

GLOBALIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN JURÍDICA, *GLOBAL LAW* Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

GLOBALIZATION, LEGAL GLOBALIZATION, *GLOBAL LAW* AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ
Profesora Doctora
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

Recibido: 21.12.2016 / Aceptado: 10.01.2017
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3619>

Resumen: Globalización, Globalización jurídica y *Global Law* son conceptos y fenómenos frecuentes en el discurso jurídico actual. La diversidad y multiplicidad de las definiciones proporcionadas por la doctrina han provocado una confusión conceptual que dificulta precisar los términos del discurso, especialmente entre la teoría del *Global Law* y la de la Globalización jurídica. En este trabajo se tratan las dificultades existentes en torno a la creación de un *Global Law*, especialmente cuando se afirma el desgaste de relevancia del Derecho internacional público en razón de la pérdida del poder del Estado en favor de unos entes supuestamente creadores de un Derecho al margen de aquél. Además, la inevitable conexión entre Derecho y cultura e incluso la creación de esta idea desde el mundo jurídico occidental nos llevan a la conclusión de la inexistencia de un Derecho global. Se trata asimismo, finalmente, la cuestión de la Globalización jurídica en la Unión Europea y en especial respecto a su Derecho internacional privado.

Palabras clave: cultura y derecho, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Unión Europea, *Global Law*, globalización jurídica.

Abstract: Globalization, legal globalization and Global Law are frequent concepts and phenomena in the current legal discourse. The diversity and the multiplicity of the definitions provided by the scholars have led to a conceptual confusion which arises from the difficulty of specifying the terms of the discourse, especially between the theory of the Global Law and legal globalization. In this work, we study the difficulties surrounding the creation of a Global Law, especially when they argue a down-turn of the public international law based on the loss of the power of the State in favour of a few supposed entities making Law on the fringes of the states. In addition, the inevitable connection between law and culture and even the creation of this idea from the Western legal world lead us to the conclusion of the absence of a Global Law. Finally, we analyze the question of the legal globalization in the European Union and in particular with respect to its private international law.

Keywords: culture and law, Private International Law, European Union Law, Global Law, legal globalization.

Sumario: I. Introducción: la Globalización, la Globalización jurídica y el Global Law: intentando precisar conceptos. II. La relación entre el Derecho y la cultura en la Globalización jurídica. III. El Derecho internacional privado y la Globalización jurídica. IV. Globalización jurídica: el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional privado. V. Reflexión final.

I. Introducción: la Globalización, la Globalización jurídica y el Global Law: intentando precisar conceptos

1. Globalización, Globalización jurídica y *Global Law*, son términos frecuentes en el actual discurso jurídico. A menudo se escucha que la Globalización -de la cual existen tantos conceptos como autores y puntos de vista- ha alcanzado inevitablemente al Derecho provocando su Globalización -sin precisar su grado- y así referirse a un *Global Law*, respecto del cual podríamos decir que existen diferentes posturas: las que afirman sin más su existencia, la de quienes lo entienden como fenómeno y la de los que la niegan, a los cuales sumaremos los que lo conciben como una utopía y los que mantienen que se trata de un inexistente creado por la civilización occidental.

2. Tratar en este trabajo las cuestiones a las que el título hace referencia, Globalización, Globalización jurídica y *Global Law*, requiere precisar a qué nos estamos refiriendo tratando de acotar o definir conceptos y realidades, o fenómenos (o, incluso, utopías¹) y sin pretensión de aportar más confusión conceptual, al menos posicionarnos con alguno de los ya existentes, pues son tantas y tan variadas las definiciones de Globalización que el término deviene equívoco en el discurso general y un tanto parcial a veces. Y es que “definiciones del fenómeno hay tantas como autores se han ocupado del tema”².

3. AL-RODHAN, y STOUDEMANN³ quienes definen la Globalización⁴ como “a process that encompasses the causes, course, and consequences of transnational and transcultural integration of human and non-human activities”, señalan que dada la complejidad del concepto, proyectos de investigación, artículos y discusiones a menudo quedan circunscritas a uno sólo de los aspectos de la misma. Los autores proporcionan en su estudio sobre definiciones de Globalización, ciento catorce diferentes conceptos, de los que sesenta y siete hacen referencia a la dimensión económica, bien a través de la expansión del mercado o la venta de bienes y servicios y otras incluyen aspectos políticos y sociales, lo que para los autores denota que las raíces del concepto se relacionan mejor con el aspecto económico.

4. Incluso por lo que se refiere a su emergencia, ¿cuándo emerge el fenómeno de la Globalización? Igualmente, encontramos varias opiniones divergentes en la doctrina, existiendo quienes, refiriéndose al Derecho, apuntan a aquél como algo anterior, relacionando su extensión con la conquista y la imposición por parte de los imperios español, británico, francés, holandés o portugués que significaron una expansión que ya el mismo Derecho romano había logrado antes. La *lex mercatoria*, ejemplo típico de Derecho globalizado es otro antiguo ejemplo en el tiempo.

5. Realmente la Globalización es un “mundo de cosas” con diferentes velocidades, ejes, puntos de origen y término y variadas relaciones en las diferentes estructuras institucionales de las distintas regiones, naciones o sociedades⁵. Es un fenómeno que afecta de forma distinta a los diferentes ámbitos de la sociedad percibiéndose tanto de forma negativa como positiva, y recibiendo un diferente grado de intensidad en occidente o en oriente. Y antes de adherirnos a alguno de los conceptos ya ofrecidos por

¹ Utilizando la expresión de P. LE GOFF, “No matter how <<global law romantic>> one may wish to be”, en “Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, Issue 1, Article 7, 2007, p. 128.

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 22, 2004, para 2.

³ N.R.F. AL-RODHAN/G. STOUDEMANN, en “Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition”. *Program on the Geopolitical Implications of Globalization and Transnational Security. Geneva center for Security Policy, GCSP*, 2006, disponible en <http://www.wh.agh.edu.pl/other/materialy/678_2015_04_21_22_04_13_Definitions%20of%20Globalization_A%20Comprehensive%20Overview%20and%20a%20Proposed%20Definition.pdf> Último acceso 8 de abril 2016.

⁴ El término “Globalización” parece haber sido atribuido a THEODORE LEVITT, sin embargo hay algún estudio sobre la “genealogía de la globalización” que corrige la acuñación del término: así, P. JAMES & M.B. STEGER, “Globalization’: The Career of a Concept”, pp. 417-434, revista *online Globalizations*, Volume 11, Issue 4, 2014, disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/14747731.2014.951186>> Último acceso, 17 de junio 2016.

⁵ Dicen AL-RODHAN/STOUDMAN: “Globalization is a ‘world of things’ that have ‘different speeds, axes, points of origin and termination, and varied relationships to institutional structures in different regions, nations, or societies.” *op cit.* p. 7.

la doctrina, indicaremos que la dificultad de señalar cuándo emerge este fenómeno deriva de la posición conceptual que se adopte. A efectos de este trabajo, nos adheriremos al concepto de Globalización ofrecido por McGrew's como "an historical process which engenders a significant shift in the spatial reach of networks and systems of social relations to transcontinental or interregional patterns of human organization, activity and the exercise of power"⁶ ya que nos parece un concepto suficientemente amplio para permitirnos señalar desde cuándo, en nuestra opinión, podemos hablar propiamente de este fenómeno, y después de la afectación al área particular del Derecho pues hemos comenzado con la idea de que el *Global Law* emerge desde la Globalización jurídica.

6. Sin la emergencia y popularización de internet y la liberalización de las comunicaciones tanto virtuales como no virtuales, difícilmente podríamos hablar de Globalización. Nos parecen así elementos esenciales de ésta. En consecuencia, y dado que ambos "florecen" en la década de los ochenta y noventa⁷, situamos aquí el punto de arranque del fenómeno que, en su afectación al Derecho, ha provocado el moderno discurso sobre la Globalización jurídica, la cual en definitiva no sería sino la afectación de aquélla al Derecho, a los diferentes ordenamientos jurídicos que pudieran verse alterados o modificados en aras de una mejor adaptación a tal intercomunicación. Más adelante haremos referencia al grado de afectación del Derecho y siempre bajo nuestro parecer señalar los límites que aquél fenómeno de la Globalización pueda tener en nuestra área de conocimiento.

7. Pero tratar de definir el denominado *Global Law* se nos antoja si cabe más complejo ya que aparte del debate mencionado acerca de su existencia o inexistencia, se emplean a veces conceptos como equivalentes otras nociones distintas, como mundialización, internacionalización, o integración, lo que provoca una confusión aún mayor y no está claro si la teoría y la práctica en este campo coinciden en su conceptualización.

8. Ciertamente, tanto en el mundo académico como en el del ejercicio de la abogacía, hallamos departamentos "especializados" en *Global Law*⁸. Prestigiosas instituciones como la *Harvard Law School* cuenta con un *Institute for Global Law and Policy* (IGLP)⁹, o la *Cambridge Press*, con una serie dedicada especialmente a las publicaciones que cubren la materia¹⁰ o colecciones jurídicas como *The Global Law Collection* de la prestigiosa Thompson-Aranzadi o la *Oxford University Press* que además dispone de un blog¹¹ en el que igualmente la cuestión es tratada, o programas específicos de estudios bajo el título *Global Law* en la universidad de Tilburg, o el *Perelman Centre* de Bruselas y un largo etcétera. En definitiva, un muy amplio debate y doctrina existe en torno a la cuestión general de la Globalización, de la jurídica, y en esta especial del *Global Law*.

9. Un examen detallado del contenido de los departamentos *Global Law* de las firmas de abogados nos reafirma en la confusión a que hacíamos referencia: los prácticos denominan al experto en *Global Law* a aquél que se ha especializado en Derecho internacional o comparado a fin de ofrecer la mejor solución posible a sus clientes, compañías o sociedades principalmente que operan en diversas partes del globo. Cuando menos, esta constatación de la imprecisión en el terreno práctico de lo que signifique el

⁶ A. G. MCGREW, "Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization", en V. GESSNER/A. C. BUDAK (EDS.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law* (Ashgate: Dartmouth Publishing Company, 1998), p. 327, recogido en AL-ROHDAN, N.R.F. "Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition, *Program on the Geopolitical Implications of Globalization and Transnational Security*. Geneva Center for Security Policy, 2006, p. 20.

⁷ En el estudio de AL-ROHDAN, sobre las definiciones de globalización y en la tabla presentada como resultado de su trabajo, en el orden cronológico apunta como primera, la efectuada en 1974 por I. WALLERSTEIN, *The Modern World System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century* (New York: Academic Press, 1974), citado en R. J. HOLTON, *Globalization and the Nation-State*, Macmillan Press, London, 1998, p. 11.

⁸ Vid. <https://www.google.nl/search?q=global+law+departments&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=9cYGV_HzI-8PDPNGLm6gF>. Último acceso 2 de mayo 2016.

⁹ Vid. <http://hls.harvard.edu/content/uploads/2015/10/7_a_IGLP_2014-2015_web.pdf>. Último acceso 2 mayo 2016.

¹⁰ Vid. <<http://www.cambridge.org/es/academic/subjects/law/comparative-law/series/global-law-series>>.

¹¹ Vid. <<http://blog.oup.com/category/law-legal/>>, Último acceso 2 de mayo 2016.

Global Law, nos conduce a mantener la seria duda de su existencia como tal “Derecho global” a la vez que constatamos la siempre referencia como *link*, a la Globalización.

10. La teoría (o las teorías) sobre el *Global Law* se suelen sustentar en la posible existencia de unas reglas comunes para la sociedad internacional, en cuya conformación intervienen actores globales diferentes de los Estados. El principal problema con el que nos encontramos a menudo, es la falta de mención por parte de la doctrina de pruebas o indicios sólidos acerca de quiénes lo sean, y cuando lo han sido, no nos parecen que sirvan a efectos de aquélla.

11. Apuntábamos arriba que respecto a este fenómeno del *Global Law* hay quienes de una u otra forma más o menos intensa admiten su existencia aunque fuere en un estadio elemental de conformación, así FRYDMAN, o LE GOFF; quienes lo niegan (RIBSTEIN, con quien nos posicionamos), quienes más que sustentar que exista o no, construyen una teoría en favor de la conveniencia de su existencia (DOMINGO OSLÉ) y quienes finalmente parecen hacer confluír Derecho global con Derecho internacional (ZICCARDI).

12. Mantiene RIBSTEIN que el concepto de *Global Law* carece de la precisión y formalidad que uno espera normalmente de un sistema legal clásico, pues queda por precisar cómo se accede a las reglas que lo conforman, dónde están, quién lo determina, cuál es la base jurídica que le convierta en conjunto de reglas internacionales obligatorias o dónde están los tribunales que en su caso hayan de sancionar su incumplimiento¹².

13. ZICCARDI, tras definir los rasgos actuales de la sociedad o comunidad internacional, e incidir en la redefinición de la soberanía del Estado dados los acontecimientos en el campo de los derechos humanos o medioambientales o del comercio internacional, afirma que la Globalización está alterando también al Derecho, a los procesos de toma de decisiones, la interrelación entre sistemas normativos y subnormativos, con una variedad de centros de poder y órganos de decisión que conducen al desarrollo de regímenes normativos supranacionales y subsistemas, una expansión de órdenes regulatorios globales, especialmente en las áreas económica y social¹³. Y junto a los Estados, la emergencia de fuerzas que emanan de una multiplicidad de actores que toman parte en la gobernanza global y que hacen más complejo el marco legal actual.

14. Esta idea es la que se muestra dominante en el escenario de ideas actual, pero precisa de un detallado examen que nos lleva a concluir personalmente que el Estado sigue ahí, detrás y vigilante de tales acontecimientos, de una forma que puede diferir en cuanto a su más o menos visibilidad, sin perder realmente fuerza en cuanto al Derecho se refiere. A la cuestión relativa al Estado, a las organizaciones internacionales como nuevos actores junto con otros, sociedades multinacionales, etc, haremos referencia más adelante.

15. Utilizando una aproximación descriptiva, más que propiamente un concepto, la autora concluye que la imagen de una tela de araña comunal es lo que mejor representa el sistema legal de la compleja sociedad mutipolar. El *Global Law* es lo suficientemente elástico para integrar elementos heterogéneos de los variados y diferentes órdenes legales en un único marco¹⁴.

¹² El autor comienza señalando “As Professor Ribstein understandably pointed out during the Indiana University School of Law symposium, Globalization of the Legal Profession, the concept of global law is rather lacking the precision and formality one would normally expect from a classical legal system, Where does one access the information on the rules and regulations forming the global law? Who determines the contents of global law? Where are the courts sanctioning violations of global law? On what fundamental basis is global law supposed to represent a binding set of international rules? What makes global law an independent legal system?”, en P. LE GOFF, *op. cit.* p. 120.

¹³ *Vid.* G ZICCARDI, “What is Global Law?”, post de fecha 10 de agosto de 2015 en <<http://blog.oup.com/2015/08/what-is-global-law-jurisprudence/>>, Último acceso 2 de mayo 2016.

¹⁴ Literalmente expresa: “The image of a communal spider web best represents the legal system of a complex multi-polar society. Global law is elastic enough to integrate the heterogeneous elements of the various and different legal orders into a unitary framework. ... I like to represent the global legal system as a web made up of filaments (whose properties are resistance, flexibility, and elasticity), arranged in concentric circles linked by threads, evoking the symbolism of weaving”.

16. ¿Deseo o realidad? Tomado tal pensamiento en su conjunto, nos parece incluso que al final se estaría hablando de un nuevo Derecho internacional que habría aceptado nuevos actores como sujetos que, por otra parte y desde hace bastantes décadas, ya habían sido evocados por la doctrina iusinternacionalista como “sujetos de Derecho internacional de naturaleza controvertida” o ya “no controvertida” –como el caso de la Organización de Naciones Unidas, desde el Dictamen de 1949, del Tribunal Internacional de Justicia–.¹⁵ Ciertamente no todas las organizaciones internacionales están reconocidas como sujetos de la disciplina pero el Derecho internacional acepta cuando menos su participación activa en el escenario: existen hoy en el seno de la Organización de las Naciones Unidas unas mil seiscientas ONG’s^{16y17}.

17. Frydman¹⁸ en su trabajo sobre una aproximación práctica al *Global Law* parece negar en un primer estadio su existencia, y no sólo se pregunta si existe tal *Global Law*, respondiendo *nothing is less certain* o de si no deberíamos hablar de efectos de la Globalización sobre el Derecho en vez de invocar la existencia de aquél. Afirma además los efectos “destructivos” que la Globalización tiene en las estructuras legales existentes.

18. Sin embargo, más adelante y dejando aparte la teoría moderna del Derecho, del sistema de fuentes, y utilizando un método empírico revela una de las consecuencias del fenómeno Globalización: la del desorden que prevalece a nivel mundial en el campo del Derecho en el que han aparecido los UNO’s (*Unidentified Normative Objects*) de incierto carácter legal pero que producen, o intentan producir efectos regulatorios. Ello, analizando casos habidos en campos especialmente afectados por la Globalización, como el asunto *Yahoo* (internet), *Nike* (Responsabilidad Social Corporativa), *Unocal-Total* (Derechos Humanos) o estándares establecidos en campos, por ejemplo, de las normas ISO, con lo que finalmente el autor viene a afirmar que estos prolegómenos son alentadores en cuanto a la conformación de *Unglobal Law* que se puede empezar a discernir la posibilidad aún vaga de una teoría elemental del Derecho global que no descansará sobre un inventario exhaustivo de fuentes, ni en la construcción de un sistema coherente y completo de normas.

19. Pero en este sentido nos preguntamos si lo acontecido en los casos *Yahoo* o Internet o incluso *Unolocal-Total*, no obedece simplemente a un cambio de posición de actuación por la presión ejercida por el consumidor o por grupos, presión que por mucho que empuje a crear un modelo distinto de actuar está lejos de poderse considerar acto con fuerza normativa. Incluso considerando –en contra de nuestro criterio– que pudieran ser considerados como *soft law*, no existe como observamos en otros ejemplos de “Derecho blando”, que haya ni de lejos un ánimo de ser considerados ley. Simplemente es un cambio de estrategia para no quedar seriamente perjudicados en el mercado. La presión es presión pero no es poder normativo como tal.

20. De una forma similar, manteniendo la esperanza de que en un futuro pudiera existir¹⁹, LE GOFF sostiene que parece prematuro y “probably arrogant” decir que el Derecho global ha alcanzado el estatus de un sistema legal formal y estructurado, y entiende más prudente hablar de “legal phenomenon”²⁰ en

¹⁵ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion*, ICJ Reports 1949. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>, Último acceso 2 de mayo 2016.

¹⁶ *Vid.* <<http://www.un.org/es/civilsociety/dpingo/index.shtml>>. Además, *vid.* Resolución de la AGNU, de 27 mayo de 1968 en <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/RES/1297%28XLIV%29>>, Último acceso 2 de mayo 2016.

¹⁷ *Vid.* L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional Público”, y X. PONS RAFELS, “Las Organizaciones no Gubernamentales y el Derecho Internacional: planteamiento de tendencias y problemas actuales”, en V. ABELLÁN HONRUBIA/J. BONET PÉREZ (DIRS.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 21-66.

¹⁸ B. FRYDMAN, “A Pragmatic Approach to Global Law”, en H. MUIR WATT/D. FERNÁNDEZ ARROYO, (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.

¹⁹ “This does not mean, however, that we will not be there at some point in time”.

²⁰ Como definición de global law el autor sostiene que se trata de un “multicultural, multinational, and multidisciplinary legal phenomenon finding its roots in international and comparative law and emerging through the international legal practice that was prompted by the globalization of the world economy”.

vez de “legal system”; la noción del *Global Law* se encuentra en sus comienzos (en su infancia, indica literalmente) por lo que termina concluyendo que estamos lejos de hablar de un campo legal codificado y oficialmente reconocido. Invoca, además, que la historia de la “lex mercatoria pone de manifiesto que este concepto sufrió similares críticas en un principio pero hoy ha alcanzado estatus de sistema cuasi legal superando la mayoría de las deficiencias que originalmente se señalaban para demostrar su inexistencia”²¹.

21. Efectivamente el fenómeno de la *lex mercatoria* que encuentra su origen antes de la aparición del Estado y que se basa en los usos existentes entre los comerciantes ha servido como ejemplo de reglas globales privadas que han servido para regular el comercio internacional, y que fueron creadas por actores particulares, comerciantes, pero tras el nacimiento de aquel, el Estado, con su papel cada vez más activo en las relaciones comerciales mundiales, ha relegado en buena parte la autonomía de sus protagonistas y en definitiva lo que en su momento significó la *lex mercatoria*, que en cualquier caso lega al Derecho del comercio internacional normas y sistemas de arreglo de controversias en especial el arbitraje que siguen en la actualidad activos, en palabras de F. MORENO, “con la excusa de perseguir ordenamientos perfectos y para la felicidad de los súbditos, el Estado se arrogó el monopolio de la creación del Derecho”²². Así, las reglas nacidas con la *lex mercatoria* persisten como sobrevive el arbitraje y han sido fuentes y espejo en la creación del Derecho del comercio internacional, pero ya no con ese carácter autónomo sino, añadimos, bajo la “sombra alargada del Estado”²³.

22. LE GOFF afirma que el *Global Law*, como fenómeno global, está hecho por y para actores globales como resultado de acciones y esfuerzos desplegados y llevados a cabo por multitud de instituciones e individuos que impactan, directa o indirectamente en la escena internacional²⁴. Desde lo que no es el Derecho Global (ni comparado ni internacional –público o privado, ni económico internacional ni *lex mercatoria*–), lo define finalmente como un fenómeno (que no constituye un sistema legal y estructurado de normas) multicultural, multinacional y multidisciplinario y evoca que ya el Tribunal para la antigua Yugoslavia expandió las fronteras del Derecho humanitario y del Derecho internacional criminal, el primero que creó un sistema independiente de Derecho y que además ha creado una base judicial y jurisprudencial de datos.

23. Pero ni éste ejemplo, ni los mencionados de las Organizaciones Internacionales (Naciones Unidas, Unión Europea, Cámara Internacional de Comercio, Asociaciones Internacionales de Comercio, centros de arbitraje internacionales) y de las firmas de abogados o los departamentos universitarios, nos parecen que sirvan a lo que hemos intentado buscar en la doctrina como indicios –cuando menos– de la existencia del *Global Law*, de la germinación al menos de sus primeros visos.

24. Las razones son principalmente que detrás de las Organizaciones Internacionales y añadamos otras mencionadas por otros autores, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM), G8, G20 etc., llegamos a la conclusión de que detrás de todas estas instituciones, son los Estados, los intereses de los Estados los que mueven sus acciones aunque sus actuaciones se inspiren en los intereses de sus grandes multinacionales²⁵ y así, de que la pérdida de fuerza del Estado es más aparente

²¹ Traducción propia. Originalmente dice: “that while this concept underwent similar criticisms when it was first discovered a few decades ago, today it has reached the status of a quasi-legal system and has overcome most of the deficiencies that were originally pointed out to prove its lack of existence”.

²² F. MORENO, *Lex mercatoria, Derecho de la globalización sin Estado*, en <<http://www.liberalismo.org/articulo/423/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/>>, Último acceso 8 de junio de 2016.

²³ Tomamos esta expresión inspirados en la magnífica obra *La sombra del ciprés es alargada* del escritor vallisoletano MIGUEL DELIBES.

²⁴ LE GOFF, *op. cit.* p. 130.

²⁵ Señala J. CARRASCOSA que “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”. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 22, 2004, para. 9.

que real. No existe una sola organización internacional en la que los Estados hayan cedido en su favor su soberanía. No se cede la soberanía sino el ejercicio de competencias derivadas de tales, y el ejemplo de la Unión Europea es más que ilustrativo. Cuando se habla de las multinacionales y su influencia parece dejarse de lado que se trata de empresas nacionales (una sola nacionalidad) que opera en un amplio campo de la sociedad internacional, -transnacionales en el término usado en el discurso actual- pero que ni tiene poder normativo por sí ni pierde la sujeción al ordenamiento de los Estados.

25. Señala SHAW, apoyado en LAUTERPACHT o VERZIIL, el caso del Sahara occidental del Tribunal de La Haya²⁶ y del documento *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Memorandum of the Secretary-General, 1949*²⁷ que, apesar de la Globalización y todo lo que ella pueda implicar, los Estados conservan su atracción como el foco principal de la actividad social de la humanidad y, por lo tanto, el Derecho internacional.

26. Añadamos ahora que por el dinamismo y evolución del Derecho internacional, éste ha abierto las puertas a la aparición de nuevos sujetos. La Santa Sede (particularmente en el periodo 1871-1929), los insurgentes y los beligerantes, organizaciones internacionales, compañías privilegiadas y varias otras entidades, como la Sociedad de Naciones, fueron en un momento u otros tratados como entes con capacidad de convertirse en sujetos internacionales²⁸ y ya hemos comentado que el Derecho internacional, apoyándonos ahora en SHAW o DIEZ DE VELASCO, no se niega a la aceptación de otros sujetos.

27. Ciertamente, cada vez es más frecuente la participación de organizaciones internacionales²⁹ ONG o incluso los *lobbies* y las sociedades civiles (democratización) en la vida y actividad internacional, pero como decíamos anteriormente una cosa es la presión ejercida por tales grupos o las reglas que entre sí adopten en sus relaciones y otra bien distinta es elevar a las mismas a la categoría de Derecho en la que el Estado ya ha perdido su relevancia. Los ejemplos antes mencionados de Frydman o Le Goff no nos llevan sino a la conclusión de que o bien está detrás el Derecho internacional o bien se trata de conformación de un *soft law* difícilmente alegables ante los tribunales como fundamentos de Derecho, y el Derecho global o nacional o internacional (incluso los laudos arbitrales) necesitan más pronto o más tarde de una instancia judicial que les provea de la fuerza que el Derecho necesita. Pero hablar de Global Law requiere ir más allá del mero aspecto económico:

28. Dentro de la doctrina española, queremos destacar la gran obra de DOMINGO³⁰ (con el que discordamos en gran parte) que afirma que el Derecho de Gentes, el Derecho Internacional y el Global –aunque incipiente– forman parte de una misma familia que comparten principios comunes³¹, pero que asistimos a una agonía del Derecho internacional y del Estado³², afirmando que aquél es principalmente un Derecho entre Estados en que la persona ocupa lugar secundario³³, cuestión que podemos poner en

²⁶ *Western Sahara case*, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 39; 59 ILR, pp. 30, 56.

²⁷ International Law Commission, *Memorandum of the Secretary-General, 1949*, A/CN.4/1/Rev.1, p. 24.

²⁸ M. SHAW, *International Law*, 6ª ed. Cambridge University Press. 2008, p. 197; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 14ª ed. 2004, ed. Tecnos, Madrid, p. 241.

²⁹ Las Organizaciones intergubernamentales que han recibido una invitación permanente para participar en calidad de observadoras en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General y que mantienen oficinas permanentes de observación en la Sede de las Naciones Unidas, son las que se encuentran en la siguiente página web: <<http://www.un.org/es/members/intergovorg.shtml>>. Último acceso 2 de mayo 2016. Sobre la UE, ver la Resolución 65/276, aprobada el 3 de mayo de 2011, disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/276&Lang=S>. Además con fecha 3 de abril de 2007, las Comunidades Europeas se convirtieron en el miembro 66 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (HCCH). Como señala Schulz, “This event marks the beginning of a new third phase in the 114-year-long history of the HCCH and a new era in the cooperation between the two organizations”. Vid. A. SCHULZ, “Current Developments II. The Accession of The European Community to The Hague Conference On Private International Law”. *International and Comparative Law Quarterly* 939-949.

³⁰ R. DOMINGO OSLE, *¿Qué es el Derecho Global?*, 2 ed. The Global Law Collection. Thompson Aranzadi, 2008.

³¹ R. DOMINGO OSLE, *Cfr.* p. 21.

³² *Cfr.* p. 111.

³³ *Cfr.* p. 109.

juicio toda vez que uno de los grandes logros –precisamente del Derecho internacional– son los textos de derechos humanos o el cuerpo que conforma el Derecho humanitario en los que las personas aunque no sujetos, son objeto principal. Afirma que si bien se reconoce a las Organizaciones Internacionales cierta capacidad jurídica es, en todo caso limitada y no se les concede la denominación estricta de sujetos de Derecho internacional³⁴, cuestión en la que discrepamos –ya lo hemos dejado señalado– o respecto a la que habría que puntualizar mucho más. “La Globalización instaaura un mundo sin fronteras”, alega, que no acepta el dogma de la territorialidad³⁵, ni de la soberanía de los Estados. El Derecho Internacional es a soberanía lo que Derecho Global es a dignidad³⁶ y el actual Derecho Internacional, que se “ha olvidado que la tierra es de todos”³⁷, ha sido incapaz de resolver los problemas y debe dejar paso al Derecho global que gira en torno a la persona: volvemos, así, al mismo argumento acerca del gran logro del Derecho Internacional en cuanto al Derecho humanitario y los cuerpos de derechos humanos, y si (aún) la persona no puede ser considerado como sujeto, desde luego si es objeto del mismo, repetimos.

29. Que el tránsito a realizar desde el Derecho internacional al Derecho global sea mediante tratados internacionales en los que los Estados renuncien expresamente a su soberanía en beneficio de entidades no estatales es algo a todas luces impensable. Quizás lo que más nos llame la atención en su obra es el diseño realizado, desde la disolución y cesión de sus derechos a una nueva organización mundial que nace del deseo del humano en reorganizarse en una comunidad global³⁸ y sin un cuartel general en los EEUU, aunque más adelante suavice su posición hacia transformación de las Naciones Unidas, en una *Humanidad Unida*, con un Parlamento Global diseñado en base a un voto por Estado más otro por cada 20 millones de habitantes con un límite máximo de 25 escaños, límite necesario para compensar el hecho de que sumada la población china a la india suman 2.300 millones por lo que quedaría descompensado, lo que sorprende ya que si hablamos de comunidad global, de un Derecho global, no cabría realizar este tipo de distinciones puesto que el propio concepto de persona, independiente de su nacionalidad, quedaría dañado. Y ello, con un Tribunal Global³⁹.

30. No podemos adherirnos a la idea de que el comercio internacional y la Globalización han hecho “saltar por los aires” las estructuras jurisdiccionales de los Estados que al romperse necesita (el *Global Law*) del arbitraje como herramienta insustituible en el proceso de juridificación de la Globalización así como de otros medios de resolución alternativa de disputas⁴⁰. Ciertamente el arbitraje como medio alternativo es mucho más antiguo que la Globalización actual pero si bien se muestra eficaz en cierto sector, como el del comercio, no ha conseguido desplazar ni romper el tradicional esquema judicial, siendo su ámbito de aplicación material demasiado restringido como para erigirse en ejemplo en el Derecho global. Y la Convención de Nueva York 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras “pistoletazo de salida de una carrera que no ha hecho más que empezar”⁴¹ no ha sido sino el fruto de voluntades acordadas por los Estados. La Convención está abierta a la adhesión de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas, y de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículos VIII y IX) y es fruto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

31. A pesar de la discordancia que mantenemos con el autor, encontramos que se trata de quien quizás más haya profundizado en la cuestión del Derecho Global y haya concretado así lo que

³⁴ Cfr: p. 110. Al respecto debe considerarse que por la propia dinamicidad del derecho internacional, las OOH han emergido como sujetos indiscutidos de derechos internacional.

³⁵ Cfr: p. 115.

³⁶ Cfr: p. 142.

³⁷ Cfr: pp. 126 y 176.

³⁸ Cfr: p. 139.

³⁹ Vid. descripción en p. 172.

⁴⁰ Cfr: p. 150.

⁴¹ Cfr: p. 150.

debiera ser (no lo que hoy es, si es que es): un supraordenamiento de principios⁴²: de justicia racionalidad y coerción, universalidad, solidaridad, subsidiariedad y horizontalidad⁴³. Nos parece que el Derecho global –que debiera cubrir todo aspecto de la relación humana, si es que quiere ser global– pasaría indefectiblemente por una regeneración de la especie humana que a lo largo de su existencia no ha mostrado sino la incapacidad de entendimiento sin reglas coercitivas, aunque nos parezca un ideal, pero imposible de alcanzar.

32. Y finalizando este apartado, más allá del debate entre su existencia aunque fuere en un estadio de infancia o su inexistencia, se nos antoja necesario preguntarnos ¿es preciso el *Global Law*? Nuestra respuesta es negativa: el Derecho internacional ha demostrado que con sus defectos y sus virtudes es el mejor instrumento para el entendimiento en la comunidad internacional. Su dinamicidad, su carácter no estático ha mostrado su aceptación como sujetos de otros actores y como objeto ha puesto al hombre: los textos de derechos humanos o de los pueblos, tomando los comunes a todos los textos internacionales y regionales, y el Derecho humanitario son una buena muestra de ello y son obra de los Estados y de organizaciones internacionales sujetos de Derecho internacional, como la ONU.

33. No está de más ahora resaltar que quizás también debiéramos preguntarnos si este fenómeno de la Globalización –dados los acontecimientos sociales y políticos de las últimas décadas– sigue su expansión. En el *Index of Globalisation* del *KOF Swiss Economic Institute*, muestra que por primera vez desde 1980 hay un declive de este fenómeno que especialmente se hace patente desde 2007. Una interpretación de la causa no es una menor actividad económica o el efecto de la crisis del 2008, sino que se basa en razones psicológicas⁴⁴.

II. La relación entre el derecho y la cultura en la globalización jurídica

34. Una de las razones por la que mantenemos como criterio personal la dificultad de configurar un *Global Law* deriva de la estrecha e imposible desconexión entre Derecho y cultura.

35. Derecho y cultura son en nuestra opinión realidades inseparables. No obviamos las dificultades que existen también a la hora de establecer un concepto de cultura⁴⁵, pero advertimos que entendemos por tal el conjunto de valores, que imperan en un grupo determinado. C. PADRÓS REIG afirma que cultura, sociedad y Derecho son conceptos que se retroalimentan mutuamente⁴⁶. J. HURSCH, realiza una buena exposición de esta idea compartida por otros autores como ROSENQUE, claramente estatuye que separar Derecho de cultura no tiene sentido⁴⁷, o como BORDIEU que afirma que son inseparables porque una encuentra en la otra su verdadero significado de tal manera que la ley crea cultura y la cultura, ley. La iurisgénesis tiene siempre lugar en un medio esencialmente cultural⁴⁸.

36. Cuando apuntábamos arriba la idea de que uno de los puntos alegados como origen de la Globalización es la expansión de los imperios romano, español, británico, portugués, francés u holandés,

⁴² *Cfr.*: p. 183.

⁴³ *Cfr.*: p. 187 y ss.

⁴⁴ K. DEBEUF, “Tribalisation, or the end of globalization”, en <<https://euobserver.com/opinion/131413>> .Último acceso 2 de mayo 2016.

⁴⁵ Decía U. CAMPAGNOLO que uno de los signos mas claros de que una sociedad está en crisis profunda es la falta de acuerdo sobre el significado de las palabras en U. CAMPAGNOLO, *Petit Dictionnaire pour une politique de la culture*, Ed. de la Baconnière, Neuchatel, 1969.

⁴⁶ C. PADRÓS REIG, *Derecho y cultura: prontuario elemental para estudiantes de Humanidades*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 75, tomado de M. LÓPEZ HURTADO/FJ. VALENTIN RUIZ, “Derecho y cultura: en torno a una definición y nexos de unión entre ambos conceptos” en *Cultura y Derecho*, nº 1/2011, Disponible en <http://eprints.ucm.es/16027/1/Derecho_y_cultura.pdf> Último acceso, 28 de abril de 2016.

⁴⁷ J. HURSCH, “The Role of Culture in the Creation of Islamic Law,” *Indiana Law Journal*: Vol. 84, Issue 4, Article 11, 2009.

⁴⁸ J. HURSCH, *cit.*, p. 4.

también comprobamos que tal expansión política y cultural estuvo lejos de ser aséptica y siempre fue acompañada del Derecho⁴⁹.

37. Creemos así, que sólo con una Globalización cultural podríamos alcanzar una Globalización jurídica. Y la verdadera influencia de la Globalización sobre la cultura es dudosa. Siguiendo a K.D. BROWN, la Globalización requiere algo más que lo que une físicamente el mundo, precisa de entendimientos culturales⁵⁰. Parte del proceso de la Globalización es la necesidad de desarrollar una cultura que, de alguna manera amplia, pueda trascender diversos orígenes económicos, étnicos, políticos, raciales y religiosos.

38. Entendemos que es aquí donde nos encontramos en la práctica la mayor dificultad. Creemos que los valores fundamentales de las sociedades occidentales, especialmente tal como se realiza en una cultura que coloca su principal preocupación sobre los derechos de la persona, están en conflicto con los valores centrales de muchos países en desarrollo y que son éstos los que se deben acomodar a aquéllos. La emergencia y conformación del Derecho de las comunidades indígenas se basan, por ejemplo, en un concepto de proteger el medio de vida de los grupos étnicos, raciales, religiosos, o aquellos que comparten un común lenguaje, no los individuos. Y en este sentido sigue BROWN aduciendo que este conflicto puede observarse en diferentes conceptos de la epistemología, la moral y los valores sociales. Sin embargo, en ninguna parte es este conflicto más visible que en el ámbito del concepto de la persona contenida dentro de estos amplios sistemas de ideas. Tratar a los individuos como miembros de grupos culturales es tratarlos como un producto de un sistema de creencias.

39. Otro claro exponente es el trabajo de DAE-KYU YOON, quien observa que incluso a pesar de su implantación, las leyes occidentales adoptadas en Corea, no funcionan tal como lo hacen en Europa Occidental, simplemente porque Corea carece del trasfondo o matriz cultural que produjo el Derecho Occidental⁵¹. El Derecho y las instituciones no son variables independientes que existen aparte de la cultura; el Derecho es una variable cercanamente relacionada con la cultura. Por lo tanto, puede decirse que ninguna ley tomada de prestado puede hacerse funcionar en un contexto extraño.

40. No negamos que el fenómeno de la Globalización mundial, en tanto acerca los diferentes escenarios de la sociedad pueda conducir a una flexibilización de ciertas normas jurídicas, en otras palabras que determinados Derechos absorban, tomen a veces de otros, ciertas categorías jurídicas, pero sin perder su esencia o personalidad. Y un dato relevante será el grado de rigidez o flexibilidad del mismo para, no ya adaptarse sino puramente tomarlas sin cambiarsubstancialmente su *esencia o su carácter*.

⁴⁹ Sobre esta cuestión, la literatura es amplia. Aparte de los ya citados, *vid.* E. JOUANNET, “French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures And International Law”: artículo basado en la presentación habida en la Harvard Law School en el marco del Coloquio “Comparative Visions of Global Public Order,” en el mes de mayo de 2005, organizado por la Harvard Law Review y David Kennedy, Director del European Law Research Center, publicado en *Maine Law Review*, Vol. 58, pp 1-45; T. DUVE/H. PIHLAJAMAKI (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law*, Max Planck Institute for European Legal History, 2005; N. MEZEY, “Law as a Culture” en *The Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 13, pp. 35-67, disponible en <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/317>>. Último acceso 2 de mayo 2016.

⁵⁰ K.D. BROWN, “Globalization and cultural conflict in Developing countries: The South African Example”, *Indiana Law Journal*, Vol 7, Issue I, 1999. Dice el autor: “Globalization requires more than physically linking the world. For it to continue apace, there must also be a set of shared cultural understandings. Part of the process of globalization is the need to develop a culture that, in some broad way, can transcend diverse economic, ethnic, political, racial, and religious backgrounds. Such a global culture will have to be one that either seeks to transcend normal affinities for one’s own cultural group or undermine them. This process of producing a global culture will not occur without difficulty and conflict, especially for developing nations. The core values of Western societies, especially as embodied in a culture that places its primary concern on the rights of the individual, are in conflict with the core values of many developing countries. Many cultures in developing countries are based on a concept of protecting the livelihood of ethnic, racial, religious groups, or those who share a common language-not individuals. This conflict can be noted in differing concepts of epistemology, morality, and social values. But, nowhere is *this conflict* more visible than at the level of the concept of the individual contained within these broad systems of ideas. To view individuals as members of cultural groups is to view the individual as a product of a system of beliefs”.

⁵¹ Y. DAE-KYU, “La tradición jurídica coreana y su influencia en el derecho contemporáneo”, *Revista de Relaciones Internacionales*, Vol. 7, n.º. 14, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1998.

41. Pero desde antiguo, las culturas han sido muchas, variadas, diversas, como los Estados, como la aparición de nuevas ramas del Derecho a los que la propia evolución tecnológica atiende (Derecho espacial o medioambiental o de internet).

42. Hoy atendemos a una radicalización cultural que influye, más que las nuevas tecnologías o la economía, en el Derecho, en tanto conjunto de normas que regulan la conducta con un propósito determinado, el orden. Cuando se ofrece como modelo el Derecho penal internacional, a veces no se tiene en cuenta sus limitaciones o cuando se ofrece el de los derechos humanos se obvia que existen textos regionales que bajo el nombre de tal, imponen ciertas restricciones injustificadas a los propios derechos y libertades de las personas, o simplemente, carecen de tales textos debido precisamente a los valores predominantes (grupo *vs* individuo).

43. Insistimos en la idea de que no podrá haber Derecho global en tanto las culturas diverjan, en que no puede existir un Derecho global allá donde los sujetos a los que el Derecho va dirigido son tan diferentes en sus culturas. Frente al “deseo” de la existencia de un Derecho común⁵², la radicalización de posturas ideológicas y políticas se reflejan en el Derecho.

44. El *Global Law* –como mucho– podría quedarse en un mero Derecho regional, en normas y principios comunes para culturas similares. En nuestro campo de conocimiento, el mismo concepto de orden público que opera como límite a la aplicación de una ley extranjera difiere de la cultura occidental a la islámica o asiática. Y en el campo que a menudo se evoca como ejemplo de Derecho global, los derechos humanos, encontramos similar enfrentamiento; así la falta de una carta asiática de derechos humanos o la Carta de El Cairo.

45. No le falta razón a HUNTINGTON, cuando afirma que la Coca-colonización no es culturización. Oriente no ha abandonado sus valores, instituciones y costumbres tradicionales y adoptan los que predominan en Occidente. Ello puede trasladarse al campo del Derecho. Creemos un verdadero problema es el de tratar la cuestión de la Globalización jurídica y del *Global Law* desde una perspectiva occidental. Como señala el autor americano, la esencia de la cultura occidental es la Carta Magna, no el *Big Mac*.

46. La perspectiva occidental que ha venido imbuyendo el espíritu de los más importantes textos de derechos humanos, es puesta en entredicho, por ejemplo cuando hablamos de determinados colectivos (comunidades indígenas) para los que las creencias o religión no pueden entenderse según el *western point of view*, observación que hallamos también en la doctrina africana⁵³, o cuando tratamos de entender, pasando por los *asiatic values*, la razón de la inexistencia de textos regionales en aquél área asimilables al africano, americano o europeo. “Los valores europeos son valores europeos; los valores asiáticos son valores universales”. A medida que las civilizaciones asiática y musulmana empiecen a afirmar la relevancia universal de sus culturas, los occidentales acabarán percatándose de la conexión entre universalismo e imperialismo y viendo las virtudes del mundo pluralista⁵⁴.

III. El Derecho internacional privado y la globalización jurídica

47. Al tratar la cuestión concreta “Globalización-Derecho internacional privado” no deja de percibirse en buena parte de la doctrina una suerte de pesimismo que cuando menos sorprende, al encontrar

⁵² R. DOMINGO OSLE, *cit.*

⁵³ Como ejemplo, aunque desde luego no es el único, véase C. MAPAURE, “Reinvigorating African values for SADC: The relevance of traditional African philosophy of law in a globalising world of competing perspectives”, *SADC Law Journal*, Volume 1, University of Namibia, 2011, pp. 149-173.

⁵⁴ S. HUNTINGTON, “Occidente único, no universal”, *Revista de Política Exterior*, núm 35, Madrid, 1997, disponible en <<http://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/occidente-unico-no-universal/?added-to-cart=26433>>. Último acceso 2 de mayo 2016.

afirmaciones tales como *la poca discusión habida –en la propia doctrina– en cuanto a tal relación entre Globalización y Derecho Internacional Privado*⁵⁵ bien por la *escasa contribución al debate sobre la gobernanza global*⁵⁶, o el carácter apolítico señalado por Story cuando acuña el término⁵⁷, que pudiera ser razón por la que doctrina iusprivatista internacional no percibe la necesidad de adaptar la disciplina a los nuevos paradigmas de la Globalización.

48. Ciertamente es así como se perciben pocos cambios en nuestro campo de estudio⁵⁸ que *debería estar mejor preparado que otras disciplinas a los retos de la europeización y Globalización*. Así, *los clásicos del Derecho internacional privado sorprendentemente aportan poco a tales retos*, proponiendo la unificación a efectos de evitar conflictos de leyes restringiendo la disciplina a aquellas áreas donde la unificación parece imposible⁵⁹.

49. Sin embargo, podría argumentarse de contrario, que precisamente por su condición de “internacionalistas” y porque son quien mejor conocen la problemática que suscita la aplicación de las normas de conflicto en especial, proponen aquello. Por otra parte, no puede obviarse que el Derecho privado toca materias sensibles y de difícil armonización donde el carácter cultural del Derecho se manifiesta con claridad y que su carácter eminentemente estatal puede parecer “contrario” a la conformación de un Derecho global.

50. En cualquier caso, tratar la influencia de la Globalización sobre nuestra materia, y comprobar si el Derecho internacional privado ha reaccionado y si lo ha hecho positivamente o no a los retos de la Globalización, requiere también marcar el punto de partida en el tiempo de la Globalización y a partir de ahí, observar su adaptación o inmutabilidad. Tratar la cuestión de la influencia de la Globalización jurídica respecto de nuestra disciplina tomando como referencia a SAVIGNY, STORY, o MANCINI, nos parece que podrá contribuir a comprobar la evolución de la disciplina desde el tiempo de sus fundadores, pero no ayudará a la tarea que nos proponemos. Y es que, en la doctrina, la cuestión de la evolución del Estado en su papel preponderante en la conformación del Derecho Internacional Privado (DIPr.), es re-evocada...

51. Tomamos, siendo consecuentes con lo expuesto al principio de este trabajo, la década en que LEWIT invoca este fenómeno, los ochenta y la popularización de la *world wide web* en la de los noventa.

52. El Derecho Internacional Privado no es Derecho internacional propiamente hablando. Casi sería más apropiada en estos momentos tomar la denominación Derecho privado internacional, es fundamentalmente y sigue siendo una rama de Derecho estatal; es éste, el Estado, el que por diferentes motivos de política legislativa ordena su competencia, señala el Derecho a aplicar al fondo del asunto o cuándo una decisión nacida fuera de su soberanía podrá desplegar efectos. Y nos parece que aún esto es incuestionable. La esencia del Derecho Internacional Privado es la de solventar problemas relativos a los conflictos de leyes y alcanzar una armonización de soluciones.

⁵⁵ J. BASEDOW, *Legal Aspects of Globalization, Conflicts of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, p. 1.

⁵⁶ H. MUIR WATT, “The Relevance of PIL to the Global Governance Debate”, p. 1, en H. MUIR WATT/D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2014.

⁵⁷ *While the name “private international law” was imported to Europe through Foelix and Schaeffner and became dominant (Internationales Privatrecht, Diritto internazionale privato, droit international privé, derecho internacional privado), in the common law world and most notably in the United States the name is still usually “conflict of laws”*. Vid. ZITELMANN, “Der Name IPR”, *Zeitschrift für internationales Recht*, 27, 1918, pp. 177-196 (tomado de R. MICHAELS, *cit. en pie de página* 22).

⁵⁸ Dice CLERC: “como muy bien lo señalara De Miguel Asensio (2001), el interés suscitado por el Derecho Internacional Privado (DIP) resulta sensiblemente menor en este dominio que en el frecuentado y asiduo Derecho Internacional Público, relegando a aquel a un lugar alternativo. Prueba de ello lo aportan los caudales bibliográficos y los repositorios documentales; profusos para este último y comparativamente exiguos para el primero”. C. CLERC, “El Derecho Internacional Privado y los Procesos Globalizadores”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 32, pp. 15-30, Bogotá, 2013, disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87629921002>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁵⁹ Vid. R. MICHAELS, *Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law, and the Challenge of Europeanization and Globalization*, Duke Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper, n° 74, septiembre 2005.

53. Esta índole estatal imprime un determinado carácter a cada uno de los Derecho Internacional Privado de los diferentes Estados de la comunidad internacional. Y cuando hablamos de carácter hacemos referencia a que el Estado, al conformar y dirigir sus normas a unos ciudadanos particulares lo hace según una cultura que le es propia y que le sirve como rasgo distintivo.

54. Derecho y cultura van, como ya dijimos antes, unidos y es en las diferencias entre las existentes en la sociedad donde encontramos el límite a la Globalización jurídica. La rigidez o flexibilidad de cada ordenamiento jurídico será obstáculo o no para su acomodación al fenómeno de lo global, afectándose o no por el Derecho extranjero (calificación, orden público), adoptando puntos de conexión más acordes con la multiculturalidad (nacionalidad-residencia habitual) o admita (reenvío) con facilidad la aplicación de un sistema extranjero para resolver una situación interna⁶⁰.

55. Señala OLUSOJI, que el nexa entre el Derecho internacional privado y la Globalización se refiere a la capacidad de respuesta de una interdependencia relativa de los sistemas legales. Cada sistema de Derecho internacional privado potencialmente tiene un ámbito geográfico global, revelando una respuesta jurídica variable a la omnipresencia de la Globalización. Hay que poner de manifiesto también que en cualquier caso, el Derecho internacional privado no agota sus efectos dentro de las fronteras del Estado. Parafraseando de nuevo al gran escritor DELIBES, “la sombra del Estado es alargada” y ello se muestra evidente en algunos ordenamientos jurídicos que aplican el punto de conexión de la nacionalidad en casos incluso en que nos parecería más acorde con la justicia tomar el de la residencia habitual, especialmente en los supuestos en que el ciudadano que fuere se ha instalado fuertemente en otro Estado donde realmente tiene el centro de vida e intereses.

56. Creemos que la misma existencia de un Derecho internacional privado –a excepción del configurado en tratados internacionales o el ya armonizado mediante otros instrumentos jurídicos (reglamentos por ejemplo en el caso de la Unión Europea)– es una de las razones principales que debemos tener en cuenta para sopesar, más negativa que positivamente, si nuestra rama contribuye a la creación de un posible Derecho global regional.

57. Trataremos de estudiar seguidamente la posible influencia de la Globalización jurídica “regional” sobre nuestra materia, aunque devendría pretencioso ante la gran cantidad de ordenamientos presentes en la comunidad internacional. De ahí que nos ceñamos a ofrecer primero unos rasgos generales para detenernos algo más en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Ello, por diversas razones: 1) porque se configura en cuanto al tiempo de una forma cercana a la emergencia del fenómeno actual de la Globalización, 2) se trata de un Derecho reciente, por lo que en teoría pudiera atender mejor a la necesaria flexibilidad y adaptabilidad al fenómeno de la Globalización y finalmente, 3) porque de otro lado el grado de inmigración en el marco en que nace y desarrolla es el más alto en la comunidad internacional⁶¹.

IV. Globalización jurídica, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado

58. En principio recordemos, y así lo apuntábamos, el fenómeno de la uniformización o armonización de las normas en la Unión Europea, escapa con mucho al fenómeno de la Globalización

⁶⁰ Dice R. MICHAELS: “Dicey, one of its most important later propagators, writes: “[T]he courts, e.g. of England, never in strictness enforce foreign law; when they are said to do so, they enforce not foreign laws, but rights acquired under foreign laws.” The theory gains even more popularity in the United States, where it enters into the Restatement through its propagator Beale⁷⁵– before being debunked by legal realism. In Europe, this debunking has already taken place when Savigny writes his 1849 treatise on private international law. In 1814/1/42, Carl Georg von Wächter has rejected the theory on two grounds. First it is circular: the judge cannot determine whether a right has been acquired under a foreign law without applying that foreign law, yet whether that law is applicable is exactly what the process should establish. Second, the argument is inconclusive: only the state that has granted a right can be held obliged to enforce it, that state cannot impose an obligation on other state to enforce rights “vested” under its law. R. MICHAELS, “Globalizing Savigny?” *op. cit.* p. 14.

⁶¹ Cfr: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatestotal.shtml>>, Último acceso, 23 de junio 2016.

aunque aparentemente den el mismo fruto, de un “Derecho para todos”. Y es que una de las confusiones es la de entender que el fenómeno de la integración en la UE nace o viene de la mano de la Globalización. Nada más lejos. El fenómeno en Europa tiene unas causas, razones, raíces muy distintas a las de la Globalización. La integración europea es fruto de una necesidad de paz que se vio plasmada tras la segunda guerra mundial. El discurso de Schuman es el mejor ejemplo de lo que tratamos de exponer⁶²:

“La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan.

La contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de unas relaciones pacíficas. Francia, defensora desde hace más de veinte años de una Europa unida, ha tenido siempre como objetivo esencial servir a la paz. Europa no se construyó y hubo la guerra.

Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho. La agrupación de las naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania quede superada, por lo que la acción emprendida debe afectar en primer lugar a Francia y Alemania.

Con este fin, el Gobierno francés propone actuar de inmediato sobre un punto limitado, pero decisivo.

El Gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y de acero a una Alta Autoridad común, en una organización abierta a los demás países de Europa.

La puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas. (...)”.

59. En el proceso de creación este nuevo ordenamiento jurídico propio, autónomo, con carácter de primacía y aplicabilidad y efecto directo, no podemos dejar de tener en cuenta que no se trata de un Derecho creado *per se* por una organización internacional independiente de la voluntad de los Estados, en otras palabras, en esa conformación, los Estados decidieron no ceder su soberanía sino las competencias derivadas de la misma. Este punto es importante pues los Estados, en virtud precisamente de que conservan intacto su poder soberano, pueden decidir igualmente abandonar la UE (véase el caso de la decisión tomada por el pueblo del Reino Unido con fecha 24 de junio de 2016 sobre su no permanencia en la organización).

60. La base se encuentra en tratados internacionales (TCECA⁶³, TCEEA⁶⁴ y TCEE⁶⁵) suscritos por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos y reformados después en 1986 (con el Acta Única Europea), 1992 (Tratado de Maastricht o de la Unión Europea), 1997 (Tratado de Ámsterdam), 2000 (Tratado de Niza) y 2007 (Tratado de Lisboa), por decisión de los Estados miembros cuya voluntad sigue pesando, incluso a pesar de la cesión en exclusiva en determinadas materias de poderes y a pesar de la evolución en favor del Parlamento Europeo de más competencias en su papel de colegislador; pero si miramos al inicio, la voluntad de los Estados está reflejada en cuanto al “poder” otorgado a las instituciones originarias en el poder del Consejo de Ministros, y ello no puede obviarse⁶⁶. En definitiva, la sombra y el poder del Estado seguía brillando con todo su esplendor, y en cualquier caso acordamos plenamente con la idea apuntada por Calvo Caravaca de que tampoco se trata de elaborar un “Derecho Privado Universal”, “aplicable a todos los litigios entre particulares, con independencia de sus

⁶² El texto íntegro puede encontrarse en <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁶³ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado firmado en París el 18 de abril de 1951.

⁶⁴ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁶⁵ Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea, firmados en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁶⁶ Aún hoy, de la aprobación final del Consejo con el Parlamento, salvo materia presupuestaria en la que éste supera el poder de aquél, depende la aprobación de los actos jurídicos de derecho derivado.

caracteres y vinculaciones con los diferentes Estados del mundo” sino un Derecho privado comunitario, siendo lo anterior no sólo “inconveniente” sino “absurdo”⁶⁷.

61. En cualquier caso, no parece haber cabida a la duda del éxito que ha representado, en cuanto a la amplitud de materias y Estados afectados, el Derecho de la Unión Europea. Aunque como contrapunto, en cuanto a lo que hemos venido apuntando en las páginas precedentes, hay que poner de manifiesto que se trata de Estados que comparten una identidad más o menos común⁶⁸, una cultura semejante, lo que allana el camino a la conformación de un Derecho para todos. Esta idea en conjunto señala, a la vez que la amplitud, el límite a la posibilidad del establecimiento de un Derecho común⁶⁹.

62. Paralelamente al nacimiento de las primeras normas comunes⁷⁰ reguladoras de ciertos sectores de la actividad económica (y social) ya atendemos a la aparición de las primeras normas de DIPr., que aparecen bajo la forma de tratados internacionales ya que escapaban a la competencia de las Comunidades Europeas. Hoy día el mismo hecho de si existe o no un Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, es en palabras de Calvo Caravaca, “objeto de enconadas polémicas” aunque “lenta e inexorablemente” va conformándose⁷¹.

63. Teniendo en cuenta los tres campos legales a que atiende el Derecho Internacional Privado⁷², con respecto a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, el germen de esta rama del Derecho en la Unión Europea se encuentra en el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que seguirá el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales de 19 de junio de 1980⁷³.

64. A partir del Tratado de Ámsterdam, ambos convenios se reconvirtieron en reglamentos⁷⁴ que se han de sumar a los aprobados en materias relativas a la insolvencia⁷⁵, al matrimonio y relacio-

⁶⁷ A.L. CALVO CARAVACA, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea” *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, para. 36.

⁶⁸ Sobre la cuestión de la identidad de Europa, existe igualmente amplia literatura en especial con motivo del fallido *Tratado por el que se crea una Constitución para Europa*.

⁶⁹ *Vid.*, el interesante trabajo de P. LEGRAND, “Against an European Civil Code” *The Modern Law Review Limited*, Blackell Publishers, 1997, Oxford, USA; o el de E. JOUANNET, “French and American perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law”, *Maine Law Review*, Vol. 58, 2006, p. 23, que afirma: “We know what Europe is today; it is not a model, but rather a “laboratory” for the integration and intersection of national legal cultures. (p.169) However, despite several integrated legal systems at the regional level (the European Union, the European Court of Human Rights), the question of legal cultures remains a real problem, which is becoming even more dramatic between East and West. Confronted with conflicts which arise between European states, Jean-Marc Ferry has proposed the practice of a “shared political culture” and of the development of a “common historical memory”.

⁷⁰ Ante la carencia de personalidad jurídica de la UE hasta el Tratado de Lisboa, la internacionalización de la hoy UE viene de la mano de los acuerdos firmados por “la Comunidad Europea y sus estados miembros”, y de su posición en organismos internacionales con estatus de observador.

⁷¹ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, *op. cit.*, para. 23.

⁷² Competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones (reconocimiento y ejecución de decisiones).

⁷³ Disponible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1980-80371>> , Último acceso 23 de junio 2016.

⁷⁴ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Diario Oficial n° L 012 de 16/01/2001, pp 1 a 23, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32001R0044>>, derogado por el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Diario Oficial L 351, de 20.12.2012, pp. 1 a 32, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>> Último acceso 23 de junio 2016. Por lo que se refiere al Convenio de Roma, éste será reconvertido a tal forma mediante el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Diario Oficial L177, de 4.7.2008, pp. 6 a 16, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0006>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁷⁵ Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre *procedimientos de insolvencia*, Diario Oficial L 160, 30.6.2000, p. 1-18, que quedará derogado en su totalidad (ex. art. 92) a partir del 26 de junio de 2017 por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>> , Último acceso 23 de junio 2016.

nes parentales⁷⁶, obligaciones extracontractuales⁷⁷, alimentos⁷⁸ o a las sucesiones⁷⁹. En el horizonte, una propuesta de reglamento sobre regímenes matrimoniales que, siguiendo la propuesta de la Comisión⁸⁰ presentada recientemente (2 de marzo de 2016) nacía como el de alimentos o el Reglamento Sucesorio Europeo⁸¹, con carácter universal, por lo que la ley señalada como aplicable, lo será aun no siendo la de un Estado miembro y asimismo establece la posibilidad de ejercer *professio iuris*⁸². Finalmente tal propuesta de reglamento ha devenido en el establecimiento de una cooperación reforzada⁸³.

65. Pero hasta 2009 no había reglamento alguno que regulase los tres sectores del Derecho internacional privado, el reglamento de alimentos, al que en 2012 se suma el de sucesiones (aunque su entrada total en vigor se produce en 2105), el 2015/842 y el de cooperación reforzada sobre regímenes económicos matrimoniales que aún no son aplicables en su totalidad.

66. Sorprende la amplitud de normas *ad intra*, de Derecho comunitario, existentes en el momento si comparamos con el escaso volumen de normas de Derecho internacional privado. Contamos hoy con un Derecho de la Unión Europea (DUE) que cubre un espectro amplio de materias comunes para los Estados miembros, es decir, somos todos nacionales comunitarios, junto al cual se crea un Derecho Internacional Privado, donde ya no parece que compartimos ese *link* común, sino que nos convertimos en extranjeros a la vez que aplicamos esas mismas normas a terceros. Por ejemplo en el caso del reglamento sobre sucesiones, el artículo 20 establece su aplicación universal.

67. El recelo a la pérdida de ciertas costumbres y tradiciones jurídicas dentro de los Estados de la Unión Europea (UE) conducen a que no puedan crearse sino normas de Derecho internacional privado y ello se ha puesto de manifiesto al tratar de elaborar un código civil europeo⁸⁴. Además creemos en la necesidad de que el DUE elabore unas normas que regulen las situaciones privadas con ese carácter in-

⁷⁶ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento nº 1347/2000, Diario Oficial L 338/-1, pp. 1 a 29, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:ES:PDF>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁷⁷ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Diario Oficial. L 199, 31.7.2007, pp. 40 a 49, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32007R0864>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁷⁸ Reglamento 4/2009 (CE) del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Diario Oficial L de 10.1.2009, pp. 1 a 79, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32009R0004>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁷⁹ Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Diario Oficial L 201/107 de 27.7.2012, pp. 1 a 28, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:ES:PDF>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁸⁰ Vid. <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-107-ES-F1-1.PDF>>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁸¹ Sobre este reglamento, vid., A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.P. MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge University Press, 2016.

⁸² Vid. art. 21 respecto de la universalidad y art. 23 respecto de la posibilidad de elección de ley.

⁸³ Reglamento (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

⁸⁴ D. SCHMID, "Do we need a civil code?" (conferencia pronunciada con motivo del *21st Annual Fulbright Symposium on International Legal Problems*, con fecha 1 de abril de 2011, en la *Golden Gate University*. Según el autor, "finally, the differences in the culture of the Member States, which shall be kept alive as the diversity is what makes Europe unique, could be the hindrance. A Civil Codes needs, at least to a certain degree, open clauses and indefinite concepts of law. But interpreting them is always a matter of cultural background. Therefore, even uniform rules would not lead to unified law in Europe due to the differences in the cultural background. Last but not least, one way of eliminating problems in that regard would be to leave out family and inheritance law. Those sections are on the one hand deeply rooted in the national traditions and on the other hand not of great importance for the completion of the internal market anyway". En el mismo sentido y con antelación en el tiempo se expresa ya P. LEGRAND, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", Vol 48, nº 4, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996, pp. 779-812,. Curiosamente existe otra obra de título similar a la primera que debate sobre un Código Mercantil: M.J. BONELL, "Do We Need a Global Commercial Code?", *Uniform Law Review*, 2000-3, pp. 469-481.

ternacional que deviene de la presencia en el supuesto del factor de extranjería y nos atrevemos a afirmar que despacio pero sin pausa, la UE va estableciendo al modo de los Estados su propia rama de Derecho internacional privado, lo que desde luego no iría en favor de la teoría del Derecho global, aunque no es éste el tema que tratamos ahora.

68. Hemos encontrado un interesante debate y diríamos confrontación entre detractores y defensores del DIPr en la UE y en este grupo el debate de cómo debería ser: la observación de los títulos de las obras mencionadas en la bibliografía citada y utilizada, son un buen ejemplo y desde luego la obra de Michaels, quien afirma en su trabajo sobre el debate Derecho de la UE - Derecho internacional privado de la UE, la indefinición de la relación entre ambos, y se hace eco del sentimiento de la doctrina señalando el aislamiento en que han venido trabajando e incluso, diríamos, parece describir cierta aversión entre civilistas e internacionistas iusprivatistas de la doctrina de ambos lados⁸⁵, unos quejándose de que el Derecho comunitario se ha desarrollado en la ignorancia del Derecho internacional privado, lo que incluso admite como cierto, aunque la consecuencia ofrecida por aquéllos de dejar inalterado el Derecho internacional privado parece a nuestro autor poco realista y atractiva. Señala cómo incluso dentro del colectivo de abogados especializados en el DIPr hay quienes parecen reconocer una derrota y sugieren (o deploran) una reformulación del Derecho internacional privado y al hacer esto, parecen demasiado dispuestos a admitir que después de siglos de existencia de esta disciplina, la misma ha perdido su relevancia. Podemos añadir a lo anterior, la Resolución del PE de 6 de noviembre de 2001 que menciona que el Derecho internacional privado “ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado”. En definitiva, la calificada por THIBAUT como “terrible y odiosa práctica de los conflictos de leyes” debe descartarse⁸⁶.

69. Junto a ese pesimismo, esa luz más optimista que arrojan los trabajos de autores españoles sobre cómo ha de acomodarse el Derecho Internacional Privado a la realidad actual como J. CARRASCOSA o A.-L. CALVO CARAVACA, a los que no remitimos, pues desde luego hoy más que nunca las situaciones privadas internacionales son más numerosas⁸⁷.

70. ¿Cuál o cómo podríamos proporcionar una definición de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea? Creemos esta cuestión no es baldía. Tomando el clásico concepto apuntado antes, el Derecho internacional privado, de la UE sería aquella rama del Derecho de la Unión que resuelve las situaciones de Derecho privado en las que se halla presente un elemento extranjero. Y es en este elemento internacional donde, a menudo, volvemos a ser nacionales de cada uno de los Estados miembros cuyo Derecho se nos aplicará a falta de uniformidad de legislaciones. De ahí que apuntáramos que junto a esas normas armonizadoras de la UE, en el Derecho comunitario, nos encontremos con unas normas que nos separan. Si debe resaltarse que en el ámbito de la validez extraterritorial de decisiones, el establecimiento de esa quinta libertad comunitaria mediante el reconocimiento y ejecución automáticos de las decisiones provenientes de un órgano parte en la estructura jurisdiccional de la Unión

⁸⁵ R. MICHAELS, *EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory*, documento basado en la conferencia pronunciada en la *Conference launching the Journal of Private International Law* en Aberdeen, con fecha 29 de marzo de 2005, disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2280&context=faculty_scholarship>, Último acceso, 20 de junio de 2016.

<<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>>. Vid.: especialmente pp 2 y 3. Último acceso 23 de junio 2016.

⁸⁶ THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Heidelberg 1814, reprinted in *Hattenhauer, Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften*, München 1973, 61ff., p. 33, citado por O. LANDO, “Some features of the Law of Contract in the Third Millennium”, 40 *Scandinavian Studies in Law*, pp. 342-402, y tomado del Proyecto de investigación presentado por F. Oliva, *Hacia un Derecho Civil Internacional e Uniforme*, disponible en <https://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodex/materiales/articulos/articulos/Francisco_Oliva_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_HACIA_UN_DERECHO_CIVIL_UNIFORME.pdf>, Último acceso 23 de junio 2016.

⁸⁷ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, Número 22, 2004, pp. 17-58, o el ya mencionado antes de A.L. CALVO CARAVACA.

Europea es un logro importante pero donde la posibilidad de invocación de la contrariedad del orden público sigue operando.

71. Reafirmando que el Derecho de la Unión Europea no puede considerarse *Global Law* sino regional, hemos tratado de observar su adaptación a la Globalización, tomando como referencia un aspecto particular: la utilización de las normas de conflicto y sus problemas de aplicación, en particular el orden público, y en general el tratamiento del Derecho extranjero por cuanto que el Derecho internacional privado implica la aplicación de aquél.

72. El Derecho internacional privado, implica traer al proceso nacional y tratarse con el Derecho extranjero. Cuando un juez nacional –cualquiera que sea dentro de la organización jurisdiccional de la UE– ha de aplicar aquél por determinación de la norma de conflicto, encuentra como límite a aquélla, la contravención del orden público de la norma extranjera.

73. Claro que en este problema y dada la universalidad proclamada por alguno de los reglamentos deberíamos diferenciar la aplicación del Derecho de alguno de los Estados de la UE de los de terceros por cuanto que la apuntada similitud entre ordenamientos entre Estados UE parece dar menos cabida a la vulneración del orden público. Lo que sí nos parece solución pacífica es la solución proporcionada al problema de la calificación cuando el Derecho extranjero contiene categorías desconocidas, así la adaptación a que alude el Reglamento Sucesorio Europeo⁸⁸.

74. La jurisprudencia del TJUE nos aporta tan sólo ejemplos respecto al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y el orden público, en particular respecto de los reglamentos 44/2001, 2201/2003, y 1346/2000, en los que la Curia entiende que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución emanada de otro Estado miembro y ello lo considera en el ámbito de la vulneración de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos de defensa. En otras palabras, la vulneración del orden público se circunscribe a la de los derechos de defensa⁸⁹.

⁸⁸ *Vid.* Considerandos 16 y 17 del Reglamento y artículo 31.

⁸⁹ La jurisprudencia hallada en www.curia.eu es la siguiente: a) respecto del Reglamento 1346/2000 y el orden público, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 2 de mayo de 2006, asunto C341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=56604&mode=req&pageIndex=9&dir=&occ=first&part=1&text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid=48133#ctx1> y la posterior sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 21 de enero de 2010, Asunto C-444/07. *MG Probud Gdynia sp. z o.o.* disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=74661&mode=req&pageIndex=8&dir=&occ=first&part=1&text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid=48133#ctx1>, Último acceso 23 de junio 2016. En el apartado 34 dice el Tribunal: “ En lo que se refiere a ese segundo motivo de denegación el Tribunal de Justicia ya había precisado en el marco del Convenio de Bruselas que la cláusula de orden público que figura en el artículo 27, número 1, de este Convenio, en la medida en que constituye un obstáculo a la consecución de uno de sus objetivos fundamentales –facilitar la libre circulación de resoluciones– únicamente debe aplicarse en casos excepcionales (sentencias de 28 de marzo de 2000, Krombach, C7/98, Rec. p. I1935, apartados 19 y 21, y Eurofood IFSC, antes citada, apartado 62). Pues bien, esa jurisprudencia referida al artículo 27, número 1, del citado Convenio puede aplicarse a la interpretación del artículo 26 del Reglamento (sentencia Eurofood IFSC, antes citada, apartado 64)”. b) Respecto del Reglamento 44/2001 y el orden público: sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de mayo de 2016, Asunto C-559/14, *Meroni v Recoletos Limited*, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=178741&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2Bpublico&doclang=ES&cid=45693#ctx1>, Último acceso 23 de junio 2016. El fallo reza: “El artículo 34, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que, en unas circunstancias como las examinadas en el litigio principal, no cabe considerar manifiestamente contrarios al orden público del Estado miembro requerido ni al derecho a un proceso equitativo, en el sentido de tales disposiciones el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos son susceptibles de verse afectados por el referido auto, siempre que dicho tercero pueda invocar sus derechos ante ese órgano jurisdiccional.”; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, Asunto C-681/13, *Diageo Brands BV / Simiramida-04 EOOD*, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=166938&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid>

75. Así, honestamente creemos que dada la escasa producción de normas de esta disciplina, y jurisprudencia respecto de la cuestión propuesta, no podemos, y –como decía LE GOFF respecto al Derecho global–, nos parece incluso arrogante tratar de establecer una teoría acerca del DIPr de la UE y su relación con el fenómeno de la Globalización jurídica.

V. Reflexión final

76. Decíamos al principio que el fenómeno de la Globalización ha conducido a que hoy se hable de otro fenómeno, el de la Globalización jurídica que a su vez ha llevado a que en el discurso jurídico se debata otro fenómeno –que no realidad– que es la del *Global Law*.

77. Estos tres términos carecen de una precisión conceptual y su vaguedad en el discurso jurídico es patente. Por lo que respecta a la Globalización, se ha señalado el enorme número y diversidad de definiciones porque lo que se hace global afecta al todo, a lo social, a lo económico, a lo político, a lo jurídico. De ahí la gran variedad de conceptos aportados por la doctrina. Junto a ello, surge además la cuestión del establecimiento de una diferencia con un mínimo de claridad entre Globalización, internacionalización o mundialización.

78. Hemos optado por entender por Globalización el fenómeno producido tras la liberalización de los transportes, las telecomunicaciones e internet porque sin ellos la comunidad internacional no lograría ese grado de interconexión característico del fenómeno que vivimos. Son así, actores principales en este escenario actual en el que el comercio mundial se ha visto enormemente favorecido y modificado. Con los nuevos actores, Estados y organizaciones internacionales se trata de establecer, por ejemplo en el comercio internacional, unas reglas de consenso más justas que faciliten el juego en el mercado de actores menos potentes económicamente.

79. Pero esas reglas, ese Derecho, necesita de una fuerza coercitiva que pasa por la necesaria acción de los tribunales, nacionales o internacionales. Y el poder del Estado, sigue estando presente, en cada una de las instituciones “globales” y la emergencia de organizaciones internacionales no responde sino a intereses económicos y no puramente legales, respecto de las que los soberanos Estados han permitido, pero no perdido su poder.

80. Nos parece fundamental insistir en distinguir lo que pueda constituir presión que pueda ser ejercida por parte de determinadas entidades, empresas o grupos o de la sociedad civil, de lo que sea el

=65701#ctx1>, Último acceso 23 de junio 2016; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de octubre de 2014, Asunto C302/13 *flyLAL-Lithuanian Airlines AS, en liquidación v Starptautiskā lidosta Rīga VAS, y Air Baltic Corporation AS*, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=158845&mode=req&pageIndex=3&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2Bpublico&doclang=ES&cid=45693#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012, C619/10, *Trade Agency Ltd y Seramico Investments Ltd*, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=126427&mode=req&pageIndex=5&dir=&occ=first&part=1&text=orden%2Bpublico&doclang=ES&cid=45693#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de abril de 2009. Asunto C420/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams*, disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=78109&mode=req&pageIndex=8&dir=&occ=first&part=1&text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&doclang=ES&cid=48133#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016; y finalmente, c) respecto del reglamento 2201/2003, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-455/15 PPU, *P v Q.*, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Orden%2BP%25C3%25BAblico&docid=173567&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=48133#ctx1>>, Último acceso 23 de junio 2016., cuyo fallo es: “El artículo 23, letra a), del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor.”

verdadero poder normativo que estas ostenten, a menos que comencemos a construir una nueva Teoría General del Derecho en que se acepte que el *soft law* es fuente del Derecho (aún así ¿desde cuándo?).

81. Respecto a la Globalización jurídica y entendiendo por tal la formación de normas para todos y la afectación de los Derechos nacionales entre sí, hay que señalar en primer lugar que la mayor o menor apertura depende del grado de flexibilidad de cada ordenamiento jurídico y que la aceptación de normas universales depende también de cada cultura. En efecto, creemos que la unificación de normas a nivel internacional, tiene sus límites en las diferentes culturas, y en consecuencia en los Derechos que se manifiestan con mayor o menor intensidad distintos y a veces, incluso, contrapuestos.

82. Hemos hecho especial énfasis en que la cultura juega un papel fundamental por su inseparabilidad del Derecho. En tanto no exista una cultura global, el Derecho global es un ideal, pero no una realidad. El Derecho va mucho más allá de ser un conjunto de normas que sirvan al comercio.

83. Cuando tratamos de buscar el debate del fenómeno de la Globalización del Derecho o del *Global Law* en otros escenarios no occidentales, asistimos a una pérdida de relevancia en el debate jurídico. ¿Es fruto, pues, de la civilización occidental? Lo que sí parece claro es que la expansión de la cultura occidental vía imperios coloniales no ha conllevado la del Derecho, simplemente porque no se ha adaptado al conjunto de valores imperantes allá donde se ha intentado imponer.

84. El Derecho Internacional no ha fracasado pese a los defectos con que emerge en la Carta de San Francisco. Su dinamividad ha llevado a admitir a otros actores junto a los Estados y a poner en el centro de atención a la persona. Pero mantener una perspectiva occidental en estas cuestiones se nos antoja un error. El respeto a los derechos humanos es concebido de forma diferente en occidente o en oriente. El beneficio del grupo por encima de la persona individualmente considerada es nota que se debe respetar y no imponer... nuevamente las culturas se contraponen si no se erige el respeto como regla de juego primordial.

85. Y porque el Derecho internacional no ha fracasado no hay necesidad de reinventar una nueva suerte de Derecho, el *Global Law* porque tampoco el Estado ha perdido su fuerza creadora del Derecho por más que se traigan a colación instituciones mundiales de gobernanza económica: detrás de cada una hay un interés de un Estado, y si lo hay de un particular, léase empresa, detrás de ésta está el Estado imponiéndole unas reglas, unas normas. No hay sujeto en la comunidad internacional alegal, aunque desde luego no negamos la presión que puedan ejercer, pero en palabras de J. CARRASCOSA, 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 Estados⁹⁰.

86. Es, en definitiva, el Derecho internacional –público– lo que está detrás de aquello que algunos llaman *Global Law*. El éxito de los diferentes acuerdos internacionales es lo que hace emerger la unificación y armonización de normas en la sociedad internacional.

87. Hemos tratado de mostrar que en el campo del Derecho internacional privado, la Globalización poco influye a esta rama del Derecho. Siendo una rama del Derecho eminentemente estatal y que sirve para solventar conflictos de leyes cuando en una situación privada existe un elemento internacional, aun igualando los diversos puntos de conexión acogidos en cada sistema, trataríamos con Derechos extranjeros que aún desecharíamos cuando condujeran a la aplicación de una ley contraria al orden público. Y éste es un concepto, aparte de dinámico y evolutivo, eminentemente cultural.

88. En el marco de la Unión Europea, en primer lugar, su origen no puede relacionarse con el fenómeno de la Globalización y en segundo lugar en el momento presente en que la Unión es perceptora

⁹⁰ *Op cit* para. 13.

de una enorme inmigración, la escasez de normas en esta rama del Derecho no nos permite construir una verdadera teoría afirmando que queda afectado realmente por el fenómeno de la Globalización jurídica.

89. El DIPr más bien ha servido para intentar armonizar de alguna forma, materias delicadas, donde la voluntad de cada uno de los Estados miembros o el recelo mostrado por algunos en cuanto a la pérdida de tradiciones jurídico-culturales se pone de manifiesto. Y ello, sin olvidar que sigue estando la puerta libre a que cada Estado se deshaga de su sombra y desaparezca de la escena regional europea.