativa de la subjetividad de los particulares, para establecer mecanismos que permita la reclamación directa de los inversores frente al Estado extranjero, marco en el que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) constituye un elemento notable de progreso, cuyos arbitrajes administrados se encuentran a medio camino entre el DIPr y el público, pues en sus procedimientos son parte un Estado y un particular al tiempo que se prevé la aplicación del Derecho interno junto al Derecho internacional¹⁹³.

V. Conclusión

54. Con la globalización postindustrial se produce una decisiva evolución cuantitativa y cualitativa en las relaciones y actividades transfronterizas, que ha de tener un notable impacto sobre su ordenación y análisis, donde el DIPr puede desempeñar un papel protagonista superando riesgos de marginación, en una época en la que la aparición de una economía y de fenómenos sociales de dimensión mundial no ha ido unida al desarrollo de una organización política con poder normativo global. El Derecho sigue siendo ante todo un producto estatal, si bien cada vez más condicionado en su configuración por normas elaboradas y prácticas desarrolladas fuera (o al margen) de sus fronteras. Para afianzar el significado del DIPr es preciso poner en el centro del debate su adaptación a los actuales modelos de negocio y de organización empresarial, a la privatización del proceso normativo vinculado a la coexistencia junto a los ordenamientos nacionales de reglas extraestatales de nuevo cuño, a las implicaciones de las (in)migraciones transculturales sobre el Estado de Derecho, a la adecuación de las técnicas de

¹⁹² Vid. C.G. Weeramantry, “Private International Law and Public International Law”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, XXXIV, 1998, pp. 313-324, pp. 315-318.

¹⁹³ Vid. E. Lauterpacht, “International Law and Private Foreign Investment”, *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 4, 1997, pp. 259-275.

reglamentación a la creciente flexibilización de las respuestas normativas, a la necesidad de una mayor coordinación internacional para ordenar fenómenos transfronterizos, al desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias...

Este proceso de transformación se proyecta sobre el conjunto del DIPr y va unido a cuestiones tan decisivas como: la vigencia misma de la técnica conflictual en algunas materias; la eficacia de la remisión por las partes a reglas extraestatales y la aplicación de éstas por los órganos competentes; la revisión en amplios sectores de los criterios de conexión empleados, en un contexto favorable a la expansión de la autonomía de la voluntad y a la formulación de reglas flexibles, pero en el que se debilita el empleo de la nacionalidad como elemento localizador basado en su carácter de vínculo exclusivo; y las implicaciones de la progresiva convergencia entre ciertos ordenamientos, con una creciente atención al estudio de las reglas materiales.