

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XXI

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Profesor titular de Derecho internacional Privado
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. La era de la globalización. 1. ¿Qué es la globalización? 2. Elementos integrantes de la globalización. A) Eliminación de “barreras económico-políticas” a la libre circulación de factores productivos. B) Progreso tecnológico: el desarrollo de las comunicaciones. 3. El aparato ideológico de la globalización. 4. Consecuencias económicas y sociales de la globalización. II. El Derecho internacional privado de la globalización. Aspectos generales. 1. La nueva base social del Derecho internacional privado de la globalización. A) Caracteres de las nuevas situaciones privadas internacionales. B) Internet y Derecho internacional privado: un universo sin fronteras. 2. El “coste internacional” de las situaciones privadas internacionales. 3. El “coste internacional incrementado” de las situaciones privadas internacionales y la globalización. 4. La eficiencia: objetivo del Derecho internacional privado de la globalización. 5. Mecanismos para la construcción de un Derecho internacional privado eficiente. A) Potenciación del principio de previsibilidad jurídica. a) Previsibilidad del Derecho internacional privado aplicable: el “Derecho global”. b) Previsibilidad de los tribunales competentes y de la Ley aplicable: (a) Autonomía de la voluntad de Derecho internacional privado. (b) Principio de proximidad. (c) Cláusulas de flexibilización del sistema. B) Elaboración de criterios intrínsecamente eficientes de Derecho internacional privado. a) Autonomía de la voluntad de Derecho internacional privado. b) Litigación ante los tribunales propios y aplicación del Derecho propio. c) Principio de la unidad de Ley aplicable. d) Estructuras de cooperación internacional de autoridades. e) Reducción de cargas exigidas a las decisiones extranjeras.

I. LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN.

1. ¿QUÉ ES LA “GLOBALIZACIÓN”.

1. El inicio del siglo XXI ha visto cómo la sociedad actual entraba en un proceso que se conoce como la “globalización” o la “mundialización”. Existe un acuerdo general sobre la anterior afirmación, consenso que se advierte ya desde hace años, pues ya a principios de los años noventa del pasado siglo se encuentran autores dedicados a la Economía, a la Filosofía y al Derecho, que exponen cómo el mundo

se está convirtiendo en gigantesco pero único mercado, en un “espacio sin fronteras reales interiores” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, P. MERCADO PACHECO)¹.

2. La *globalización* es el *fenómeno complejo* (= formado por varias *estructuras* de diferente carácter) consistente en la libre circulación mundial de factores productivos, de la información y de los modelos sociales y culturales. Otros autores, de manera más técnica, definen la globalización como el “fenómeno de extensión al planeta de la *interdependencia* social y económica” (M.S.M. MAHMOUD, J. CHESNEAUX)². Según expresa J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, la globalización consiste en la “creación de un espacio único, donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios, y sobre todo el dinero”³. Para J. BASEDOW, la globalización radica en que “un creciente número de problemas sociales muestran una dimensión global que no puede ser abordado con soluciones nacionales”⁴. Y para G. DE LA DEHESA, se trata de un “proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales”⁵. Definiciones del fenómeno hay tantas como autores se han ocupado del tema.

3. “Globalización” y “mundialización” son dos vocablos que designan el mismo fenómeno. Mientras los autores de países angloparlantes aluden a la “globalización”, los autores francoparlantes se refieren al mismo fenómeno con la palabra “mundialización”, pero sólo para no utilizar la palabra “globalización”, de procedencia anglosajona (G. DE LA DEHESA, M. RICCIARDELLI / S. URBAN / R. NANOPOULOS)⁶. Por ello, no existen *razones sustanciales* para diferenciar “globalización” de “mundialización” (= son dos nombres para una misma realidad),

1. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Perspectiva general de la europeización del Derecho de patentes”, *Semanario de Comercio Exterior*, 1991, núm.96, 25 febrero-3 marzo, pp. 1-3; P. MERCADO PACHECO, “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 123-158, esp. p. 128.

2. M.S.M. MAHMOUD, “Mondialisation et souveraineté de l’Etat”, *JDI Clunet*, 1996, pp. 611-662; J. CHESNEAUX, “Dix questions sur la mondialisation”, *Les frontières de l’Economie globale, Le monde diplomatique*, 1994, manière de voir núm.18.

3. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 63-64; A. TITA, “Globalization: A New Political and Economic Space Requiring Supranational Governance”, *JWT*, 1998, vol. 32, pp. 47-55.

4. J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000, pp. 11-26, esp. p. 2.

5. G. DE LA DEHESA, *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 17.

6. G. DE LA DEHESA, *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 17; M. RICCIARDELLI / S. URBAN / R. NANOPOULOS, *Mondialisation et sociétés multiculturelles, l’incertain du futur*, Presses universitaires de France, París, 2000.

aunque en ocasiones, sin una base solvente, se hayan diferenciado ambos conceptos. En este trabajo se utilizará el vocablo “globalización”, derivado del inglés *Globalization*.

4. La globalización es un fenómeno de *alcance general* (= tiene una *naturaleza plural* y repercute en multitud de ámbitos). No es, como algunos autores han entendido, un fenómeno *exclusivamente económico*. Es cierto que la globalización puede estudiarse desde un punto de vista estrictamente económico (= la llamada “globalización económica”), como han hecho, legítimamente, algunos autores (J. ADDA, J. TUGORES, A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS)⁷. Pero la globalización es un *fenómeno social*: sus *causas* o *elementos constitutivos* no son sólo económicos y sus *efectos* tampoco son exclusivamente económicos (C. TAIBO, J. BASEDOW, E. VERDEGUER PUIG / L. ALVAREZ ALONSO, M. RICCIARDELLI / S. URBAN / R. NANOPOULOS, A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS)⁸.

2. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA GLOBALIZACIÓN.

5. Ya se ha advertido que el fenómeno de la *globalización* es *complejo*. Está compuesto por varias *estructuras* (= combinación de factores de distinto carácter que se articulan o interaccionan entre sí). Sin la acción conjunta de estas *estructuras* no habría *globalización* tal y como se entiende en el siglo XXI. Como indica la doctrina (H.P. MARTIN / H. SCHUMANN, E. VERDEUER / L. ALVAREZ, J. BASEDOW)⁹, existen *dos grandes estructuras* que conforman la globalización. La primera estructura o elemento fundamental es la *eliminación de barreras económico-políticas a la libre circulación de factores productivos*. La segunda estructura o elemento es el proceso de *desarrollo tecnológico sin precedentes de las comunicaciones físicas y de las telecomunicaciones*, lo que permite un desplazamiento fluido de personas, información, y de modelos culturales y sociales por todo el mundo.

7. J. ADDA, *Globalización de la economía*, Sequitur, Madrid, 1999; J. TUGORES, *Economía internacional: globalización e integración regional*, 4ª ed., McGraw Hill, Madrid, 1999; A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, *Economía política de la globalización*, Ariel Economía, Barcelona, 2000.

8. C. TAIBO, *Cien preguntas sobre el nuevo desorden*, Ed. Punto de Lectura, Madrid, 2002, pp. 32-34; J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000a, pp. 11-26, esp. p. 20; E. VERDEGUER PUIG / L. ALVAREZ ALONSO, *La globalización*, Acento Editorial, Madrid, 2001, pp. 15-17; M. RICCIARDELLI / S. URBAN / R. NANOPOULOS, *Mondialisation et sociétés multiculturelles, l'incertain du futur*, Presses universitaires de France, París, 2000; A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, *Economía política de la globalización*, Ariel Economía, Barcelona, 2000, pp. 31-48.

9. H.P. MARTIN / H. SCHUMANN, *La trampa de la globalización (el ataque contra la democracia y el bienestar)*, Ed. Taurus, Madrid, 1998; E. VERDEGUER PUIG / L. ALVAREZ ALONSO, *La globalización*, Acento Editorial, Madrid, 2001, pp. 10-11; J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000, pp. 11-26.

A) Eliminación de “barreras económico-políticas” a la libre circulación de factores productivos.

6. El primer elemento de la globalización es la *eliminación de “barreras económico-políticas” que dificultan el tráfico internacional de mercancías, personas, servicios y capitales.*

7. Desde un *prisma político-jurídico*, el mundo está dividido en Estados. Tradicionalmente, los Estados han querido favorecer a *sus* empresas y comerciantes *gravando* la entrada en el país de productos, servicios y capitales procedentes de otros Estados (J. REQUEIJO, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS)¹⁰, y ello mediante una *batería de medidas proteccionistas*, tales como aranceles, cuotas o contingentes de importación, medidas técnicas que deben cumplir los productos extranjeros, discriminaciones contra empresarios extranjeros a los que se prohíbe o limita el ejercicio del comercio en el país, etc. El *Derecho Público de la Economía* (= integrante del *Derecho Administrativo en materia internacional*) cumplía esa misión de *frenar y controlar* el comercio con empresas extranjeras, a fin de favorecer la defensa del mercado nacional (= se impulsaba el *capitalismo a escala estatal o capitalismo nacional*).

8. En la Historia se perciben cíclicamente *tendencias globalizadoras* de distinto género. El *mercado nacional* se quedaba pequeño y había que ampliarlo para que las empresas y comerciantes con mayor poder económico pudieran aumentar sus beneficios (= expansión de mercados o conquista de nuevos mercados). Ejemplos no faltan (J. ADDA)¹¹. El Imperio Romano fue la primera experiencia auténticamente real de *globalización*, aunque basada en un aparato militar. Con el surgimiento del capitalismo y el fin del medioevo puede decirse que el mundo, en cierta medida, se *globalizó* (S. GINER DE SAN JULIÁN)¹². Existió otra relativa globalización entre los años 1870 y 1914, basada en el colonialismo e interrumpida por las dos guerras mundiales. La actual globalización se inició en 1950 y se ha acelerado en 1989, -caída del muro de Berlín-, y en 1994 -creación de la OMC-. Pero estos “procesos globalizadores” del pasado se caracterizan por haber sido impulsados por un elemento político-militar de primer orden: se abrían nuevos

10. J. REQUEIJO, *Economía mundial*, Mc.Graw Hill, Madrid, 1995, pp. 20-27; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 26.

11. J. ADDA, *Globalización de la economía*, Sequitur, Madrid, 1999, pp. 5-39.

12. S. GINER DE SAN JULIÁN, “La naturaleza de la mundialización”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 11-82, esp. pp. 11-82.

mercados *destruyendo otros Estados* (= *extensión política del país dominante*). El país dominante se hacía políticamente más grande, con lo que, lógicamente, también crecía el *mercado potencial* (= mercado en el que poder penetrar libremente).

9. En el siglo XXI la situación es distinta. La actual desactivación de barreras al tráfico de mercancías, personas, capital, y servicios ha sido *progresiva* (= la globalización se ha construido “por pasos” y “por zonas”). Los promotores y constructores de esta idea (= la libre circulación de factores productivos) han sido los mismos Estados y, fundamentalmente, ciertas Organizaciones internacionales - FMI, OMC, UE, NAFTA-, si bien sus movimientos pro-globalización han sido inspirados por los deseos de las grandes multinacionales (C. TAIBO)¹³.

El resultado final es que se producido la *extensión planetaria del mercado* (= el mundo opera como un *único mercado*): el “Derecho económico de control” (= Derecho Público económico) se bate en retirada (= *crisis del Derecho Público de la Economía*), como advierte G. BROGGINI¹⁴. Es el paso del *capitalismo estatal* al *capitalismo mundial*.

El actual proceso de globalización presenta datos nuevos hasta ahora desconocidos para la sociología, la economía, la filosofía y el Derecho (E. VERDEGUER PUIG / L. ALVAREZ ALONSO)¹⁵: nunca la internacionalización de la vida de las personas había alcanzado cotas tan altas ni a tantos países y sectores; nunca las empresas privadas habían gozado de tanto poder económico como el que detentan en la actualidad; nunca, finalmente, el proceso de globalización había sido apoyado por instituciones internacionales y por Estados de forma tan decidida.

10. La eliminación de barreras a los intercambios internacionales de factores productivos presenta varios perfiles:

a) Por lo que se refiere al tráfico de *mercancías y servicios*, los aranceles y las restricciones cuantitativas a la importación, -“topes de importación”-, han desaparecido en muchas zonas del mundo, y en otras se han reducido drásticamente. En la actualidad, se planea, incluso, una *eliminación total* de los aranceles para mercancías para el año 2020 en el marco de la OMC, siguiendo las tesis de M. FRIEDMAN, F.A. VON HAYEK y R. RUGIERO. Ello facilita una “mundialización del consumo” (F. SACHWALD)¹⁶.

b) En cuanto al *capital*, -y gracias, como se verá, al progreso tecnológico de las comunicaciones-, millones de dólares fluyen libremente de país a país en cuestión

13. C. TAIBO, *Cien preguntas sobre el nuevo desorden*, Ed. Punto de Lectura, Madrid, 2002, pp. 63-65.

14. G. BROGGINI, “Considerazioni sul diritto internazionale privato dell’economia”, *RDIPP*, 1990, pp. 277-300.

15. E. VERDEGUER PUIG / L. ALVAREZ ALONSO, *La globalización*, Acento Editorial, Madrid, 2001, pp. 10-11.

16. F. SACHWALD (dir.), *Les éfis de la mondialisation - Innovation et concurrence*, Ifri Masson, 1994.

de segundos. En este sentido, se permiten, con total libertad, las inversiones extranjeras y las inversiones nacionales en el extranjero. La destrucción del control jurídico de los flujos de capital no ha supuesto otro “sistema de control”. Así, cuando el sistema *Bretton Woods* se derrumbó, no fue sustituido por ningún otro sistema. Igualmente, el mercado interior comunitario constituye uno de los más sobresalientes ejemplos de la *desregulación monetaria* de los flujos del capital (= libre circulación de capitales *ad intra* y *ad extra* del mercado único europeo). En España, por ejemplo, las normas de control de inversiones extranjeras o españolas en el extranjero han pasado a ser *normas testimoniales* que permiten el libre flujo internacional del capital (*vid.* Real Decreto 664/1999 de 23 abril sobre inversiones exteriores, en BOE núm. 106 de 4 mayo 1999). Resultado: grandes masas anónimas de capital vagan de país a país por todo el mundo buscando la *inversión más rentable*. Son los grandes fondos de inversión y los grandes fondos de pensiones, suma de pequeños ahorros que operan como una “unidad de intereses económicos” (E.J. MESTMÄCKER, F. CHENAIS, P. MERCADO PACHECO)¹⁷. Al convertirse el capital en un elemento que circula libremente de país a país, los mercados financieros “se influyen” los unos en los otros: operan *interconectadamente* (= “globalización de los mercados financieros”).

B) Progreso tecnológico: el desarrollo de las comunicaciones.

11. El segundo elemento constitutivo del fenómeno *globalización* es un proceso de desarrollo tecnológico sin precedentes de las comunicaciones y de las telecomunicaciones (= *comunicaciones físicas* y *comunicaciones a distancia*). Internet es la expresión más conocida del segundo elemento de la globalización. Este segundo elemento presenta dos componentes:

a) *Desarrollo de las comunicaciones físicas*. Las distancias se esfuman en un mundo en el que es posible viajar rápidamente a las antípodas en menos de un día. Las mercancías pueden trasladarse en cuestión de horas de un país a otro aunque medien entre ellos miles de kilómetros. Las personas pueden desplazarse libremente de un país a otro con inusitada rapidez (= gran aumento de las migraciones).

b) *Auge sin precedentes de las telecomunicaciones*. El desarrollo espectacular de las telecomunicaciones permite realizar negocios internacionales en tiempo real (= *New Economy*): se pueden comprar y vender productos y prestar servicios entre empresas y particulares situados en países muy lejanos, y todo ello en tiempo real. El mercado se amplía al mundo entero: mediante una página web que permite la

17. E.J. MESTMÄCKER, “Economic Law”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 429-430; Id., “State Sovereignty and Open Markets, Conflicts in the Extraterritorial Application of Economic Law”, *RabelsZ.*, 1988, pp. 205-255; F. CHENAIS, *La modalisation du capital*, Syros, 1994; P. MERCADO PACHECO, “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 123-158.

venta de ciertos bienes, el mundo entero puede comprarlos. Internet provoca un *World-Wide Effect* (= efecto mundial): el mercado de venta de productos y prestación de servicios es posible a escala mundial (= el *mercado relevante* es el *mercado mundial*), y en teoría, todos los agentes económicos, grandes y pequeños, pueden beneficiarse de ello (= en teoría, el *World-Wide Effect* de la *New Economy* es positivo para todos). Además, el *World-Wide Effect* producido por el desarrollo de las telecomunicaciones permite la libre circulación de otros modelos de vida (= *importación* y *exportación* de *modelos familiares* y de modelos de *desarrollo personal*).

3. EL APARATO IDEOLÓGICO DE LA GLOBALIZACIÓN.

12. ¿Por qué se defiende la idea de la *libre circulación mundial de factores productivos*? Esta poderosa *idea motriz de la globalización* se basa en dos grandes pilares teóricos (= argumentos *ideológicos* de defensa de la globalización).

13. a) Defensa económica. Como afirman ciertos economistas, el mundo es una “unidad económica”: la oferta y la demanda de productos y servicios se extiende por todo el planeta: el mundo es el mercado. Sin embargo, históricamente, dicha “unidad económica” ha estado fragmentada por las *fronteras políticas* de los Estados, que imponían “barreras de circulación a los factores productivos”. Pues bien, esa fragmentación es un *contrasentido económico*: atenta contra la *unidad de mercado*, ya que encarece los productos y servicios e impide el libre juego de oferta y demanda. Con la división del mundo en unidades políticas, todos los participantes en el mercado salen perdiendo: los empresarios disponen de un *mercado reducido*, -los mercados son *nacionales*-, por lo que sus beneficios están limitados, y los consumidores ven limitada o encarecida la oferta de productos y servicios.

Los defensores del *modelo planetario de la economía de mercado* indican que el “mercado libre” produce *decisiones racionales*, y por tanto *deseables* (= *decisiones económicamente eficientes*: soluciones que, a bajo coste, benefician a todos, empresarios y consumidores; corporaciones e individuos). Debe, pues, fomentarse la *liberalización mundial* de factores productivos: capital, servicios, mercancías, personas, trabajadores, deben poder viajar libremente de país a país. Ello permite que las empresas multinacionales, -verdaderas protagonistas del mercado mundial-, extraigan mayores beneficios y oferten bienes y servicios a menor coste (= solución económica *eficiente*). El mercado *libre* (= neoliberalismo económico) es bueno, pero si es un mercado *mundial* (= *mercado global*), es mejor. Por tanto, deben eliminarse los “topes de importación / exportación”, los aranceles, las prohibiciones o limitaciones a las inversiones extranjeras o a las inversiones nacionales en el extranjero, etc. El AMI o Acuerdo multilateral de inversiones ha

18. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 320-

fracasado, pero es cuestión de tiempo que se imponga un desarme de barreras a la inversión que presente una dimensión mundial (J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, A. CRESPO HERNÁNDEZ)¹⁸.

El *Derecho Comunitario* ha realizado, -y realiza-, una labor innegable en favor de la *liberalización internacional de la circulación de factores productivos*: ha acabado con las “fronteras económicas interiores” en la Comunidad Europea y con la “intervención estatal” en los intercambios internacionales, proclamando las bondades del *mercado* libre “internacional”.

En ámbitos más generales, la liberalización está siendo propulsada por el sistema instaurado por la OMC (T. FLORY, O. LONG, E.T. STAHL, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, C.D. ESPÓSITO, P. MENGOZZI)¹⁹, organización que defiende agresivamente el “nuevo paradigma jurídico económico”: el *libre comercio mundial* (A. GALINSOGA JORDÁ)²⁰. La supresión progresiva y masiva de aranceles a los productos y servicios en los intercambios internacionales tiene, en este caso, un alcance mundial, y ayuda a los grandes imperios multinacionales a competir en varios mercados, a reducir costes, y a eliminar al pequeño competidor “nacional”. Lo mismo puede decirse de las cláusulas de no discriminación, nación más favorecida, supresión de ayudas públicas a las empresas y de productos subsidiados, etc., que forman parte de los objetivos de la OMC.

El FMI también colabora en buena medida en este programa de liberalización mundial de los intercambios (J. GOLD)²¹. Su estatuto señala como funciones de este organismo, entre otras, la de “*facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional*”, “*ayudar al establecimiento de un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes entre los Estados miembros y la eliminación de las restricciones de cambios que dificulten la expansión del*

321; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones ¿crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, 2000.

19. T. FLORY, *La Communauté européenne et le GATT: Évaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Rennes, 1995; ID., “L'évolution des régimes juridiques du GATT depuis les Accords du Tokyo Round de 1979”, *JDI Clunet*, 1986, pp. 329-345; O. LONG, “La place du droit et ses limites dans le système commercial multilateral du GATT”, *RCADI*, 1983, vol.182, pp. 9-142; ID., “La portée du Droit et ses limites dans les système commercial multilateral du GATT”, *RCADI*, 1983, pp. 13-142; E.T. STAHL, “Liberalizing International Trade in Services: The Case for Sidestepping the GATT”, *Yale J.L.L.*, 1994, pp. 405-453; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 94-07; C.D. ESPÓSITO, *La organización Mundial del Comercio y los particulares*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999; P. MENGOZZI, “Les droits des citoyens de l'Union européenne et l'applicabilité directe des accords de Marrakech”, *RMUE*, 1994, pp. 165-174.

20. A. GALINSOGA JORDÁ, “El paradigma del libre comercio y el régimen jurídico internacional: las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT”, *Anuario Internacional CIDOB*, 1991, pp. 339-353.

21. J. GOLD, “Developments in the International Monetary System, the International Monetary Fund and International Monetary Law since 1931”, *RCADI*, 1982-1, núm. 174, pp. 107-366; ID., *Legal and Institutional aspects of the International Monetary System. Selected Essays*, vol.II, Washington, 1984.

comercio mundial". Nada se desvela si se pone de relieve que el FMI opera al dictado de los Estados más desarrollados, y que en su toma de decisiones pesan muy notablemente los intereses de las grandes multinacionales de estos Estados (C. GWIN / R. FEIDBERG, S. HORIE, I. MUNS, R.J. MYERS, G. NICOLETOPOULOS, P. PASCALLON, P.P. SCHWEITZEN)²².

La *liberalización mundial de los intercambios* afecta también al campo de las *relaciones personales*. Las personas deben poder elegir el *modelo de organización familiar* y/o el *modelo de desarrollo personal* que les resulte más conveniente (= *eficiente*) por las razones que sean (= coincidencia con sus creencias, tipo de vida, etc.). Ello justifica la libre circulación de *modelos familiares* en todo el mundo (= dicha libre circulación también produce *eficiencia*).

14. 2º) Defensa política. El mundo ha asistido, desde el otoño de 1989, -fecha en la que se produce la caída del muro de Berlín-, al correlativo derrumbe de la *economía planificada* (= economía del *socialismo real*, caracterizada por la propiedad pública de los medios de producción y por una concurrencia no libre de oferta y demanda). Termina la "guerra fría" y se difuminan los "bloques Este / Oeste". El planeta entero es testigo del triunfo de la economía libre de mercado (= este tipo de economía no tiene *rivales* teóricos ni prácticos en el planeta desde 1989). Guste o no, el único modelo económico viable a principios del siglo XXI es el modelo de la *economía libre de mercado*. Dicho modelo económico se halla impulsado por el *neoliberalismo* (= teoría económica que defiende la mínima intervención posible del Estado en el mercado y en las relaciones personales entre los individuos: es la *Deregulation*). Y este modelo tiende, por motivos naturales (= aumento de los beneficios empresariales y personales) a su extensión a todo el planeta, como ya previeron los teóricos del marxismo.

4. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA GLOBALIZACIÓN.

15. Una simple mirada al mundo de principios del siglo XXI hace aflorar las consecuencias más evidentes de la globalización en el plano social y económico, que pueden concretarse en las siguientes.

16. a) Volatilidad del "mercado nacional del empleo". En la actualidad, se aprecia una facilidad extrema para crear *centros de producción* en países extranjeros. El capital se invierte en los países donde crear y mantener un centro de

22. C. GWIN / R. FEIDBERG, (eds.), *Pulling together: the International Monetary Fund in a multipolar World*, New Brunswick, 1989; S. HORIE, *The International Monetary Fund*, New York, 1964; I. MUNS, *Historia de las relaciones entre España y el Fondo Monetario Internacional: 1958-1982*, Madrid, 1986; R.J. MYERS (ed.), *The political morality of the I.M.F.*, New Brunswick, 1987; G. NICOLETOPOULOS, "Le FMI et le droit international économique", *Coloquie de Nice Société F.D. International*, Paris, 1986, pp. 295-310; P. PASCALLON, *Le Système Monétaire International, théorie et réalité*, Paris, 1982; P.P. SCHWEITZEN, *The International Monetary Fund and its role*, London, 1969.

producción es más económico (= *International Outsourcing*). Los empleos surgen en los países con bajos “costes laborales”. Miles de fábricas financiadas con capital occidental surgen en países como India, Singapur, China, Malaysia, Marruecos, etc., pagándose *salarios de subsistencia* a los trabajadores locales (= es el conocido fenómeno del *Dumping social internacional*).

Con ello, en Occidente pierden poder los sindicatos, pues no pueden competir con las condiciones de trabajo que las empresas encuentran en estos países. La amenaza de “trasladar la producción a otro país” es bastante para lograr, en Occidente, duras condiciones de trabajo que los sindicatos y los trabajadores deben aceptar (= táctica de la “amenaza de deslocalización internacional”). Ello explica, por ejemplo, que Estados Unidos sea, hoy día, un país con salarios bajos, sin seguros de enfermedad públicos-universales y sin pensiones estatales garantizadas. El *Dumping social internacional* es el responsable de esta situación. En suma: la producción se ha “deslocalizado” y se ha “mundializado” (F. SACHWALD)²³.

En tiempos pasados, y como explica la doctrina clásica, el comercio internacional aumentaba la producción y el empleo, pues el capital se resistía a abandonar los países de origen. De ese modo, cada país podía vender a los demás lo que extraproducía (= tesis clásica defendida por D. RICARDO), como exponen los economistas (P.R. KRUGMAN / M. OBSTFELD)²⁴. Pero con la *movilidad internacional del capital*, esta proposición deja de ser cierta. La producción se *deslocaliza*, de modo que quien “sufre” este proceso es la población del Estado de donde proviene el capital, que se queda sin trabajo. Quienes se lucran son los grandes capitales, que se aprovechan de las condiciones laborales de bajo coste existentes en países del Tercer Mundo.

17. b) Evasión fiscal internacional. La movilidad técnica de las empresas hace que éstas puedan eludir las normas fiscales de los países occidentales, colocando el capital y los centros de producción en los países de baja fiscalidad, -*Tigres de Asia*, Mahgreb, etc.-, o *Estados Off Shore* -Islas Cayman, Gibraltar, Islas anglonormandas, Liechtenstein, Andorra, etc.- (= privilegio para el gran capital, muchas veces de dudosa procedencia). El fenómeno alcanza en la actualidad cifras incalculables, incluso para España (*diario El País* 14 septiembre 1998, p. 61; “Gibraltar, la última colonia”, *El País Semanal*, agosto 1998, pp. 45-53). Con ello, desciende la financiación necesaria para mantener un *Estado social* en Occidente.

18. c) Concentración del poder económico en las empresas multinacionales o transnacionales. Tras el “triumfo planetario de la economía de mercado” (M.S.M. MAHMOUD)²⁵, surge con fuerza una *competencia de escala planetaria* (= se compete en todo el planeta). En dicho ambiente, -y siempre dentro de determinados sectores

23. F. SACHWALD (dir.), *Les éfis de la mondialisation - Innovation et concurrence*, Ifri Masson, 1994.

24. P.R. KRUGMAN / M. OBSTFELD, *Economía internacional: teoría y política*, Mc.Graw Hill, 4ª ed., Madrid, 1999, pp. 10-29.

25. M.S.M. MAHMOUD, “Mondialisation et souveraineté de l’Etat”, *JDI Clunet*, 1996, pp. 611-662.

económicos-, pequeños y medianos competidores son *eliminados* naturalmente (= *selección natural de los agentes económicos*: las pequeñas empresas nacionales no pueden competir con rivales que manejan cifras planetarias, por ejemplo, en el mercado de las producciones audiovisuales).

Para evitar su eliminación, las empresas que no pueden competir a escala planetaria recurren a las *concentraciones internacionales de empresas* (= especialmente en ciertos sectores: bancos, seguros, audiovisual, transporte, navieras, ex-monopolios como el tabaco, etc.). El resultado es claro: sólo unos pocos imperios económicos de talla mundial controlan los grandes sectores de la producción y los servicios: sector aéreo, entretenimiento, informática, automóviles, bebidas, alimentación, sanidad, etc. (L. IDOT)²⁶.

Sólo sobreviven las “empresas mundiales” (F. SACHWALD, B. BADIE)²⁷. El *Derecho antitrust* ha entrado en una crisis estructural permanente. En primer lugar, cada vez quedan menos “competidores débiles” que proteger. En segundo lugar, las normas *antitrust* se han transformado en “pactos” entre políticos profesionales y las multinacionales implicadas (= *normas paccionadas*). Estas normas han dejado de ser expresión de la “soberanía popular”.

En la “era de la globalización”, las grandes empresas transnacionales funcionan como *Estados* sin territorio fijo: se aprovechan de la “desigual dotación de recursos naturales o avances tecnológicos de los Estados” (L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA / A.L. CALVO CARAVACA)²⁸.

Se deslocaliza y se fragmenta la producción por países, lo que les permite crear condiciones óptimas para afrontar una competencia a escala mundial. Estas empresas transnacionales crean sus propias “condiciones favorables” dividiendo su actividad por países (= trabajo, capital, fiscalidad). Seleccionan el “mercado de ventas”, el país con mejores “condiciones de empleo”, los países que ofrecen mejores “condiciones de inversión”, los que brindan el “entorno fiscal” más benigno, etc. Estas empresas representan los 2/3 del comercio mundial. Practican, a escala mundial, el *International Out-Sourcing* (= deslocalización internacional), *Downsizing* (= disminución, ajuste), y *Re-Engineering* (= reorganización). Sólo las grandes empresas que operan a escala internacional pueden llevar a cabo este triple proceso. Además, al competir en todo el planeta, practican *economías de escala* (J.C. FERNÁNDEZ ROZAS)²⁹ y ofrecen condiciones con las que los agentes económicos *estrictamente nacionales* no pueden competir.

26. L. IDOT, “Domaine spatial du droit communautaire des affaires”, *TCFDIP*, 1991/1993, pp. 145-171.

27. F. SACHWALD (dir.), *Les éfis de la mondialisation - Innovation et concurrence*, Ifri Masson, 1994; B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre internationale et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, 1995.

28. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA / A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 25-26.

29. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001.

19. c) *Desbordamiento del Estado nacional y de la legislación*. El Estado nacional está desbordado por fuerzas económicas internacionales que ya no puede controlar. Este *turbocapitalismo* (= el capitalismo sin control a escala planetaria, en la conocida expresión de E. LUTTWAK), acaba con el Estado nacional en su concepción tradicional (= es la “crisis del Estado-nación”), como ha señalado la doctrina (J. BASEDOW, E. JAYME)³⁰. Es la ruptura del nexo fundamental *Estado - nación - mercado* (P. MERCADO PACHECO)³¹. El poder reside, ahora, en las grandes multinacionales, que pueden poner en jaque a un Estado: la agencia *Moody's* puede provocar un descenso en los mercados de capital de un Estado con una calificación sobre riesgos de inversión de un país o de una empresa; los ingresos fiscales se ven mermados por el traslado de sociedades al extranjero; los Gobiernos son susceptibles de *extorsión* mediante “amenazas de deslocalización” de empresas, despidos masivos de trabajadores o retiradas de inversiones extranjeras; se pueden burlar las leyes que controlan los mercados financieros trasladando en cuestión de unos segundos el capital a otro país, etc. Las leyes nacionales del Estado social no pueden combatir, por sí solas, estos fenómenos (J. BASEDOW, F. RIGAUX, P. MERCADO PACHECO)³², y pierden el poder tradicional de protección de las personas (E. JAYME)³³. En particular, cuatro aspectos escapan al control del tradicional Estado-nación:

(a) *Flujos internacionales de capital*. La soberanía estatal de control de los *flujos internacionales de capital* es *inefectiva*: cualquier Estado que desee, mediante una legislación intervencionista, controlar o limitar los flujos de capital está abocado al desastre: el Estado se descapitalizará, ya que otros *Estados rivales* “captarán el capital” (P. DRUCKER, J.P. DELAS, A. PELLET, D. CARREAU)³⁴. Se produce así una *competencia obligada* entre Estados, con el objetivo de ofrecer “mejores

30. J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000a, pp. 11-26; E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *RCADI*, vol. 282, 2000, pp. 19-40, esp. p. 20.

31. P. MERCADO PACHECO, “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 123-158, esp. p. 127.

32. J. BASEDOW, “International Conflicts of Economic Regulation, Theoretical Reflections on Public Policy Regulation by the Forum State”, *RabelsZ.*, 1988, pp. 8-40; F. RIGAUX,

“Droit économique et conflits de souverainetés”, *RabelsZ.*, 1988, pp. 104-156; P. MERCADO PACHECO, “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 123-158.

33. E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *RCADI*, vol. 282, 2000, pp. 19-40, esp. p. 20.

34. P. DRUCKER, *Au-delà du capitalisme*, París, Dunod, 1993; J.P. DELAS, *Les relations monétaires internationales*, Libr.Vuibert, 1994; A. PELLET, “Les relations monétaire”, en M. BEDJAOUI, *Droit international, bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, vol.2; D. CARREAU, “Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les opérateurs privés”, en PH. KAHN (dir.), *Droit et monnaie. Etats et espaces monétaires transnationaux*, Litec, 1988, pp. 399 ss.

condiciones” a la inversión internacional de las multinacionales (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO)³⁵.

(b) *Mercados financieros*. La concentración del capital en grandes firmas que operan en todo el planeta y el progreso tecnológico, ha llevado a que todos los mercados financieros de valores y dinero estén *interconectados*. En cuestión de instantes pueden llevarse a cabo inversiones en las cuatro esquinas del globo. Este fenómeno no puede ser regulado por la legislación particular de cada Estado, que asiste impotente a la ineficacia de su legislación relativa al mercado de valores y al mercado monetario (J.P. DELAS, G. BURDEAUX)³⁶. Ha nacido un espacio financiero mundial “desregulado”.

(c) El *funcionamiento de las empresas multinacionales*. Éstas operan como una *unidad económica* que utiliza estrategias a escala mundial: su campo de acción es *internacional* o mejor aún, planetario. Por ello, es imposible controlar el conjunto de la actividad económica de las empresas multinacionales. Estas empresas utilizan la división del mundo en Estados y la limitación de su soberanía territorial para extraer el máximo beneficio (F. RIGAUX, 1991, pp. 129-139)³⁷.

(d) El *turbocapitalismo* condiciona la producción de la *legislación estatal*. Las Leyes dejan de ser elaboradas libremente por los Parlamentos nacionales que reflejan la voluntad de la población. Dos factores inciden.

Primero: las Leyes son fruto de las *presiones* de las grandes corporaciones económicas internacionales. Este fenómeno ya se aprecia, con toda claridad, en la Comunidad Europea y en la OMC. Buena parte de la legislación comunitaria se fabrica en “cuartos trasteros” por tecnócratas pagados por los grandes *Lobbies* del capital europeo y americano (H.P. MARTIN / H. SCHUMANN)³⁸. La legislación comunitaria es fabricada “en los despachos de la Comisión por funcionarios duchos en los vericuetos administrativos” (A. PALACIO, 1995, p. 10)³⁹. Nace una legislación “hurtada” a los parlamentos nacionales y fabricada por personas que no representan a la población de los países comunitarios. A nivel estatal ocurre lo mismo: la legislación económica representa los intereses de las grandes corporaciones planetarias. En suma: la legislación ya no representa la *voluntad popular*, sino a los intereses de los grandes imperios multinacionales.

35. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, impacto en el sistema jurídico español”, *Rev.Rel.Laborales*, mayo 1996, núm.10, pp. 85-124.

36. J.P. DELAS, *Les relations monétaires internationales*, Libr.Vuibert, 1994; G. BURDEAUX, “Internationalisation des monnaies et souveraineté des Etats”, en PH. KAHN (dir.), *Droit et monnaie. Etats et espaces monétaires transnationaux*, Litec, 1988, pp. 409-421.

37. F. RIGAUX “Les sociétés transnationales”, en M. BEDJAOUI, *Droit international, bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, vol.2, pp. 129-139.

38. H.P. MARTIN / H. SCHUMANN, *La trampa de la globalización (el ataque contra la democracia y el bienestar)*, Ed.Taurus, Madrid, 1998.

39. A. PALACIO, “La Europa del derecho”, *El País*, 29 julio 1995, p. 10.

Segundo: los *políticos profesionales* tienen como primordial interés mantenerse y perpetuarse en el poder. Así lo señala la doctrina especializada (P. MERCADO PACHECO, G. TULLOCK, J.M. BUCHANAN, D. MUELLER, A. CASAHUGA, A. DOWNS, M. OLSON, W. NISKANEN)⁴⁰, y en particular, los valientes teóricos de la *Public Choice School*. Los políticos profesionales no tienen como objetivo primero elaborar normas “eficientes para la sociedad”. Las leyes se escriben al dictado de los intereses de los grandes *Lobbies* internacionales, y al mismo tiempo, se crean *normas make-up* (= *normas maquillaje*) con un exclusivo alcance y rentabilidad *electoral y publicitaria*, y sin repercusión social. Son normas que no resuelven los problemas sociales; son normas que sirven como “*marketing legal*” de la labor de los políticos profesionales.

20. d) Aumento de tendencias ideológicas irracionales. Ante la crisis económica derivada de la *globalización sin control*, se verifica un incremento de la xenofobia, del separatismo político y étnico y del aislamiento de ciertos núcleos de población. Países de sólida tradición y antaño convivencia pacífica experimentan *procesos de disgregación* (= Bélgica, Canadá, España, etc.) o de aumento de la extrema derecha, por definición no democrática (= “fenómeno *Le Pen*” de las elecciones presidenciales francesas de abril-mayo 2002). Los demagogos populistas encuentran un caldo de cultivo fecundo en el descontento de una población que contempla cómo las empresas de su país ofrecen cada vez menos y peores empleos, o trasladan la producción a países extranjeros de economía emergente y como la mano de obra procedente del Tercer mundo y Europa del Este “invade” los países occidentales para trabajar en condiciones con las que no se puede competir (M.S.M. MAHMOUD)⁴¹.

21. e) Aparición de la información standarizada. Los medios de comunicación de masas operan al servicio de las grandes compañías multinacionales y hablan de una “unión de los pueblos” (= existe una “economía mundial” y una “cultura universal”). Pero lo que sucede, en realidad, es que ha visto la luz una “cultura

40. P. MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, CEC, Madrid, 1994, pp. 65-102; G. TULLOCK, *El cálculo del consenso (Fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, Espasa Calpe, Madrid, 1980; J.M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Cambridge University Press, 1980; D. MUELLER, *Elección Pública*, Alianza Editorial, Madrid, 1979; ID., “La Elección Pública: una visión de conjunto”, *Revista Instituto Estudios Económicos*, núm.2, 1980; A. CASAHUGA (ED.), *Teoría de la democracia. Una aproximación económica*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980; A. DOWNS, *Economic Theory of Democracy*, 1957 (traducción al castellano: *Teoría económica de la democracia*, Aguilar, Madrid, 1973); J.M. BUCHANAN / G. TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 1962 (traducción al castellano: *El cálculo del consenso*, Espasa Calpe, Madrid, 1980); M. OLSON, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965; W. NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldive Atheton, Chicago, 1971.

41. M.S.M. MAHMOUD, “Mondialisation et souveraineté de l’Etat”, *JDI Clunet*, 1996, pp. 611-662.

mundial basurizada” de *standard* americano (= *norteamericanización* de la cultura y de las costumbres), una información de alcance planetario y tendencia ideológica sesgada (F. BALLE, B. BADIE)⁴², cuyo objetivo es tratar de esconder el aumento de las diferencias entre ricos y pobres. Todo ello se apoya en el progreso técnico imparable de los medios de comunicación social. A través de esta presión mundial de los medios de comunicación social se han exportado a culturas diferentes, también, los “patrones jurídicos” de Occidente, y en particular, los *derechos del hombre*, en versión, naturalmente, compatible con la economía de mercado libre - derecho a la propiedad privada, libertad de empresa, etc.-.

22. f) *Degradación ecológica*. La economía mundializada sólo es posible explotando al máximo los recursos naturales, en particular, en los países del Tercer Mundo (= *dumping ecológico*), como ha señalado con insistencia la doctrina (A. KISS, C. THOMAS, / G.A. TEREPOSKY, N. SINH, O. PAYE, E. PATTERSON)⁴³.

23. g) *Efectos mundiales de las crisis locales*. El capital se mueve libremente por todo el mundo (= libre circulación mundial de capitales). Por eso, los efectos de cualquier crisis en cualquier país afectan a todo el resto del mundo, pues es el mismo capital el que se ve afectado. Cuando se desata una crisis financiera en Méjico, es el capital europeo y americano, invertido en dicho país, el que pierde. Por eso, la situación obliga a hacer beneficios para compensar, vendiendo rápidamente en otros mercados, lo que explica las “bajadas interconectadas” de las Bolsas de todo el mundo (J.P. DELAS, G. BURDEAUX)⁴⁴. Nadie está a salvo (= las crisis financieras *lejanas* repercuten en todo el planeta, incluido Occidente).

24. h) *Aumento de la criminalidad mundial*. Los fenómenos criminales adquieren proporciones planetarias (= terrorismo internacional y crisis del 11 septiembre 2001 y del 11 marzo 2004, redes mundiales de narcotráfico, violaciones en masa de los derechos humanos, etc.). Esta criminalidad global requiere, también,

42. F. BALLE, “La modalisation des médias, Ordre et désordre dans le monde”, *Cahiers français*, La documentation française, oct-déc., 1993; B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre internationale et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, 1995.

43. A. KISS, *Droit international de l'environnement*, Pedone, 1988, pp. 30-32; C. THOMAS, / G.A. TEREPOSKY, “The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation”, *JWTL*, 1993, pp. 23-45; N. SINH, “Le droit des espaces internationaux”, en M. BEDJAOUI, *Droit international, bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, vol.2, pp. 879-889; O. PAYE, “L'environnement, nouvel enjeu mondial”, *Le droit international a l'épreuve*, Ed.Complexes, Bruselas, 1993, vol.I, pp. 191-209; E. PATTERSON, “GATT and the Environment. Rules Changes to Minimize Adverse Trade and Environmental Effects”, *JWTL*, 1992, pp. 99-109.

44. J.P. DELAS, *Les relations monétaires internationales*, Libr.Vuibert, 1994; G. BURDEAUX, “Internationalisation des monnaies et souveraineté des Etats”, en PH. KAHN (dir.), *Droit et monnaie. Etats et espaces monétaires transnationaux*, Litec, 1988, pp. 409-421.

una *respuesta global* (= estrategias mundiales de represión del crimen: jurisdicciones internacionales, globalización de los derechos humanos, etc.), como ha señalado la doctrina (J.M. TERRADILLOS BASOCO)⁴⁵.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA GLOBALIZACIÓN. ASPECTOS GENERALES.

1. LA NUEVA BASE SOCIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA GLOBALIZACIÓN.

A) Caracteres de las nuevas situaciones privadas internacionales.

25. A primera vista, podría considerarse que la globalización es un fenómeno *ajeno* al Derecho internacional privado (DIPr.). Esta afirmación (= *idea falsa extendida*) se sustentaría en que el primer elemento integrante de la globalización afecta al *Derecho Público de la Economía* (= destrucción de las barreras de *Derecho Público* a la libre circulación de factores productivos), y en que el segundo elemento integrante de la globalización presenta un *cariz meramente tecnológico* (= desarrollo de las comunicaciones). En suma: los *presupuestos* integrantes de la globalización (= *estructuras* que componen el fenómeno de la *globalización*) poco tienen que ver con el Derecho Privado y en concreto, con el DIPr.

Sin embargo, la globalización muestra una poderosa incidencia en el DIPr. En efecto: aunque la *globalización en sí misma* es ajena al DIPr. (= las *estructuras* de la globalización operan en el ámbito del *Derecho público* y del *desarrollo tecnológico*), la doctrina ya estudia los *efectos* que la globalización produce en el DIPr. como una cuestión de suma importancia (J. BASEDOW, E. JAYME, P. DE MIGUEL ASENSIO, etc.)⁴⁶.

26. En otras palabras, puede decirse que la globalización repercute en el DIPr. porque altera la *base social* sobre la que opera el DIPr. La globalización hace que

45. J.M. TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: luces y sombras", en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 183-218.

46. J. BASEDOW, "The Effects of Globalization on Private International Law", en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000, pp. 11-26; E. JAYME, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *RCADI*, vol. 282, 2000, pp. 19-40; P. DE MIGUEL ASENSIO, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 37-88; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Ed. Liberlibro.com, Albacete, 2002, *passim*.

el objeto del DIPr. (= las situaciones privadas internacionales), presenten caracteres hasta ahora desconocidos, como ha sido indicado (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)⁴⁷. Dicho *cambio sustancial* de las *situaciones privadas internacionales* se concreta en varios extremos.

27. Primero. La globalización es el *estadio más elevado de la internacionalización* de la vida de las personas. Como indica J. BASEDOW, las situaciones privadas internacionales aumentan hasta cifras desconocidas⁴⁸. Pues bien: el sistema tradicional de DIPr. estaba diseñado para operar en escasas ocasiones (= *aplicación esporádica* del DIPr.). Sin embargo, hoy día, el DIPr. es de *aplicación constante*. Regular las actuales situaciones privadas internacionales, de constante aparición, mediante las técnicas tradicionales del DIPr. resulta inadecuado, pues el *DIPr. tradicional* sólo estaba preparado para regular estas situaciones cuando se presentaban de manera esporádica.

Por ejemplo, hasta hace pocos años, los divorcios internacionales eran escasos en España. El legislador redactó el art. 107.I Cc. en 1981 teniendo en cuenta dicha circunstancia y pensando también en que buena parte de tales divorcios internacionales eran de españoles residentes en el extranjero que venían a España a divorciarse. Pues bien: en la actualidad, los divorcios entre extranjeros en España son una constante. El tradicional sistema español de DIPr. no está preparado para hacer frente a una masa de divorcios internacionales entre extranjeros. Ello explica por qué una *nueva redacción* del art. 107 Cc. ha sido introducida en el sistema español de DIPr. en virtud de la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 septiembre 2003)⁴⁹.

Más ejemplos. En España, el número de “adopciones internacionales” supera al de “adopciones internas”; las reclamaciones internacionales de alimentos son muy numerosas; el repudio de *la esposa*, -institución originaria de ciertos países musulmanes-, es un fenómeno que se produce hoy día en toda Europa; el *legal*

47. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., Granada, Ed. Comares, 2004, pp. 22-25.

48. J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000a, pp. 11-26.

49. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *Diario La Ley*, 24 mayo 2004, pp. 1-9 y *Diario La Ley*, 25 mayo 2004, pp. 1-7; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc.”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; Mª.P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Ante la anunciada reforma del art. 107 Cc.”, *Act. Civil*, 2003, n.3; M.L. TRINIDAD GARCÍA, “La reforma del art. 107 CC”, *Rednex*, n.4, 2003, pp. 141-159; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Espagne - Divorce - Loi applicable”, *RCDIP*, 2003, pp. 783-790.

kidnapping, por desgracia, se verifica en todos los países del mundo y entre países de culturas muy diversas, involucrando a España en muchas ocasiones; las adopciones revocables constituidas en el extranjero llegan con mucha frecuencia al Registro Civil español.

Todavía más. El número de sociedades mercantiles españolas con inversión en el extranjero es elevadísimo, lo que supone la existencia de multinacionales españolas, filiales en el extranjero de sociedades españolas, etc. El número de contratos internacionales se ha multiplicado, gracias, entre otras cosas, a la moneda única europea.

28. Segundo. En relación con el DIPr. patrimonial, se aprecia que determinadas situaciones privadas internacionales no producen efectos en un país (= *Local Effect*), sino que producen efectos en todo el planeta (= *World-Wide Effect*). El DIPr. tradicional no está habituado a hacer frente a situaciones conectadas con multitud de países (= *Multistate Situations*, situaciones de *efectos planetarios* o situaciones de *efectos globales*). Acontecimientos y sucesos que antes tenían un *alcance internacionalmente restringido* (= *Local Effect*), pasan a tener un alcance planetario (= *World-Wide Effect*). Algunos ejemplos ilustrarán este cambio.

a) La venta de productos manufacturados por parte de un fabricante turco de alfombras ha tenido tradicionalmente un *alcance local*: vendía en Turquía a residentes locales y a turistas (= venta en el *mercado turco*, a veces con carácter internacional). Pero ahora, gracias a la liberalización de fronteras económico-políticas y al auge de Internet (= *New Economy*), el fabricante turco de alfombras puede vender en el mundo entero (= *World-Wide Effect*: mediante su página web, el fabricante turco vende en todo el mundo), por lo que el *mercado relevante* es el *mercado mundial*. Las técnicas tradicionales de DIPr. se muestran inadaptadas para regular un conjunto de contratos que produce *efectos planetarios*.

b) Antes de la globalización propia del siglo XXI, una empresa fabricante de ordenadores o de automóviles, producía en un país occidental, -donde tenía, normalmente, su sede social-, y vendía en dicho país y quizás en ciertos países extranjeros (= mercados de exportación de mercancías). Con la caída de las barreras a la libre circulación de factores productivos y el auge de las comunicaciones, dicha empresa multinacional ha *deslocalizado* su producción (= fabrica los componentes de sus productos en distintos países con mano de obra barata), ha *deslocalizado* su ensamblaje (= el montaje final del producto se lleva a cabo en otro país), ha extendido sus ventas al *mercado mundial* (= *World-Wide Effect*), y tiene su *sede de dirección* en varios países o en ninguno en concreto (= el *centro de decisión de la sociedad* puede cambiar de país a país o tomarse las decisiones *on line*). Resultado: la empresa opera a nivel transnacional o a nivel mundial (= *deslocalización* y *globalización* de la estructura empresarial y de la producción: *World-Wide Effect*). El DIPr. tradicional se muestra poco adaptado para regular las sociedades que operan a *escala planetaria*.

c) Gracias al auge de Internet, es posible la publicación de una obra en una página web que se realiza desde un ordenador situado en España y en un *servidor*

ubicado en la isla de Tuvalu. Sin embargo, la página web que contiene la publicación de la obra es visible en todo el mundo (= *World-Wide Effect*). El acto de “colocar” la obra en el *Cyberspace*, repercute en el planeta entero.

29. Tercero. En relación con el DIPr. de la persona y familia, se aprecia que determinadas situaciones privadas internacionales antes desconocidas o inexistentes en ciertos países como España (= *kafala* musulmana, matrimonio poligámico, repudio islámico, adopciones revocables, matrimonio homosexual, divorcio por contrato, contratos prematrimoniales anglosajones, uniones libres de pareja, etc.), se difunden por todo el mundo y llegan a países diferentes de aquéllos de los que proceden. *Modelos culturales de organización familiar* y *modelos de desarrollo personal*, antes propios de países concretos, se extienden y se difunden, gracias a las grandes migraciones y al auge de las comunicaciones, por todo el mundo (= *importación* y *exportación* de *modelos familiares* y de *modelos de desarrollo de la personalidad*: es la *globalización de los modelos familiares*). Estos *modelos de organización familiar* se extienden por todo el planeta (= se convierten en *fenómenos planetarios*). Dichos fenómenos se *globalizan*. Instituciones como la adopción simple y la adopción revocable, la *kafala* musulmana, el repudio unilateral de la esposa por parte del marido, el matrimonio por contrato, los contratos prematrimoniales, matrimonio homosexual, etc., ya no limitan sus *efectos* a los países de los que son originarios (= *Local Effect*). Por el contrario, estos *modelos de organización familiar* y *personal* se extienden como la pólvora por todo el mundo (= *se globalizan* y producen un “segundo *World-Wide Effect*”: extensión por todo el planeta de instituciones familiares procedentes de países lejanos y hasta hace poco, desconocidas).

Pues bien: el DIPr. tradicional no está habituado a regular satisfactoriamente estas situaciones privadas internacionales que responden a *modelos culturales lejanos* y que ahora se presentan constantemente en Occidente.

30. Cuarto. Aumentan espectacularmente los casos en los que el proceso judicial y arbitral es internacional (= conectado con varios países). Los casos de notificaciones a sujetos residentes en el extranjero, pruebas a practicar en el extranjero, etc., aumentan exponencialmente con la *globalización* (= hay más demandados residentes en el extranjero, se demanda con frecuencia a varios demandados residentes en diversos países, se recurre con normalidad al arbitraje privado internacional, etc.). Se pasa de un proceso judicial o arbitral *internacional* a un proceso judicial o arbitral *global*.

B) Internet y Derecho internacional privado: un universo sin fronteras.

31. Aunque ya se ha hecho referencia parcial a la incidencia de Internet en los caracteres de las nuevas situaciones privadas internacionales, no está de más recordar que el *Cyberspace* se presenta, *a priori*, como un *territorio virtual sin*

fronteras estatales. Las relaciones jurídicas entre los particulares se vuelven *globales* (= conectadas con todos los países del mundo), como se aprecia en las ventas dirigidas al mercado mundial mediante un *página web*, adopciones ofertadas al mercado mundial mediante servicios *on line*, publicaciones visibles en todo el mundo mediante *páginas web*, foros u otros mecanismos, etc. La inmensa mayoría de las operaciones realizadas en Internet son *internacionales*: en tales situaciones hay presente uno o múltiples “elementos extranjeros” y/o producen “efectos” en varios países o incluso en todo el mundo. “*The network of networks is transnational by nature*”, afirma C. KESSEDIAN⁵⁰. Como remarca B. FAUVARQUE-COSSON, ni el ferrocarril, ni la aviación, ni el teléfono, ni la televisión, ni la misma informática habían suscitado tanto interés en el campo del DIPr., como el fenómeno de Internet⁵¹. El DIPr. se había adaptado a los anteriores fenómenos tecnológicos sin variar en nada sustancialmente su “estructura profunda”. Pero Internet se ha convertido, quizás, en el acontecimiento más grande que ha hecho temblar los cimientos del DIPr. clásico. O como recuerda agudamente M. REQUEJO ISIDRO, Internet debe considerarse como “*The biggest thing that has ever happened to Private International Law*”⁵².

Por sus características especiales, las situaciones privadas internacionales que se presentan en el *Cyberspace* exigen *soluciones globales* (= adoptadas por foros internacionales en base a un *Global Law*). Ese objetivo es todavía utópico, por lo que la mayor parte de los problemas que plantea la red Internet son objeto de *soluciones nacionales* y no globales. No obstante, existen ya aspectos resueltos de manera *global*, como los conflictos sobre la titularidad de los *nombres de dominio en Internet*, que resuelven ICANN y la OMPI sobre la base de su normativa material específica (= *Private Global Law*), esto es, sin aplicar expresamente una norma de conflicto estatal y un ordenamiento material estatal determinado (J.I. PEINADO GRACIA / J.M. MARTÍN SERRANO)⁵³, sin perjuicio de las alusiones que algunos *panelistas* que resuelven estos casos realizan en favor de una u otra Ley estatal (= normas de conflicto de “creación privada”).

En general, cabe afirmar que la elaboración de una *normativa material* propia de Internet (= *International CyberLaw, Cyberalty*) no es todavía una realidad: su

50. C. KESSEDIAN, “Electronic data interchange, internet and electronic commerce”, *Preliminary Document n.7 of April 2000*, Hague Conference on Private International Law, The Hague; ID., “Rapport de synthèse”, en K. BOELE-WOELKI / C. KESSEDIAN (Eds.), *Internet, Which Court decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague, Kluwer, 1998, pp. 143-154.

51. B. FAUVARQUE-COSSON, “Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux”, en G. CHATILLON (Dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 55-70, esp. p. 55.

52. M. REQUEJO ISIDRO, “La Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la prestación transnacional de servicios en el seno del EEE”, *REDI*, 2003-II, vol.LV, pp. 795-818, esp. p. 816.

53. J.I. PEINADO GRACIA / J.M. MARTÍN SERRANO, “Luces y sombras del procedimiento administrativo de la OMPI en conflictos sobre la titularidad de nombres de dominio”, *Revista de la contratación electrónica*, núm.16, mayo 2001, pp. 3-50, esp. pp. 19-21.

elaboración quedaría en manos de las grandes empresas utilizadoras de Internet y podría significar una renuncia de los Estados a regular relaciones y situaciones sociales de gran relevancia, lo que no sintoniza con la función del *Estado social* y con el ejercicio de la *Soberanía legislativa estatal* sobre las relaciones sociales que plantea Internet.

2. EL “COSTE INTERNACIONAL” DE LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES.

32. El mundo está dividido en Estados (= *unidades políticas* diferentes). Cada Estado dispone de dos elementos fundamentales que interesan ahora: a) Una estructura judicial propia e independiente (= un *Poder Judicial exclusivo* que juzga y hace ejecutar lo juzgado en el *territorio* del Estado respectivo); b) Una legislación propia de *Derecho Privado* (= cada Estado dispone de su propia regulación de las relaciones jurídicas internas entre los particulares). De este modo, el Derecho Privado, salvo excepciones puntuales, es diferente de país a país (= *pluralismo jurídico-privado*).

33. La división del mundo en Estados es una división *artificial* desde el *prisma económico* (= el mundo es un *solo mercado real*, aunque está artificialmente parcelado en *Estados nacionales*). Es también una división *artificial* desde el punto de vista individual o personal (= las personas se relacionan entre ellas por encima de las fronteras de los Estados). La artificialidad de ambas divisiones se demuestra en el hecho de que los particulares entablan relaciones jurídicas, patrimoniales y familiares, no sólo *nacionales*, sino cada vez más, relaciones jurídicas *internacionales*. Las fronteras políticas no limitan las relaciones entre las personas.

34. El DIPr. es la rama del Derecho de cada Estado que regula estas *situaciones privadas internacionales* (= situaciones que afectan a los *particulares* y que están *conectadas con varios países*), como por ejemplo, un matrimonio entre personas que residen en diferentes países, un contrato celebrado entre empresas con establecimientos sites en Estados diferentes, etc.

35. La misión fundamental (= *núcleo histórico constante*) del DIPr. es fijar con *precisión* y *Justicia* en qué casos los tribunales de un país son competentes para conocer de los litigios originados, qué Ley estatal debe regir esos litigios y qué requisitos hace falta superar para hacer efectiva en un país una resolución pública extranjera que resuelve un pleito entre particulares. El DIPr. introduce una *idea de orden* en las situaciones privadas internacionales, proporcionando una *seguridad jurídica internacional* que considera *justa* con arreglo a unos *valores determinados*.

Por ejemplo: ¿qué Ley debe regir el divorcio por mutuo acuerdo de dos ecuatorianos con residencia habitual en España? El caso fue objeto de la SAP Cuenca 26 febrero 2004. Pues bien: el DIPr. debe ofrecer una solución *segura* y

justa: el art. 107.2 Cc. estima que este concreto caso de divorcio se debe regir por la Ley española. La Ley aplicable queda fijada con *seguridad* (= Ley nacional común) y con *Justicia* (= para el legislador, la *solución más justa* es que el divorcio se regule por la *Ley española* cuando dicho divorcio sea de mutuo acuerdo [art. 777 LEC] y alguno de los cónyuges sea español o residente habitual en España, como sucedía en el caso citado).

36. Pero al introducir un *orden jurídico justo* en las situaciones privadas internacionales y lograr una *seguridad jurídica internacional*, el DIPr. exige que los particulares cumplan con determinados requisitos. Tales requisitos suponen un “coste” económico y personal. Por ejemplo, el DIPr. puede obligar a litigar en países extranjeros, a aplicar Leyes extranjeras, a superar un *exequatur* para que la sentencia extranjera sea efectiva en un país, etc. Los requisitos que impone el DIPr. para hacer Justicia son *costosos* para los particulares.

37. Este *incremento de costes* (= el llamado “coste internacional”) que produce el DIPr. para hacer Justicia en relación con las situaciones privadas internacionales, se concreta en cuatro aspectos fundamentales.

Primero. Coste de litigar ante *tribunales extranjeros*. Es más caro litigar ante *tribunales extranjeros* que litigar ante *tribunales nacionales*: hay que desplazarse al extranjero, contratar abogados locales, informarse sobre el Derecho Procesal extranjero, etc.

Segundo. Coste de litigar con arreglo a una *Ley extranjera*. Dicha Ley extranjera hay que acreditarla ante los tribunales, cosa que no hay que hacer cuando se litiga con arreglo al *Derecho nacional*, y además, hay que informarse sobre el *contenido material* de la Ley extranjera.

Tercero. Coste de *importar* una solución jurídica (= sentencia o resolución semejante) dictada por autoridades públicas de otro país, pues se exigen diversos requisitos para que una resolución extranjera surta efectos en otro país (= proceso de *exequatur*, por ejemplo). Dicho coste no existe cuando la sentencia o resolución semejante es una decisión pública nacional.

Cuarto. Coste *procesal internacional*: es más costoso litigar contra un particular radicado en el extranjero o por hechos ocurridos en el extranjero que litigar contra un particular que reside en el propio país o por hechos acaecidos en el propio país. En efecto, habrá que practicar notificaciones en el extranjero, prueba procesal en el extranjero, etc.

38. El resultado es claro: para los *particulares implicados* en las *situaciones privadas internacionales* es más costoso, en todos los sentidos (= más complejo, más lento, menos rentable) celebrar un matrimonio internacional que un matrimonio interno; es más costoso celebrar y ejecutar un *contrato internacional* que un *contrato interno*; es más costoso liquidar y adjudicar los bienes de una *sucesión hereditaria internacional* que los bienes de una *sucesión hereditaria nacional*; es más costoso demandar a una empresa con sede en el extranjero que a

una empresa con sede en el mismo país; es más costoso ejecutar una *sentencia extranjera* de condena que una sentencia de condena dictada por un *juez nacional*.

3. EL “COSTE INTERNACIONAL INCREMENTADO” DE LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES Y LA GLOBALIZACIÓN.

39. Pues bien: como antes se avanzaba, la *globalización* ha alterado profundamente el *objeto* del DIPr.: a) Las situaciones privadas internacionales se presentan ahora con una frecuencia muy elevada; b) Existen situaciones privadas internacionales en el ámbito patrimonial que despliegan efectos en multitud de países (= “primer *World-Wide Effect*”); c) Las situaciones privadas internacionales en el ámbito de la persona y de la familia tienden a organizarse según modelos familiares y personales importados de otras culturas y países (= libre circulación de los *modelos de familia*, que se globalizan: “segundo *World-Wide Effect*”); d) El proceso judicial y arbitral se ha globalizado: cada vez con más frecuencia es preciso practicar notificaciones y pruebas procesales en el extranjero, ejecutar sentencias en varios países, etc.

40. En consecuencia, la *globalización* aumenta el “coste internacional” de las situaciones privadas internacionales. En efecto: se incrementa el número de estas situaciones privadas internacionales y éstas se hacen *más complejas*. Por ello, el *DIPr. tradicional*, para cumplir con su *función nuclear* (= introducir una *idea de orden jurídico justo* en las situaciones privadas internacionales), exige de los particulares el cumplimiento de una serie de requisitos que se vuelven realmente *costosos*. Es el “coste internacional incrementado”.

Primer ejemplo. Una empresa alemana que dispone de quince patentes sobre la misma invención en los quince países comunitarios debe enfrentarse con una vulneración de tales patentes que se ha producido por parte de una empresa española en los quince países comunitarios, decide interponer una demanda contra esta última empresa ante los tribunales españoles. El DIPr. tradicional le dice que la cuestión se rige por la Ley del país o países donde se ha producido el ilícito (= art. 10.4 Cc.: *Lex Loci Protectionis*). Resultado: debe redactar una demanda basada en quince Derechos nacionales distintos (= es el “coste internacional incrementado” producto de la globalización). La norma tradicional de DIPr. no sirve en el contexto de una *World-Wide Exploitation* de la patente (= explotación de la patente en el contexto de la globalización).

Segundo ejemplo. Una ciudadana española y residente habitualmente en Palencia, copia, sin recato y de modo detestable, un trabajo de investigación de una científica catalana y lo publica en Madrid. El caso parece “nacional” y poco complicado: es un simple supuesto más del execrable fenómeno del plagio. Pues bien: la copia “elaborada” por la ciudadana palentina se contiene en un libro que se difunde por cinco Estados europeos y por diez Estados de Sudamérica. Ahora es

claro: el caso es “internacional”, de modo que la científica catalana, si desea accionar para pedir daños y perjuicios por el detestable plagio, tiene dos opciones. Primera: la ciudadana palentina puede ser demandada ante los tribunales de dieciséis países (= foro del lugar del hecho dañoso recogido, por ejemplo, en el art. 5.3 R.44/2001), como indica (E. JAYME)⁵⁴. Segunda opción: la ciudadana palentina puede ser demandada en España, pero la demandante catalana deberá fundamentar su demanda no sólo en el Derecho español, sino que deberá fundamentarla, por los daños sufridos en el extranjero, en los Derechos de los cinco Estados comunitarios y de los diez Estados sudamericanos (= art. 10.4 Cc.: *Lex Loci Protectionis*). Es, de nuevo, el “coste internacional incrementado”, resultado de la globalización: la demandante deberá “probar” todas estas Leyes extranjeras (art. 282.2 LEC), lo que supone un coste elevadísimo para la autora.

Tercer ejemplo. Las reclamaciones internacionales de alimentos han aumentado de modo espectacular. Aplicar las reglas tradicionales de DIPr. supone que el acreedor de alimentos debe litigar en un país y posteriormente obtener el *exequatur* de la resolución en otro país o países (= multiplicación de los procesos judiciales en varios países). El “coste de DIPr.” para los particulares implicados es enorme. De nuevo aflora el “coste internacional incrementado”.

Cuarto ejemplo. Una grupo amplio de marroquíes habita en el sur de España, donde trabaja. Algunos de ellos se hallan occidentalizados y otros mantienen las costumbres de su país de origen. Se plantean numerosos divorcios entre cónyuges marroquíes. Las soluciones tradicionales de DIPr. llevan a aplicar la Ley marroquí a estos divorcios si éstos son “contenciosos”. El coste que ello representa para los particulares es elevadísimo (= juzgar repetidamente con arreglo a una Ley extranjera que las partes deben probar caso por caso): es, otra vez, el “coste internacional incrementado”.

4. LA EFICIENCIA: OBJETIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA GLOBALIZACIÓN.

41. Pues bien: ¿qué objetivos debe satisfacer el legislador al redactar las normas de DIPr. de frente al llamado “coste internacional incrementado” que comporta la *globalización*? ¿Deben los particulares *soportar* dicho coste, o debe el legislador procurar la *máxima reducción posible* de dicho coste para los particulares introduciendo nuevas reglas (= el *DIPr. de la globalización*)? Varias reflexiones se imponen.

42. a) Imputar el “coste internacional incrementado” a los *particulares* (= manteniendo las tradicionales reglas del DIPr.), supone *frenar ciertos efectos de la*

54. E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *RCADI*, vol. 282, 2000, pp. 19-40, esp. p. 26.

globalización. En efecto: las situaciones privadas internacionales serían demasiado costosas en términos jurídicos. Los particulares renunciarían a mantener relaciones jurídicas internacionales y se verían perjudicados tanto en la faceta patrimonial como en la faceta personal. El comercio internacional y las relaciones jurídicas interpersonales disminuirían.

43. b) Reducir los costes que el DIPr. comporta para los particulares (= mediante *nuevas reglas de DIPr.*), supone *impulsar la globalización*. En efecto: si las situaciones privadas internacionales que se producen como consecuencia de la globalización implican un *coste bajo y asumible*, aumentarán en cantidad y variedad.

44. c) La solución al debate es clara: la globalización necesita ya *un nuevo DIPr.* que acabe con el “coste internacional incrementado”. Sólo así la globalización podrá desplegar sus efectos positivos en todo el mundo, de modo que las empresas y los consumidores se beneficien de un *mercado mundial* (= máximo beneficio de la economía libre de mercado mundial) y los particulares puedan desarrollar su vida con arreglo a los *modelos de desarrollo personal* que prefieran (= libre desarrollo de la personalidad). El nuevo *DIPr. de la globalización* debe, pues, acabar con el “coste internacional incrementado”.

45. Para reducir el “coste internacional incrementado”, el nuevo DIPr. de la globalización debe inspirarse en el *principio de eficiencia*. Este principio debe ser entendido *en clave de DIPr.*, y no necesariamente en la forma que se suele entender en la *ciencia económica* o en el *análisis económico del Derecho* (C. PAZ ARES)⁵⁵. Se trata de una “eficiencia de DIPr.”, en el sentido que le atribuye, aproximadamente, E.A. O’HARA⁵⁶. En suma: *principio de eficiencia de DIPr.* significa, simplemente, que el DIPr. debe utilizar fórmulas y reglas que permitan al DIPr. introducir una idea de *orden jurídico justo* en las situaciones privadas internacionales pero que supongan la *reducción del coste internacional incrementado* que el DIPr. comporta para los particulares implicados en las situaciones privadas internacionales producto de la globalización.

46. Pero una pregunta surge espontánea: ¿es el DIPr. español de principios del siglo XXI un DIPr. que responde al *principio de eficiencia* propio del DIPr.?

El DIPr. español de nuestros días es un *precipitado histórico* (= resultado complejo de una evolución de siglos plasmado en reglas gestadas en momentos

55. C. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.

56. E.A. O’HARA, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *University of Chicago Law Review*, núm.67, 2000, pp. 1151 ss.

diferentes). El DIPr. no ha perseguido siempre los mismos *objetivos* y *valores* (= su actitud frente al “coste internacional” ha sido variable). Varias etapas pueden distinguirse (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)⁵⁷.

47. a) Desde la Edad Media hasta entrado el siglo XIX, el DIPr. tuvo por objetivo principal la defensa de la *soberanía de los Estados* (= asegurar la aplicación de las Leyes del Estado a su población y en su territorio). Los “estatutarios medievales” y los grandes teóricos del DIPr. incluso en el siglo XIX, como P.S. MANCINI, defendieron esta construcción. Los particulares debían soportar los costes de la división del mundo en Estados, pues lo primordial era asegurar la existencia del Estado y ello exigía una afirmación de la *soberanía estatal* en perjuicio de los intereses de los particulares, que sufrían el “coste internacional”. Por ejemplo: la regulación del divorcio entre dos marroquíes debía regirse por el Derecho marroquí porque así se aseguraba la Soberanía de Marruecos sobre sus nacionales. Si ello comportaba costes para los particulares (= probar la Ley marroquí, no utilizar cauces de divorcio más simples previstos por la Ley del país de residencia común de los cónyuges, por ejemplo), éstos debían asumir tales costes.

48. b) En el mismo siglo XIX, con la llegada del *DIPr. del Estado liberal*, el DIPr. tuvo como máximo objetivo fijar con certeza la jurisdicción competente y la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales (= *máxima seguridad jurídica*). Esta fue la idea que inspiró toda la obra de F.K. VON SAVIGNY: la *naturaleza jurídica* de la institución exige que se active un “contacto” de la institución con un país, de modo que los particulares pueden prever con facilidad, los *tribunales estatales competentes* y la *Ley aplicable* a la situación privada internacional. El DIPr. del liberalismo reduce el “coste internacional”: se litiga ante tribunales estatales próximos, se litiga sobre la base de Leyes cuya aplicación es previsible por los particulares, se facilita la circulación de decisiones públicas extranjeras (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, F.C. VON SAVIGNY)⁵⁸. Desaparece del discurso la *Soberanía estatal*. Lo relevante son los *intereses de los particulares*, no los intereses de los Estados (H. COING, G. KEGEL, P.H. NEUHAUS, F. STURM, D. ZIMMER)⁵⁹.

57. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 204-208.

58. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol.287, pp. 9-426; Id., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; F.C. VON SAVIGNY, F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol.VIII, Berlín, Veit und Comp., 1849 (*Sistema del Derecho romano actual*, traducción española de la versión francesa, por J.Mesía y M.Poley, vol.VI, Madrid, 1879).

59. H. COING, “Rechtsverhältnis und Rechtsinstitution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny”, *Eranion Georgios S. Maridakis*, III, Atenas, 1964, pp. 19-28; G. KEGEL, “Wohnsitz und Belegenheit bei Story und Savigny”, *RabelsZ.*, 1988, pp. 431-465; P.H. NEUHAUS,

49. c) Ya en el siglo XX, con el advenimiento del *Estado Social*, el DIPr. experimenta un *giro material*. Ahora el DIPr., como todo el Derecho Privado, debe defender *valores materiales* concretos que se contienen en las Constituciones estatales (= *favor minoris*, protección del mercado, defensa del consumidor, igualdad de los cónyuges en el matrimonio, etc.). Con ello, el DIPr. pierde, en cierta medida, algo de *previsibilidad jurídica*. En efecto, los foros de competencia judicial internacional y los puntos de conexión de las normas de DIPr. defienden esos intereses o valores materiales incluso por encima de la idea de previsibilidad de los tribunales competentes y de la Ley aplicable. Para asegurar resultados acordes con la Constitución, surgen técnicas que tienen en cuenta el *contenido del Derecho aplicable* (= *normas de conflicto materialmente orientadas* o *Content Oriented Choice of Law Rules*), de forma que la Ley aplicable a la situación privada internacional es aquella que favorece, materialmente, en mayor medida, el *objetivo sustancial* perseguido (= Ley más favorable para el consumidor, Ley más favorable al acreedor de alimentos, Ley más favorable al menor, etc.), y no necesariamente la Ley del país cuya aplicación es más previsible para los particulares.

50. d) Una cuarta etapa se abre camino a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI: el *DIPr. de la globalización* o *DIPr. neoliberal*. El *neoliberalismo* (= aparato ideológico de la globalización) impone una nueva “despolitización” del DIPr. y una correlativa “privatización” del DIPr. (= debe defenderse, primordialmente, el interés de los *particulares* implicados en las situaciones privadas internacionales). Por ello, en cierto sentido, resurge el DIPr. del *liberalismo decimonónico*.

51. Como antes se decía, el DIPr. actual contiene reglas que se han forjado en las cuatro etapas anteriores (= es un conjunto de reglas que defienden *valores dispares*, es un *precipitado histórico*). La *idea de Justicia* de las reglas de DIPr. es variable, pues depende del período en que tales reglas se gestaron: así, por ejemplo, algunas de las reglas hoy vigentes son *reglas medievales* que defienden la *Soberanía de los Estados*, pero otras son *reglas neoliberales* que favorecen a los *particulares* sin tener en cuenta los intereses estatales.

52. El “DIPr. de la globalización” incorpora una *nueva idea de Justicia*: el DIPr. no sólo debe introducir un *orden jurídico justo* en las situaciones privadas internacionales, sino que además, las reglas de DIPr. deben ser social y económicamente *eficientes* (= surge el *DIPr. eficiente*). El DIPr. debe reducir el “coste internacional incrementado” que, como consecuencia de la globalización, recae sobre los particulares. Un DIPr. eficiente impulsará los intercambios

“Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1955, pp.240-260; ID., “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, *RabelsZ.*, 1949/50, pp. 364-381; ID., “Abschied von Savigny?”, *RabelsZ.*, 1981, pp. 4-24; F. STURM, “Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit”, *Ius commune*, VIII, 1979, pp. 92-109; D. ZIMMER, “Savigny und das internationale Privatrecht unserer Zeit”, *Mél. Fritz Sturm*, Liège, 1999.

internacionales, lo cual será beneficioso en muchos sentidos: a) Permitirá la obtención del *mayor beneficio* para las empresas que operan a escala planetaria (= auténticos *motores* del mercado mundial), pero también para los *consumidores* (= que se benefician de una oferta muy extensa y a bajo coste); b) Dará lugar a un beneficio personal para los simples *particulares*, que pueden organizar sus vidas personales y familiares del modo más conveniente o rentable a los mismos (= *beneficio psicológico o personal*).

La Justicia que imparte el DIPr. de la globalización aparece dividida en *tres niveles*: a) El DIPr. debe introducir una *idea de orden* en las situaciones privadas internacionales (= *seguridad jurídica internacional* o *previsibilidad de soluciones*); b) El DIPr. debe realizar los *valores materiales* recogidos en la Constitución, como el *favor minoris*, igualdad entre los cónyuges, protección del consumidor, defensa del medio ambiente, etc. (= los *valores materiales* inspiran las soluciones de DIPr.); c) El DIPr., al introducir esa idea de orden y la realización de los valores constitucionales, debe operar también con el *menor coste posible* para los particulares. He aquí la novedad del DIPr. de la globalización. Siguiendo de cerca las muy atinadas observaciones de C. PAZ ARES⁶⁰, se trata de una novedad que arranca de la crisis del positivismo y de la dogmática jurídica, de forma que la idea de Justicia se vuelve claramente *práctica* (= nueva cultura argumentativa: la *eficiencia* como nuevo *valor práctico* del Derecho privado).

La Justicia que imparte el DIPr. de la globalización debe ser una combinación de estos *tres niveles* (= tres objetivos del DIPr. de la globalización). El resultado es que el DIPr. suministra soluciones realistas, soluciones efectivas y prácticas. El DIPr. selecciona “puntos de conexión”, “foros de competencia judicial internacional” y “criterios de validez extraterritorial de decisiones”, con arreglo a estos tres criterios. El tercero de ellos (= mecanismos para ofrecer soluciones justas y certeras a bajo coste) es novedoso. Supone una “racionalidad de costes” del DIPr. (O. SCHEIBEL, D. SCHMIDTCHEN)⁶¹.

53. El *DIPr. eficiente* o *DIPr. de la globalización* aparece, de este modo, como un *modelo poderoso* de resolución de controversias en relación con las situaciones privadas internacionales, y ello por varias razones:

a) Asegura una *fiabilidad quasi-matemática*: la solución mejor es la que hace Justicia pero a un menor coste para los particulares implicados. Proporciona

60. C. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900, esp. p. 2845.

61. O. SCHEIBEL, “Die Ökonomische Analyse im Kollisionsrecht und Entscheidungen amerikanischer Gerichte zu forum selection clauses”, *RIW*, 1995, pp. 197-209; D. SCHMIDTCHEN, “Territorialität des Recht, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte”, *RabelsZ.*, 1995, pp. 56-78.

soluciones sencillas e incluso, *formalmente neutrales*, como lo era, curiosamente, el *Derecho codificado* del Estado Liberal (M. PASQUAU LIAÑO)⁶², con el que guarda un cierto paralelismo.

b) Supone la superación del *conceptualismo jurídico clásico*, -de la “dogmática jurídica tradicional”-, un sistema que, con frecuencia, aparecía *vacío de contenido y alejado de la realidad* (= *conceptualismo jurídico*).

54. La producción de “eficiencia” por parte del DIPr. es tal (= *éxito del DIPr. eficiente*), que los legisladores no dudan de la posibilidad de “extender” las soluciones de DIPr. lo más posible. Ello se aprecia en dos datos (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)⁶³:

Primero: el objeto del DIPr. se entiende de forma muy amplia, bien extendiendo al máximo la clásica tesis del “elemento extranjero puro”, bien aceptando la tesis de los “efectos internacionales” o bien, como hace el legislador español, combinando ambas tesis. En efecto, en DIPr. español no existen “normas generales” que indiquen cuándo una situación privada presenta *carácter internacional*. Aunque la tesis tradicional del “elemento extranjero puro”, apoyada por la jurisprudencia española, debe prevalecer, dicha tesis ha sido completada por la tesis de los “efectos internacionales” en áreas jurídicas concretas. Así, el legislador español acoge expresamente la “tesis del elemento extranjero puro”. Por ejemplo, las normas de DIPr. contenidas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, son normas que se aplican, -como indica la Exposición de Motivos de dicha Ley (XI)-, al “concurso con elemento extranjero”. Pero otras veces, sin embargo, el legislador opta por una “mezcla de criterios”: retiene determinados y concretos “elementos objetivos” que considera que hacen que la situación privada revista *carácter internacional* a efectos de la aplicación de una precisa norma legal, -lo que es una variante de la “tesis del elemento extranjero puro”-, y añade otro criterio, como es la tesis del “efecto internacional”. De ese modo, la situación es *internacional*, -a efectos de la aplicación de una concreta normativa legal-, si concurre un “determinado elemento extranjero”, -no “cualquier elemento extranjero”- (art. 3.1 a y b LArb.), o si la situación produce “efectos internacionales”, esto es, si la relación jurídica afecta “a intereses del comercio internacional” (art. 3.1 c LArb.). Esta “mezcla de criterios” es la utilizada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (art. 3.1).

Segundo: el DIPr. tiende a aplicarse, incluso, a casos sin “elementos [objetivos] extranjeros”. Los arts. 1 y 3.3 del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) son un buen ejemplo de ello: las normas de conflicto del citado Convenio de Roma son aplicables también a casos internos *internacionalizados* por las partes a través de la elección de un Derecho extranjero

62. M. PASQUAU LIAÑO, M. PASQUAU LIAÑO, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Ed.Comares, 1994, esp. p. 141.

63. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., Granada, Ed. Comares, 2004, pp. 15-20.

que debe regular una transacción que, en principio, es meramente “nacional”. En una sociedad globalizada, la aplicación de un Derecho extranjero a un “caso meramente nacional” puede ser una *solución más eficiente* que la aplicación del Derecho nacional correspondiente (= Derecho del país conectado “naturalmente” con el contrato). O lo que lo mismo: el DIPr. comienza a aplicarse a *casos objetivamente nacionales* porque es *más eficiente* que el Derecho Privado interno (= permite una reducción de costes para los particulares implicados).

5. MECANISMOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EFICIENTE.

55. Un *DIPr. eficiente* es un DIPr. que impone *bajos costes* a los particulares implicados en las situaciones privadas internacionales. *Bajos costes* significa *soluciones asumibles* por los particulares, de manera que puedan desarrollar una vida internacional activa (= las *exigencias* requeridas por el DIPr. son *soportables*, pues permiten una vida internacional activa en el contexto de la *globalización*).

56. Para construir un *DIPr. eficiente* se utilizan diversas herramientas jurídicas (= estrategias de *eficiencia legal*) que afectan a los tres sectores del DIPr. y que reducen el “coste internacional incrementado” que genera el DIPr. en el contexto de la globalización para introducir un *orden jurídico y hacer Justicia* en las situaciones privadas internacionales.

A) Potenciación del principio de previsibilidad jurídica.

57. La primera herramienta jurídica para lograr un DIPr. eficiente consiste en potenciar la *previsibilidad jurídica de las situaciones privadas internacionales* (= *Predictability Principle*). En un mundo globalizado, las situaciones privadas internacionales presentan contactos de diversa naturaleza con numerosos países.

Pues bien, se trata de que los particulares puedan, *de manera sencilla* (= con bajos costes jurídicos), prever cuáles son los tribunales estatales competentes, la Ley estatal aplicable a las situaciones privadas internacionales, y los requisitos exigidos para lograr la eficacia en un país de una decisión pública dictada por autoridades de otro país.

En el fondo, este principio constituye la *esencia misma del DIPr.* (= ha estado siempre presente en la historia del DIPr., aunque con una *intensidad variable*), por lo que no es nada nuevo. Sí son nuevas las técnicas que el DIPr. de la globalización utiliza para satisfacer este *Predictability Principle*. En efecto, el DIPr. de la globalización utiliza varias técnicas para salvaguardar la previsibilidad jurídica de las situaciones privadas internacionales.

a) Previsibilidad del DIPr. aplicable: el “Derecho global”.

58. Para afianzar la previsibilidad jurídica y lograr un *DIPr. eficiente*, debe comenzarse por la *unificación normativa supranacional*. El DIPr. no es una rama del *Derecho internacional público* (= que es un ordenamiento *común* para todos los Estados), sino una rama del *Derecho estatal* de cada país (= razón por la que el DIPr. es diferente de país a país). Además, cada país tiene su sistema de normas de *Derecho privado sustantivo o material* (= Derecho que regula las relaciones jurídicas entre particulares).

59. Por tanto, los particulares sufren una fuerte *incerteza jurídica* que genera elevadísimos costes. En efecto: los particulares protagonistas de las situaciones privadas internacionales deben informarse sobre tres extremos:

a) Qué *sistema de DIPr.* es aplicable (= qué normas estatales de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones son aplicables al caso).

b) Una vez fijado lo anterior (= solventado el *conflicto de sistemas* y determinado el DIPr. aplicable), hay que cerciorarse de *qué tribunales estatales* son competentes, *qué Derecho privado* van a aplicar y *qué criterios* van a exigirse para importar decisiones públicas extranjeras en un país.

c) Preciado el criterio empleado por el DIPr. aplicable, en los supuestos de “Derecho aplicable”, los particulares deben informarse sobre el contenido material del Derecho sustantivo aplicable.

60. La elaboración de una *supra-legislación* de alcance internacional hace que disminuyan estos “costes de información” (= *costes jurídicos*). Desde la perspectiva del DIPr. de la globalización, toda *unificación legal supranacional* es positiva (H. BERMAN / C. KAUFMAN, B. GOLDMAN, C.M. SCHMITTHOFF, I. STRENGER, F.J. GARCIMARTÍN, E. LOQUIN / C. KESSEDJIAN, J. BASEDOW)⁶⁴, pues reduce “costes de información” jurídicos (= *auge del Derecho global*).

64. H. BERMAN / C. KAUFMAN, “The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)”, *Harvard International Law Journal*, 1978, pp. 221-243; B. GOLDMAN, “Frontieres du droit et la lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, 1964, vol.9, pp. 46-69; ID., “La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Clunet*, 1979, vol.106, pp. 475-508; C.M. SCHMITTHOFF, “International Trade and Private International Law”, *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H.Dölle*, vol.II, Tubinga, Mohr, 1963, pp. 261-280; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, 1995-II, vol.XLVII, pp. 11-41, esp. p. 30; E. LOQUIN / C. KESSEDJIAN (DIR.), *La mondialisation du droit*, Dijon, 2000; “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000a, pp. 11-26.

61. En primer lugar, se trata de unificar los *sistemas nacionales de DIPr.* (= creando el *DIPr. uniforme* o Derecho uniforme *lato sensu*). Objetivo éste que cuenta con poderosos precedentes en la Historia del DIPr.: en el siglo XIX se pensó en construir un “Código internacional de DIPr.” válido para todos los países, aunque la empresa fracasó (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)⁶⁵. El objetivo era el mismo que el que ahora se pretende: reducir los costes que la diversidad de sistemas estatales de DIPr. representan para los particulares protagonistas de las situaciones privadas internacionales.

La unificación supranacional del DIPr. puede hacerse mediante *Convenios internacionales* u otros instrumentos (= por ejemplo, Reglamentos comunitarios, Directivas comunitarias, etc.): la llamada “comunitarización del DIPr.” tiene mucho que ver con la globalización, como ha puesto de relieve J.C. FERNÁNDEZ ROZAS⁶⁶, pues genera un DIPr. único (= *DIPr. comunitario*, subespecie del *DIPr. global*).

65. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., Granada, Ed. Comares, 2004, pp. 61-66.

66. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum (autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 394-398. Sobre la comunitarización del DIPr. *vid.* “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (DOCE C12 de 15 enero 2001); A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol.LI, 1999, pp. 383 ss.; Id., “Hacia la supresión del exequatur en Europa”, en CGPJ, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2002, pp. 15-52; S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; Id., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe”, *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 193-214; A. BORRÁS, “La incidencia de la comunitarización del DIPr. en la elaboración de convenios internacionales”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 45-77; S. BRUNIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; P. DE MIGUEL ASENSIO, “El Tratado de Amsterdam y el DIPr.”, *La Ley UE*, 30 marzo 1998, pp. 1-3; H. GAUDEMET-TALLON, “Quel Droit International Privé pour l’Union Européenne?”, *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 319-338; Id., “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne?”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; M. HELMBERG, “Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR”, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 1997, 3, pp. 89-96, 1997, 4, pp. 137-147; H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of Private International Law”, *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; S. KNÖFEL, “EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and incompatibilities between Conflict Rules”, *ICLQ*, 1998, pp. 439-

Por otro lado, la unificación del DIPr. puede hacerse mediante la elaboración de *normas de conflicto uniformes* (= normas de remisión a los ordenamientos nacionales de los Estados), o mediante *DIPr. material uniforme* (= normas materiales únicas para todos los Estados que regulan directamente las situaciones privadas internacionales sin remitirse a la Ley de ningún Estado).

Nace así un *DIPr. supranacional*, de alcance, en ocasiones, *mundial* (= un DIPr. aceptado prácticamente en todo el mundo, como el Convenio de Viena de 11 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías), y otras veces, *comunitario* (= DIPr. de la Comunidad Europea), *uropeo* (= DIPr. para algunos países europeos) o simplemente *internacional* (= acceden a este *DIPr. supranacional* Estados diversos y dispersos de todo el planeta). Igualmente, los operadores del comercio internacional, ante la pasividad de los Estados nacionales a la hora de regular las relaciones internacionales entre sujetos privados, crean reglas de *eficacia transnacional* (= *Nueva Lex Mercatoria*), de modo que surge un *DIPr. material* (= no son “reglas de remisión”) con pretensiones de validez (= la *acepción avanzada de la nueva Lex Mercatoria* pretende presentarse como un “ordenamiento jurídico”) y de *aplicabilidad mundial* (= su alcance supera las fronteras de los Estados: es un *Derecho sin Estado*).

62. En segundo lugar, se trata de unificar las *normativas sustantivas de Derecho privado* de los distintos países del mundo (= no importa, así, qué *Derecho privado sustantivo* estatal es aplicable, pues todos tienen un contenido *igual* o *similar*: el “conflicto de Leyes” se difumina). El “coste jurídico” que implica el DIPr. disminuye de nuevo (= no hay que informarse sobre el *contenido* de un Derecho privado sustantivo extranjero, visto que es similar al contenido del Derecho nacional: hay un falso *conflicto de Leyes* o *False Conflict*).

Para unificar los distintos sistemas estatales de Derecho privado sustantivo se utilizan *técnicas diversas*. Tradicionalmente se han empleado los Convenios internacionales. En la actualidad, el *instrumento estrella* de esta segunda

445; CH. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004-2, pp. 225-243; S. LEIBL / A. STAUDINGER, “El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?”, *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; E. PÉREZ VERA, “El DIPr. y la UE”, *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 173-188; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPrivato: una *European conflict of laws revolution*”, *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; M. ROHE, “Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarkziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag”, *RabelsZ.*, 1997, pp. 1-85; K. SIEHR, “European Private International Law and Non-European Countries”, *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 289-300; R. WAGNER, “EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?”, *RabelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *RCDIP*, 2004, pp. 1-48.

unificación jurídica es la *Directiva comunitaria* (= no *unifica* pero sí *armoniza* el contenido de los Derechos privados estatales), que alcanza resultados semejantes a una *unificación legal* (= en teoría, es indiferente el Derecho nacional aplicable, pues todos los Derechos sustantivos responden a unas mismas *líneas directrices*). No obstante, su *efecto espacial* está limitado a la Comunidad Europea (= los Derechos de *terceros países* no resultan armonizados).

Esta segunda unificación legal (= unificación de las *normativas sustantivas de Derecho privado*) puede tener pretensiones de aplicación en todos los países del mundo, esto es, pretende mostrar un *alcance mundial* (= sería un *Derecho privado mundial*). Un ejemplo es el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), si bien hay que dejar claro que no todos los países del mundo participan en este Convenio y que siempre hay países que permanecerán al margen del Derecho privado mundial, por razón de su particular idiosincrasia cultural y jurídica. Por ello, hasta el momento, las realizaciones más notables de esta segunda unificación legal presentan un alcance espacial más reducido (= *Derecho privado comunitario*, por ejemplo, que se alcanza con las Directivas comunitarias, entre otros instrumentos de *armonización* o *unificación* de legislaciones). Así, los contratos de adquisición de *Time-Sharing* poseen un *núcleo duro de regulación material* que es el mismo en Derecho holandés y en Derecho español, en Derecho finlandés y en Derecho griego, gracias a la existencia de una Directiva que regula la cuestión, la Directiva 94/47/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 octubre 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*DOCE* L 280 de 29 octubre 1994), y armoniza las legislaciones nacionales de los Estados comunitarios.

63. La *globalización* supone, por tanto, un gran impulso al llamado *Derecho global* (= *Global Law*), en dos sentidos (E. LOQUIN / C. KESSEDIAN)⁶⁷.

64. Primero. Los *focos creadores del Derecho* son, cada vez con más frecuencia, *instancias supranacionales* (= Conferencias internacionales, Organizaciones internacionales, Comunidad Europea, etc.). Por eso, la llamada *comunitarización del DIPr.* (= el DIPr. lo elaboran los órganos e instituciones comunitarias: deja de ser DIPr. de producción interna y no hace falta un acuerdo entre Estados en forma de Convenio internacional de DIPr.), es un reflejo de una técnica jurídica al servicio de la *globalización* (J. BASEDOW)⁶⁸. El poder legislativo para elaborar normas de

67. E. LOQUIN / C. KESSEDIAN (DIR.), *La mondialisation du droit*, Dijon, 2000.

68. J. BASEDOW, "The Effects of Globalization on Private International Law", en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000a, pp. 11-26; ID., "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000b, p. 687 ss.; ID., "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 175-192.

DIPr. se transfiere a *instancias supranacionales*, lo que es lógico, visto que se trata de elaborar un “DIPr. supraestatal”. Los Estados pierden *soberanía legislativa* (= el DIPr. ya no se fabrica exclusivamente “Estado por Estado”): nuevas organizaciones internacionales, con mayor poder que nunca antes, fabrican el Derecho Privado (P. MERCADO PACHECO)⁶⁹.

La máxima expresión de este fenómeno está constituida por la “acepción avanzada de la *nueva Lex Mercatoria*”, fenómeno polémico por excelencia y cuyo debate parece no tener fin, como ha destacado J.C. FERNÁNDEZ ROZAS⁷⁰. Según esta teoría de la *Nueva Lex Mercatoria*, el DIPr. del comercio internacional lo elaboran los protagonistas del comercio internacional. Los Estados no participan en el proceso de creación del Derecho (= es un “Derecho sin Estado” o *droit sans Etat*), aspecto que ha preocupado a los autores desde hace ya años (C. TANUGI, P. MERCADO PACHECO)⁷¹, y que da lugar a una creación no política del Derecho, como se analizará más adelante.

Pierde importancia, correlativamente, el DIPr. de producción interna (= los legisladores nacionales pierden *poder de elaboración del DIPr.* y del *Derecho Privado* en general): el Derecho privado se elabora, cada vez con más frecuencia, en la “fábrica legal” de las instancias supranacionales.

65. Segundo. Esos “focos supranacionales” creadores del Derecho generan un *DIPr. globalizado*, un DIPr. con pretensiones de aplicación y validez *mundial* o al menos *supraestatal*, como el *DIPr. comunitario* (= el *DIPr. nacional* pierde terreno: se reduce el ámbito del Derecho estatal y local a cuestiones de escasa importancia social).

66. Sin embargo, hay que llamar la atención sobre los *costes* del *Derecho global* (F.J. GARCIMARTÍN, J. BASEDOW)⁷². Ello hace que el *Derecho global* no sea la *panacea* (= *instrumento único*) para lograr un *DIPr. eficiente*: a) La modificación del *Derecho unificado* (= *Derecho global*) para adaptarlo a nuevas circunstancias, es muy laboriosa (= exige un nuevo consenso entre Estados o nuevas decisiones de

69. P. MERCADO PACHECO, “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 123-158, esp. p. 132.

70. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum (autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 80-85.

71. C. TANUGI, *Le droit sans Etat*, París, 1985; P. MERCADO PACHECO, “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en R. CAPELLA (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, núm.16, Madrid, 1999, pp. 123-158, esp. p. 131.

72. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, 1995-II, vol.XLVII, pp. 11-41, esp. p. 30; J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London- Boston, 2000a, pp. 11-26.

instancias supranacionales, siempre difíciles de alcanzar); b) El *DIPr. material uniforme* comporta un *aumento de normativas* (= más pluralismo jurídico) para los operadores del comercio internacional, que tienen que conocer tanto la *normativa nacional* (= válida para *transacciones nacionales*), como la *normativa unificada supranacional* (= válida para *transacciones internacionales*); c) Los instrumentos de *Derecho global imperativo* hacen que los particulares vean reducidas sus posibilidades para *elegir el Derecho sustantivo* aplicable a las situaciones privadas internacionales (= no hay una *diversidad* de *Derechos nacionales* que puedan ser elegidos); d) El Derecho global presenta lagunas: no es omnicompreensivo, con lo que muchas veces se tiende a integrar la laguna con un Derecho nacional, de modo que resurge el problema de los “conflictos de Leyes” que se trata de evitar, precisamente, con el Derecho global.

b) Previsibilidad de los tribunales competentes y de la Ley aplicable.

67. Una vez aclarado qué sistema o norma de DIPr. será aplicable al caso en cuestión, surge otro problema. Deben emplearse criterios que permitan a los particulares determinar *con seguridad* (= *previsibilidad* razonable) los tribunales competentes, la Ley estatal aplicable y los requisitos exigidos para que las decisiones públicas extranjeras surtan efectos en un país (W. WENGLER)⁷³.

(a) Autonomía de la voluntad de Derecho internacional privado.

68. La *autonomía de la voluntad* se utiliza para seleccionar los *tribunales estatales competentes* (= autonomía de la voluntad como *foro de competencia judicial internacional*). También se utiliza para seleccionar la Ley aplicable (= autonomía de la voluntad como *punto de conexión* de la norma de conflicto o *autonomía de la voluntad conflictual*). Finalmente, puede utilizarse como criterio impulsor del sistema de validez extraterritorial de decisiones (= voluntariedad del *exequatúr* y del *reconocimiento*). La Ley elegida por las partes y el tribunal elegido por las partes es la *solución óptima* (= permite la *máxima previsibilidad* de Ley y tribunal, evitando litigios sobre la cuestión y la intervención del juez). Ello explica, en parte, el auge (= la “irresistible ascensión”, en palabras de A.E. v. OVERBECK), del principio de la autonomía de la voluntad conflictual no sólo en el DIPr. patrimonial sino en el DIPr. de la persona y familia (J.Y. CARLIER, P. GANNAGÉ, D. HENRICH, U. KÖTTERS, A.E.VON OVERBECK, R.VAN ROOIJ, I. SCHWANDER, F. SCHWIND, K. SIEHR, F. STURM, R.VAN DER ELST, N. WATTÉ)⁷⁴.

73. W. WENGLER, “L’evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *RCDIP*, 1990, pp. 663 ss.

74. J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; ID., “Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à

(b) Principio de proximidad.

69. Se trata, en primer lugar, de que, -en defecto de elección de tribunal por las partes-, sean competentes los tribunales de los Estados con los que el supuesto presente una *proximidad suficiente*. De ese modo, las partes pueden prever, fácilmente, cuál será el tribunal estatal competente (= ahorro de “costes de información” sobre los tribunales competentes).

En segundo lugar, se trata de aplicar, -en defecto de elección de un Derecho estatal por las partes-, la Ley del país más vinculado con la situación (= Ley del país con el que la situación presenta un *vínculo más estrecho*), teniéndose en cuenta las *circunstancias de hecho del caso concreto* (P. LAGARDE, W. WENGLER, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS)⁷⁵.

l'étranger”, *RTDR*, 1991 (II), pp. 165-172; P. GANNAGÉ, “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, 1992, vol.LXXXI, pp. 425-454; D. HENRICH, “Die Rechtswahl im deutschen internationalen Familienrecht”, *Conflict and integration. Comparative Law in the World Today*, Chou University, 1988, pp. 561-575; U. KÖTTERS, *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen. Ein Vergleich des deutschen und US amerikanischen internationalen Familien und Erbrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989; A.E. VON OVERBECK, “L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.619-636; ID., “La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp.1085-1112; ID., “La théorie des règles de conflit facultatives et l'autonomie de la volonté”, *Festschrift für F.Vischer zum 60.Geburstag*, Zurich, 1983, pp. 257-262; R. VAN ROOIJ, “Note: Pays Bas - divorce - conflits de lois Jugements étrangères”, *RCDIP*, 1981, pp. 809-814; I. SCHWANDER, “Subjetivismus in der Anknüpfung im Internationalen Privatrecht”, *Études de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, pp. 181-190; F. SCHWIND, “Die Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der resolution des Institut de droit international von 1991”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1992, pp. 101-108; K. SIEHR, “Die Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht”, *Festschrift für Max Keller zum 65.Geburstag*, Zürich, 1989, pp. 485-510; F. STURM, “Die parteiautonomie im schweizerischen IPR-Gesetz”, *Festschrift für Hans Geiger*, Berna, 1989, pp.673-694; ID., “Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand”, *RCDIP*, vol.LXXXVI, 1987, pp.33-76; ID., “Parteiautonomie als bestimmender Faktor in internationalen Familien und Erbrecht”, *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburstag*, Berlín, 1985, pp. 637-658; ID., “Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht”, *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburstag*, Berlin, Bonn, München, 1985, pp. 637-658; R. VAN DER ELST, “Liberté, respect et protection de la volonté en Droit international privé”, *Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 507-516; N. WATTÉ, “L'autonomie de la volonté dans le conventions de La Haye”, *Revue belge de droit international*, 1991, vol.XXIV, pp. 413-437.

75. P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238; W. WENGLER, “The general principles of Private International Law”, *RCADI*, 1961, vol.104, pp. 279-469; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol.287, pp. 9-426; ID., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

El *principio de proximidad* (= son competentes los tribunales que presentan una cercanía suficiente con el litigio y se aplica la Ley del país con el que la situación presenta los vínculos más estrechos), equivale a *principio de previsibilidad* (= las partes pueden prever, fácilmente, cuál será el tribunal estatal competente y la Ley aplicable a la situación privada internacional).

(c) Cláusulas de flexibilización del sistema.

70. Se trata de introducir en el sistema de DIPr. una serie de *cláusulas* que luchan contra la rigidez de las reglas de DIPr. que pueden llevar a *soluciones imprevisibles* para las partes (= *flexibilizar* las soluciones para que sean más seguras y previsibles). A tal fin se opera en varios frentes, que pueden ser destacados de modo no exhaustivo.

Primero. Se fomenta la *cláusula de excepción* y la *cláusula de escape*. Ambas técnicas permiten, en el sector del Derecho aplicable, no aplicar la Ley designada por la norma de conflicto cuando existe otra Ley que corresponde a un país más vinculado con la situación. De nuevo, estas cláusulas responden a un *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable: se aplica la Ley que las partes esperan ver aplicada a la situación privada internacional.

Segundo. Se crean normas que no contienen *puntos de conexión rígidos* y se da entrada, en ciertas normas de conflicto vigentes en los actuales sistemas de DIPr., a puntos de conexión “flexibles” (= “*Open-Ended Rules*” o “*Approaches*”), como ha subrayado la doctrina (J.G. SAUVEPLANNE, SP. VRELLIS, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, etc.⁷⁶). Son puntos de conexión que exigen, siempre, un “proceso de concreción”, caso por caso, que lleva a cabo el juez o el operador jurídico en general.

Tercero. Se fomentan técnicas similares en el ámbito de la competencia judicial internacional: los tribunales de un Estado no deben conocer cuando se demuestra que dicha competencia comporta una *carga procesal excesiva* para las partes, que pueden litigar ante tribunales de otros países con el que el supuesto está más vinculado o presenta una vinculación suficiente (= técnica anglosajona del *Forum Non Conveniens*). Igualmente, los particulares deben tener acceso a la jurisdicción de un país en casos razonablemente vinculados con dicho país, aunque formalmente no exista un foro de competencia judicial internacional (= técnica continental del *foro de necesidad*).

76. J.G. SAUVEPLANNE, “New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Courts Practice”, RCADI, 1982, vol.175, pp. 9-98, p. 49; SP. VRELLIS, “La justice 'matérielle' dans une codification du droit international privé”, Liber amicorum G.A.L. Droz, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 541-562, pp. 559-561; J.D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, RCADI, 2000, vol.287, pp. 9-426, esp. pp. 279-297.

B) Elaboración de criterios intrínsecamente eficientes de Derecho internacional privado.

71. Sin embargo, no basta con indicar con precisión el *DIPr. aplicable* (= previsibilidad del DIPr. aplicable) y las condiciones en que los tribunales estatales son competentes (= previsibilidad de los tribunales competentes) y los criterios de aplicación de una Ley estatal (= previsibilidad de la Ley aplicable).

72. Se trata ahora de que los particulares puedan utilizar *criterios intrínsecamente eficientes* para individualizar el mejor tribunal competente (= *mejor juzgador*) y el Derecho aplicable más adecuado según su contenido material (= *mejor Derecho*). Descendiendo a lo concreto, cabe concluir que existen distintos *criterios intrínsecamente eficientes* de DIPr.

a) Autonomía de la voluntad de Derecho internacional privado.

73. La autonomía de la voluntad de DIPr. vuelve a aparecer como un criterio ahora intrínsecamente eficiente de DIPr., en los siguientes sentidos:

a) La posibilidad de elegir el *tribunal competente* (= autonomía de la voluntad en el sector de la competencia judicial internacional), es eficiente. En efecto: se elegirá el tribunal *mejor situado*, por la razón que sea, para conocer del caso concreto, el que *menos costes* comporte para las partes implicadas (= *mejor juzgador*).

b) La posibilidad de elegir la *Ley aplicable* (= *autonomía de la voluntad conflictual* en el sector del Derecho aplicable), es un *criterio intrínsecamente eficiente*. En efecto: se elegirá el *ordenamiento material* con un *contenido sustantivo* más adecuado al supuesto según las necesidades de las partes implicadas (= *mejor Derecho*).

Como se observa, la autonomía de la voluntad es un criterio *doblemente eficiente*: lo es desde el prisma de la previsibilidad jurídica (= permite prever el tribunal competente y la Ley aplicable), y desde el prisma intrínseco (= permite individualizar el *mejor juzgador* y el *mejor Derecho*). El éxito de este criterio es resultado de ambos factores. En el clima de la globalización, el auge de la autonomía de la voluntad conflictual es una constante: permite superar la “incerteza jurídica” de situaciones *multi-conectadas* con numerosos países, como ha subrayado H.L. BUXBAUM⁷⁷.

77. H.L. BUXBAUM, “Regulatory policy in transnational litigation: the influence of judicial globalization”, *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, München, 2004, pp. 87-104.

b) Litigación ante los tribunales propios y aplicación del Derecho propio.

74. La posibilidad, para los protagonistas de la globalización (= sujetos con vida internacional muy activa), de litigar ante los tribunales de su país (= *Forum Actoris* bajo distintas formas), es un *criterio eficiente de DIPr.* en el campo de la competencia judicial internacional. Así es, pues ello ahorra los costes judiciales que se generan si hay que litigar constantemente en países extranjeros.

Los sujetos que no son protagonistas de la globalización deben soportar el coste de litigar ante tribunales extranjeros. Imputar este coste a estos sujetos es más eficiente que imputarlo a los protagonistas de la globalización. En efecto: cargar con este coste a los protagonistas de la globalización supondría que éstos deberían litigar constantemente en el extranjero. Ello *penalizaría* sus actividades (= el coste para ellos sería tan alto que no entablarían relaciones jurídicas internacionales), con lo que la globalización no desplegaría sus efectos positivos. El problema se presenta cuando los sujetos que intervienen en una concreta relación jurídica son todos ellos protagonistas de globalización (= exportadores, importadores profesionales, emigrantes, etc.).

75. Paralelamente, la posibilidad, para los protagonistas de la globalización (= sujetos con vida internacional muy activa), de ver aplicado *su propio Derecho* es un criterio eficiente. En efecto, ello disminuye el “coste de información” sobre *Derechos extranjeros*. Es *principio de la Ley propia* (= diversas actividades desarrolladas en diferentes partes del mundo se rigen por el *Derecho propio* de los protagonistas de la globalización). El coste de la aplicación de una Ley extranjera lo debe soportar el sujeto que sólo aislada o esporádicamente se ve implicado en situaciones privadas internacionales. Imputar el coste de la aplicación de Leyes extranjeras a los protagonistas de la globalización es *ineficiente*: tales sujetos no entablarían relaciones jurídicas internacionales (= el coste total para ellos sería excesivo) y los efectos positivos de la globalización se esfumarían en la nada. El problema se presenta, de nuevo, cuando los sujetos que intervienen en una concreta relación jurídica son protagonistas de globalización (= exportadores, importadores profesionales, emigrantes, etc.), debiendo buscarse criterios alternativos.

c) Principio de la unidad de Ley aplicable.

76. Otro criterio intrínsecamente eficiente de DIPr. es el principio de la *unidad de la Ley aplicable*. Las actividades desarrolladas en el contexto de la globalización aparecen conectadas con muchos países (= *World-Wide Effect*). Ahora bien: si tales actividades se someten a una *pluralidad de Leyes nacionales*, aumentan los costes jurídicos (= hay que informarse sobre el contenido de los diversos Derechos nacionales aplicables). Por ello, son *eficientes* todas las reglas de DIPr. que conducen a regular los supuestos propios de la globalización por *una sola Ley* (= *principio de la Ley única* o *principio de unidad de la Ley aplicable*), como la

elección de la Ley aplicable o el criterio de la aplicación del Derecho del país donde el supuesto despliega sus efectos principales (= *criterio de los efectos*, gestado en el *DIPr. antitrust*). Y son ineficientes las reglas tradicionales de DIPr. que conducen a aplicar varias Leyes estatales a un mismo supuesto (= *síndrome de la multiplicación de las Leyes aplicables*), como la regla *Lex Loci Delicti Commissi* en relación con ilícitos que se verifican en varios Estados.

d) Estructuras de cooperación internacional de autoridades.

77. Cuando las situaciones privadas internacionales se presentan con mucha frecuencia, disponer de estructuras de cooperación internacional de autoridades es “eficiente”. Reduce el coste global de los supuestos internacionales (A. BUCHER)⁷⁸. Por ejemplo, si las reclamaciones internacionales de alimentos son muy frecuentes, contar con autoridades públicas de distintos países que colaboran entre sí para el buen fin de la reclamación reduce el coste para los particulares, porque tal intervención asegura prácticamente al cien por cien el éxito de tales reclamaciones. A tal efecto, la colaboración entre autoridades de diferentes países *standariza* los procedimientos y agiliza las reclamaciones. Ello es apreciable en el sector de los alimentos, *Legal Kidnapping*, notificaciones internacionales, prueba procesal en el extranjero, adopciones internacionales, etc. El estudio actual del vigente DIPr. relativo a sectores como la adopción internacional, los alimentos, el *legal kidnapping*, o la protección de menores no puede prescindir en ningún caso del análisis de las estructuras de “cooperación internacional de autoridades (= “CIA”), como ha puesto de relieve el muy solvente estudio de S. GARCÍA CANO⁷⁹.

e) Reducción de cargas exigidas a las decisiones extranjeras.

78. Cuando se pretende que una resolución pública extranjera surta efectos en otro país, deben utilizarse *criterios eficientes*. Son criterios eficientes los que reducen, cuando sea posible, las exigencias requeridas por el DIPr. para que la *resolución extranjera* despliegue “efectos” en el país de que se trate, eliminando requisitos tales como el control de la Ley aplicada, el control de la competencia del juez de origen, la necesidad de traducción de la resolución, etc. Un *sistema aligerado* de requisitos de validez extraterritorial de decisiones es eficiente (= facilita la importación y exportación de resoluciones), pues reduce costes para los particulares. En esta perspectiva, se da entrada a una *tutela judicial efectiva* “en

78. A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, RCADI, 2000, vol.283, pp. 9-186, esp. pp. 139-176.

79. S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional de autoridades*, Colex, Madrid, 2003.

sentido exterior” (= es preciso que, al regular los *efectos de las decisiones extranjeras en España*, se ofrezca un sistema de soluciones que comporte un alto grado de “efectividad internacional”). Si la “solución extranjera” a una situación privada internacional no tiene *altas posibilidades* de ser efectiva en España (= “difícil importación” de la decisión extranjera con destino a España), la tutela judicial ofrecida se convierte en un “espejismo legal” (= *falsa tutela judicial efectiva*). En otras palabras, el DIPr. español debe ser “generoso con la *Justicia extranjera*” (= aceptando, en el mayor grado posible, las soluciones jurídicas alcanzadas por las autoridades públicas de otros países). Se trata de operar como hace *The Full Faith And Credit Clause* en USA: la misma Constitución norteamericana exige aceptar los efectos de las decisiones de los demás *States* (P.E. HERZOG⁸⁰). En la perspectiva futura de una posible *Constitución de la UE* (= o “Constitución Europea” como impropiamente es denominada en ciertos sectores), se puede afirmar que un *valor fuerte* inyectado por el Derecho Comunitario es el de “libre circulación de decisiones judiciales en materias de Derecho privado”, alguna vez citado expresamente por el TJCE en su jurisprudencia relativa al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 (CH. KOHLER⁸¹).

(Fecha de cierre: noviembre 2004)

80. P.E. HERZOG, “Constitutional Limits on Choice of Law”, *RCADI*, 1992, vol.234, pp. 239-330, esp. pp. 273-285.

81. CH. KOHLER, “Einheit, Vielheit und Relativität im Kollisionsrecht der EG-Mitgliedstaaten”, *IPRax*, 1992, pp. 277-284.