

GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA, ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DERECHO ADMINISTRATIVO: PRESUPUESTOS DE UNA RELACIÓN (*)

Por

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LA GLOBALIZACIÓN COMO UN PROCESO DE LOCALIZACIÓN.—II. GLOBALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: II.1. *Globalidad del ordenamiento con origen en entidades internacionales*. II.2. *Globalidad del ordenamiento y participación de entidades privadas*.—III. LA COMPETENCIA ENTRE ORDENAMIENTOS: III.1. *Cuestiones generales sobre la competencia entre ordenamientos jurídicos*. III.2. *Vertientes de la competencia interordenamental*.—IV. LA TENDENCIA A LA DESAPARICIÓN DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

I. LA GLOBALIZACIÓN COMO UN PROCESO DE LOCALIZACIÓN

La globalización económica (1) es una de las ideas fuerza que está mediatizando en la actualidad el desarrollo de las ciencias sociales: economía, sociología, politología, cultura, derecho... todas ellas están marcadas por este fantasma que está recorriendo el mundo, sobre cuyos contornos exactos siguen planteándose hoy discusiones y sobre cuyas consecuencias últimas queda una sensación de inseguridad, fruto sin duda del desconocimiento. El Derecho, obviamente, se ha visto influenciado en la medida en que el presupuesto económico, la configuración de una forma diferente de las relaciones de producción con unas bases globales, necesita el apoyo de unos elementos jurídicos que le permitan su desarrollo y que, en su caso, consigan detener los múltiples efectos nega-

(*) Este estudio se ha realizado en el marco del programa de investigación «Aspectos jurídicos de la liberalización económica y la introducción de la competencia», dirigido por el Prof. Dr. D. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ref. SEC 2001/1184.

(1) No es ningún secreto que la bibliografía sobre la globalización es hoy oceánica. Entre ella siguen resultando muy importantes los tres volúmenes del trabajo de M. CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza Editorial, Madrid (1998); U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona (1998); P. HIRST y G. THOMPSON, *Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance*, Polity Press, Cambridge; D. HELD y A. MCGREW, *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate*, Polity Press (2000).

tivos que el proceso de globalización está haciendo aparecer día a día (2).

La base de este proceso de globalización, su propio adjetivo lo indica bien a las claras, es de naturaleza económica: supone plantear las relaciones de producción de una forma diferente, de manera que los productores de bienes y servicios tomen en cada lugar aquello que más les interesa, ya sea esto materias primas, mano de obra o tecnología, para que el resultado final resulte económicamente más satisfactorio. Aunque no es algo novedoso, se trata de una realidad que está propulsada por la revolución tecnológica que hemos vivido en los últimos quince años, que ha permitido abrir unas posibilidades nuevas en cuanto a las transferencias de bienes y servicios, de forma que el tiempo y, sobre todo, el espacio han quedado relativizados. Si la tecnología se encuentra por completo al servicio de la globalización, sólo hace falta, además, que desde el ordenamiento jurídico se den los pasos que permitan materializar en un ámbito territorial concreto el desarrollo de esta base económica. En este sentido, no parece posible que se pueda discutir que, ya sea de una forma aparente, ya lo sea con un halo superior de anonimato, los ordenamientos jurídicos han experimentado transformaciones que permiten su desenvolvimiento, en un fenómeno que tiene manifestaciones tanto desde los ámbitos del Derecho público como desde el Derecho privado.

Ahora bien, aunque la globalización es básicamente transferencia internacional de bienes y servicios, no se puede olvidar que «la mundialización es más que la corriente de dinero y productos, es la interdependencia cada vez mayor de la población mundial. Y la mundialización es un proceso que integra no sólo la economía, sino además, la cultura, la tecnología y la estructura de gobierno» (3). Todo lo cual tiene consecuencias jurídicas importantes: por un lado, exige que el ordenamiento busque soluciones a problemas para los cuales no existía una preparación previa, como son básicamente los de los movimientos migratorios o las consecuencias, siempre imprevisibles, de los avances tecnológicos; por otro lado, ha de buscarse una respuesta eficaz ante comportamientos generalizados que están conduciendo a catástrofes de naturaleza básicamente social, como puede ser la pérdida constante de ecosistemas o la destrucción siste-

(2) Es muy ilustrativo el libro de J. E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Ed. Taurus, Madrid, 9.ª ed. (2003). Véase, asimismo, C. BERZOSA, «Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas», dentro de la obra colectiva, dirigida por M. BARAÑANO, *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid (2002).

(3) Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (1999), pág. 1.

mática de las reservas de combustibles fósiles o los propios problemas de la contaminación transfronteriza.

Sin lugar a dudas, los dos campos jurídicos en los que se han materializado con anterioridad y más intensidad las transformaciones para dar cabida a las consecuencias de la globalización económica son el Derecho privado (4), tanto el civil como el mercantil, y el Derecho penal.

Desde el primer punto de vista, el impacto está derivado motivado porque los intercambios de bienes y servicios se producen en la mayor parte de ocasiones entre sujetos particulares, disciplinados por el Derecho civil o mercantil (5) o laboral (6). Lo que sí resulta necesario recalcar es que la relevancia que el Derecho está teniendo en estos campos no sólo se circunscribe a lo que más exactamente es transferencia de bienes y servicios, sino que las consecuencias colaterales del proceso de globalización, básicamente el aumento de las desigualdades entre el norte y el sur, con los movimientos migratorios a que han dado lugar, han hecho aparecer nuevos problemas y respuestas jurídicas en ámbitos como el Derecho de familia o la protección de y frente a ciertos comportamientos determinados por creencias religiosas inusuales con anterioridad. Incluso, los movimientos migratorios, utilizando ya sean los mecanismos legales, ya sean los ilegales, están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de frontera, interior, que está limitando la aplicación de los derechos fundamentales y las libertades públicas generalmente reconocidos en los textos constitucionales.

El Derecho penal (7) también se ha visto muy afectado por la globalización en la medida en que se han abierto nuevos problemas derivados de la mundialización del delito, tanto porque es más fácil delinquir fuera del territorio nacional y desplegar sus efectos de forma interna —tal como ocurre con el tráfico de drogas, de armas o la trata de blancas— como porque ciertos comportamientos han adquirido una vertiente planetaria, como se puede ver con los delitos contra la huma-

(4) Recientemente ha aparecido el excelente libro de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Los mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid (2004).

(5) Sobre el Derecho internacional privado y la globalización, véase P. DE MIGUEL ASENSIO, «El Derecho internacional privado ante la globalización», en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo I (2001), págs. 37 y ss.

(6) Sobre los cambios del Derecho laboral como consecuencia de la globalización, véase «El Derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial», en la obra colectiva, dirigida por J. R. CAPELLA, *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid (1999), págs. 183 y ss. Asimismo, debe consultarse F. DURÁN LÓPEZ, *Globalización y relaciones de trabajo*, en la «Revista Española de Derecho del Trabajo», núm. 92 (1998), págs. 869 y ss.

(7) Sobre el impacto en el Derecho penal de la globalización, véase J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal de la globalización: luces y sombras», en la obra colectiva, dirigida por J. R. CAPELLA, *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid (1999), págs. 219 y ss.

nidad. A ello hay que añadir todos los procesos en los que las propias Administraciones públicas provocan defraudaciones a las leyes restrictivas, como se han exteriorizado con el desarrollo de los paraísos fiscales. Otros ámbitos de lo jurídico han tenido un claro retroceso, como está ocurriendo diariamente con el Derecho internacional público (8).

En principio, en una aproximación rápida, podría pensarse que la globalización económica iba a tener un impacto mucho menor en el Derecho administrativo (9). Al configurarse como una de las vertientes del Derecho público interno del Estado, las consecuencias de la mundialización podrían plantearse sólo de soslayo, habida cuenta de que se suelen tratar como cuestiones en las que existe un elemento de extranjería y que, por consiguiente, debían ser tratadas por el Derecho internacional privado. No es sino la consecuencia de la regla en virtud de la cual allá donde acaba, en la frontera exterior del Estado, el Derecho administrativo empieza este sector del ordenamiento (10). La realidad nos ha demostrado que esta apreciación no resulta adecuada para explicar la relevancia de la globalización sobre las Administraciones públicas. En este sentido, conviene recordar lo que se señalaba en el Informe Delors sobre crecimiento, competitividad y empleo, donde se podía leer que «para alcanzar mayores niveles de empleo, las empresas comunitarias deben lograr la competitividad global, en unos mercados abiertos y competitivos tanto a escala europea como mundial. Las autoridades públicas nacionales y comunitarias tienen la responsabilidad de ofrecer a la industria un entorno favorable, brindarle perspectivas claras y previsibles, y propiciar el desarrollo de la competitividad nacional» (11).

(8) Sobre el Derecho internacional en el contexto de la globalización, véase A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, «El nuevo Derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia», en la obra colectiva, dirigida por J. R. CAPELLA, *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid (1999), págs. 159 y ss.

(9) Algunos aspectos de esta relación entre Derecho administrativo y globalización pueden verse en dos trabajos míos anteriores a éste: «Aplicación territorial del Derecho administrativo y competencia de los Tribunales contencioso-administrativos españoles en un entorno de globalización», en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo II (2002), págs. 115 y ss.; «Globalización económica y administraciones públicas: el tránsito de la administración soberana del Estado nacional a la administración del marco supraestatal difuso», que se puede consultar en <http://www.ucm.es/info/apd/actividades/ponencia6.htm>. Próximamente verá la luz *Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo*, que publicará la Editorial Tirant lo Blanch. Recientemente han aparecido en España dos obras vinculadas a esta cuestión: O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid (2004), y J. C. ALLI ARANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, coedición de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra y la Editorial Civitas, Madrid (2004).

(10) Sobre esta relación entre el Derecho administrativo y el Derecho internacional privado en las relaciones de tráfico externo, véase R. STÖBER, *Derecho administrativo económico*, INAP, Madrid (1992), págs. 48 y 72.

(11) *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI. Libro Blanco*, Comisión Europea, Luxemburgo (1994), pág. 14.

En efecto, el Derecho administrativo está en el centro de las consecuencias jurídicas de la globalización fruto de diversos tipos de realidades: de entrada, los entes públicos han visto cómo la capacidad de decisión sobre los asuntos internos ha decrecido considerablemente debido a que los agentes exteriores han asumido poderes que tenían con anterioridad (12). Este dato debe complementarse con el hecho, en absoluto intrascendente, de que el entorno de redes de poder en que se mueven tiene una naturaleza esencialmente competitiva, en defensa de los intereses generales, con lo que el funcionamiento administrativo ha debido adaptarse para no perder las ventajas que se pudieran derivar de la globalización. En segundo lugar, han visto cómo incluso dentro del territorio estatal las posibilidades de aplicación de las normas se ven mediatizadas, básicamente por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de legislaciones y por las áreas extraterritoriales que surgen a lo largo del mundo. En tercer lugar, porque los entes públicos han de proporcionar respuestas a problemas que no surgen en el interior del Estado y que están condicionando su capacidad de actuación —como ocurre paradigmáticamente con los problemas de índole medioambiental—. Y, en fin, porque fuera del componente económico, de la necesidad de favorecer el intercambio internacional de bienes y servicios, están apareciendo problemas sociales nuevos que son la consecuencia de los flujos migratorios a los que es difícil encontrar una solución; problemas que incluso están condicionando la aplicación de los principios estructurales del Derecho de las sociedades desarrolladas y que se vertebran sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas. Todo lo cual nos lleva, tal como ha señalado NIETO, a una relación dialéctica entre globalización y Administración pública (13).

Pero a todo ello se añade una cuestión que, en mi opinión, es central: aunque pueda parecer un juego de palabras, la globalización económica es importante para el Derecho administrativo porque la raíz básica del proceso de globalización no radica, para el Derecho, tanto en el aspecto dinámico del tráfico de bienes y de servicios cuanto en la localización de las actividades económicas y de personas, por aplicación del principio de territorialidad, qué tipo de regulación vamos a aplicar. En efecto, si lo que se pretende por parte de los operadores económicos es reducir los costes de producción a través de la adquisición de los factores de producción donde resulten

(12) Sobre estas cuestiones puede verse V. NAVARRO, *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*, Ariel Sociedad Económica, Barcelona (2000).

(13) A. NIETO GARCÍA, «Globalización y Administración Pública», dentro de la obra colectiva *La globalización más allá de la empresa*, Universitat Jaume I, Castellón (2003), pág. 42.

económicamente mejor para el producto o el servicio que se quiere realizar, hay que analizar qué instrumentos van a poner a disposición los entes públicos para que la inversión se pueda atraer a un determinado país.

Esto es, se trata de examinar qué soluciones han buscado las Administraciones públicas para que algunos efectos que se consideran positivos del proceso globalizador se concentren en el territorio interior de esas Administraciones públicas: ¿qué respuestas se encuentran, por ejemplo, para que Volkswagen concentre su producción en España y no se la lleve a Chequia porque las condiciones económicas o sociales son más atractivas? Y aquí habremos de ver tanto elementos que se pueden considerar como estructurales del ordenamiento jurídico como soluciones concretas dentro de ese margen de flexibilidad que ha alcanzado el Derecho positivo económico.

El intentar conseguir la localización de las actividades económicas como mecanismo para incrementar la riqueza nacional, sirviendo a los intereses generales, obviamente va a suponer que las Administraciones públicas entren en el proceso globalizador poniendo en el mercado el gran factor de producción del que disponen, que básicamente es su Derecho especial, el Derecho administrativo, que es uno de los datos que contribuyen para determinar los costes de producción y que, por consiguiente, va a ser ponderado por los agentes económicos. Ahora bien, lo que quiero recalcar ya de entrada, para que se pueda explicar lo demás, es que, además de esas técnicas concretas —subvenciones, deducciones fiscales, rebajas en las cuotas de los trabajadores y empresarios a la Seguridad Social, cesiones de suelo industrial, construcción de infraestructuras...—, hay factores estructurales del Derecho administrativo actual que sólo se pueden explicar si tomamos en consideración el dato de la globalización: podrían desarrollarse en otro contexto, sin lugar a dudas, pero la realidad es que hoy son elementos que juegan para que la función que cumplen los entes públicos se pueda desenvolver de la mejor manera posible en este contexto de globalización.

En mi opinión, los cambios que se están produciendo afectan a diversos ámbitos de lo público, unos vinculados a elementos típicamente económicos y otros que son de contenido social. Si establecemos una caracterización general de todos ellos veremos, de entrada, cómo el ordenamiento ha experimentado cambios en cuanto a quién regula, al cómo se efectúa la regulación y al contenido que proporciona a lo regulado. En segundo lugar, veremos cómo la aplicación territorial de las normas administrativas también resulta afectada, condicionando, en mi opinión, la regla clásica de que las leyes de policía se aplican en el interior del territorio del Estado, por aplicación

del artículo 8.1.º del Código civil, tal como he señalado en otra ocasión. Y, por último, los problemas sociales están provocando cambios en cuanto a los sujetos que dentro del territorio del Estado se están aplicando las normas, quedando numerosas situaciones especiales. En todo caso, el desarrollo de todas las cuestiones no puede, por razones de espacio, ser efectuado en estas páginas, sino que su objeto es mucho más modesto, limitándose a establecer los presupuestos para el estudio de la relación entre Administraciones públicas y globalización económica, dejándose el desarrollo de las demás para otra ocasión.

II. GLOBALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La globalización económica pretende, como se ha recalcado en diversas ocasiones, el desarrollo del comercio internacional de bienes y servicios a lo largo del planeta, como vehículo para el crecimiento del beneficio empresarial. Para que esto resulte posible, no sólo es necesario que exista una legislación que permita un movimiento flexible de bienes y de servicios, sino que además han de darse otra serie de presupuestos que son tanto de naturaleza económica como jurídica, cuya función última es la de proteger las inversiones realizadas desde terceros países.

Desde el primer punto de vista, los postulados de tipo económico, la ejecución de un determinado tipo de política económica se hace imprescindible (14), de tal manera que los operadores económicos transnacionales puedan encontrarse a salvo de alteraciones perjudiciales de las condiciones que puedan resultar dañinas para el desarrollo de la actividad y sus previsiones de beneficio. Olvidando otros condicionantes de carácter social, las líneas generales de la política económica se han de dirigir a mantener la balanza de pagos y el déficit público —con el fin de que no se desboque la inflación e, indirectamente, para que ciertos servicios sociales no se puedan prestar por los entes públicos y haya que acudir a los mecanismos privados de prestación—, se ha de reducir la participación pública en la economía —básicamente con la privatización de las empresas públicas y limitando el poder público a un mero papel de árbitro de controversias entre operadores económicos— y se ha de buscar la equiparación entre los precios internos y externos de los productos,

(14) Sobre la economía y las políticas económicas en la globalización, véase A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, *Economía política de la globalización*, Ariel Económica, Barcelona (2000). Debe verse, asimismo, el excelente trabajo de V. NAVARRO, *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Ariel Sociedad Económica, Barcelona (1998).

como medio para ganar competitividad en los países más desarrollados (15). Sólo los elementos residuales del presupuesto público se pueden destinar a programas de naturaleza social, tales como educación, sanidad, aunque con un grado de prestación que, como se indicó con anterioridad, no ponga en peligro la estabilidad presupuestaria, que hoy en los países de la Unión Europea se exterioriza con el mito del *déficit cero* (16), mito a cuyo desarrollo contribuyen esencialmente las reglas de contabilidad pública SEC-95, que resultan de todo menos inteligibles.

Pero jurídicamente también necesita el respaldo del entramado organizativo que se desarrolla con la globalización, para lo cual la primera regla es la del mantenimiento de una situación jurídica que proteja los derechos de propiedad y libertad de empresa de forma clara e inviolable. Es el presupuesto de que no van a existir cambios de modelos reguladores y sorpresas desagradables y que se va a permitir, por consiguiente, el desarrollo de las actividades económicas en condiciones que, como mínimo, serán igual de ventajosas que el día de su establecimiento. Se trata de un mecanismo de protección de las inversiones al cual está destinada directamente la tendencia hacia un Derecho global que se está desarrollando en la actualidad y en el cual cada uno de los tipos de actores juegan papeles diferentes, ya sean entidades públicas o privadas, que tienen un rol que cada vez resulta más importante.

Antes he hecho referencia a los posibles orígenes que tiene este desarrollo de la uniformidad jurídica. Recordemos, con las palabras de SHAPIRO, que este «conjunto de reglas puede ser impuesto por un actor coactivamente, adoptado por consenso global o ser el resultado de un desarrollo paralelo en todas las partes del mundo» (17). La cuestión, en mi opinión, no admite una respuesta unívoca, dado que teniendo en cuenta quién es el presionado y el que efectúa la recomendación de este desarrollo global, las posibilidades son variadas. Lo que sí creo que puede plantearse es que este desarrollo global está conduciendo a una cierta americanización del Derecho —aunque, sin duda, no tan exagerada como ven algunos autores estadounidenses (18)—, tanto en

(15) Sobre los actores de esta política económica, véase el trabajo de S. STRANGE, *The retreat of the State. The diffusion of power in the World Economy*, Cambridge University Press (1996).

(16) De hecho, en el Informe sobre desarrollo humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de 1999 se indica claramente cuál ha sido la orientación de la legislación en relación con la globalización: «se ha progresado más en materia de normas, estándares, políticas e instituciones relativos a los mercados mundiales que respecto de la gente y sus derechos. Y se necesita un nuevo compromiso con la ética del universalismo enunciada en la Declaración Universal de Derechos Humanos».

(17) M. SHAPIRO, *The globalization of law*, en el «Indiana Journal of Global Legal Studies», otoño 1993, pág. 37.

(18) M. SHAPIRO, *The globalization of law*, *op. cit.*

lo que afecta a su contenido sustantivo —la liberalización—, como a los modos de comportamiento de las Administraciones públicas, como a las instituciones que están aplicando este sector del ordenamiento jurídico.

Americanización que se está traduciendo en la importación acrítica de instituciones —que en multitud de ocasiones se han de insertar de forma un tanto forzada en sistemas constitucionales diferentes—, en la introducción de modos de comportamiento de las Administraciones públicas también distintos a los que han venido desarrollando de forma tradicional, intentando transponer los modos de funcionar del Derecho estadounidense. Este proceso de globalidad por la importación de instituciones estadounidenses está conduciendo a dos tipos de problemas, como ya adelantara NIETO hace algunos años: por un lado, el de la importación descontextualizada, que conduce al «fracaso seguro», con independencia de que resulten fórmulas exitosas en los países de origen; por el otro, el de la importación de instituciones que en otros países, en EE.UU. básicamente, están fracasando, ya que en ocasiones incluso no se han importado los mecanismos de solución de dichos problemas (19).

No obstante, para sentar las bases de la uniformidad jurídica, ésta ha de diferenciarse entre la que procede de las entidades internacionales y la que tiene su origen en organismos de carácter privado.

II.1. *Globalidad del ordenamiento con origen en entidades internacionales*

Uno de los factores más relevantes que está modificando el ordenamiento jurídico en este contexto de globalización es la actuación de las entidades internacionales. De entrada, no podemos olvidar un dato esencial: para acrecentar esta sensación de seguridad jurídica —imprescindible, por otra parte, para perder el miedo a realizar las inversiones económicas, que en muchos casos son multimillonarias—, el operador económico juega con la ventaja derivada del origen internacional de la regulación (20). En efecto, el anterior entramado organizativo, que se verá con posterioridad, juega como

(19) A. NIETO GARCÍA, en el «Prólogo» a mi libro *El alcance del control judicial de las Administraciones públicas en los EE.UU. de América*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid (1996), págs. XXI y ss.

(20) A este fin, resulta paradigmático el Tratado de la Unión Europea, en donde se disponen los principios generales de la política pública, que es directamente beneficioso para estas entidades. No obstante, conviene recordar aquí el rechazo constante de los movimientos antiglobalización a las actividades de los entramados internacionales y que se han manifestado en cada una de las reuniones.

elemento de defensa frente a cambios bruscos en el sistema, sobre todo si tenemos en cuenta que sus principios estructurales han sido configurados en el ámbito supraestatal, adoptando las Administraciones públicas nacionales —y en muchas ocasiones también los Parlamentos nacionales— el papel de meros aplicadores de una orientación normativa aprobada en eslabones supranacionales. Conviene, a estos efectos, recordar la diferente función que juega cada uno de los niveles en la configuración del Derecho en el que se mueven las compañías que participan de la globalización, actuando una parte de los agentes como arquitectos del sistema —los elementos supranacionales, ya sean organizaciones internacionales, ya sea mera coordinación de Estados (por supuesto, con distinto peso entre ellos), ya sean operadores económicos que operan en diversos países con capacidad de presión sobre los poderes nacionales (21)— y los restantes elementos, los nacionales, como operarios que ejecutan las directrices generales aportadas por los operadores supranacionales.

En efecto, hay dos tipos de entidades, las que ocupan —en el esquema que han desarrollado los politólogos HIRST y THOMPSON (22)—

(21) Sobre cómo juegan estos agentes económicos, véase J. WIENER, *Globalization and the harmonization of Law*, Pinter, Londres y New York (1999), págs. 18-19.

(22) En mi opinión, la mejor clasificación es la de P. HIRST y G. THOMPSON, *Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance*, Polity Press, Cambridge, págs. 121 y 122.

De acuerdo con ella, las entidades encargadas de la gestión de los asuntos públicos se dividirían del siguiente modo:

1. Gobierno a través de los acuerdos multilaterales que se producen entre las grandes naciones desarrolladas, tales como el G-7. Su objeto fundamental es estabilizar los tipos de cambio, coordinar la política fiscal y monetaria, así como cierta normativa referida a las transacciones financieras.

2. Gobierno, en segundo lugar, a través de agencias constituidas por un conjunto considerable de Estados encargadas de la gestión de ámbitos específicos: así, nos encontramos con la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, etc. Ellas son los más importantes, dado que de forma interrelacionada asumen la función de determinar la política económica mundial. Junto a ellas, y con un ámbito también de gestión de aspectos concretos, aparecen las organizaciones encargadas de administrar los conocimientos técnicos y de adoptar disposiciones de normalización entre diversos sistemas, como pueden ser la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión Postal Internacional o la Organización Mundial de Meteorología.

3. Sistemas regionales de integración económica, como pueden ser la Unión Europea o el área comprendida dentro del Tratado de Libre Cambio.

4. En cuarto lugar, la Administración pública de los Estados nacionales, que tiene dos funciones básicas: por un lado, proveer la solución de los problemas de carácter social de cada uno de los países y, en segundo lugar, implementar las políticas aprobadas en 1, 2 y 3 para que la competencia resulte posible y las posibilidades de actuación de las corporaciones transnacionales resulten factibles.

5. Y en quinto y último lugar, los sistemas intranacionales de carácter regional y local, cuya misión es la provisión de servicios colectivos tanto a la población como a los distritos comerciales. Normalmente, aspectos concretos de la competencia entre ordenamientos se producen a través de la labor de estos entes subestatales, ya que son ellos los que otorgan subvenciones, dan suelo para el establecimiento, efectúan exenciones impositivas, etc.

los escalones dos (organizaciones internacionales suprarregionales con ámbitos materiales determinados) y tres (sistemas regionales de integración económicos), que desempeñan el papel de configuradores estratégicos del ordenamiento. Son ellos quienes prefiguran los principios y necesidades mínimas que tienen las compañías que se benefician de la globalización, en una tarea que se presenta a la luz de la opinión pública como necesidades objetivas para el crecimiento económico y el beneficio económico general. Se trata, cierto es, de disposiciones muy principales pero que proporcionan una orientación suficiente para los reguladores nacionales, que son los que dotan de cobertura jurídica general al sistema (23). A ello ha de añadirse todo el conjunto de actos sin contenido normativo formal (24) (informes, recomendaciones, libros verdes y blancos) o disposiciones que son de aceptación voluntaria (cuyo contenido coincide, además, con aquellas donde se establecen obligaciones de interés general) (25) en que se justifica la bondad de la disposición que se va a adoptar. El papel de las organizaciones supranacionales se configura, por consiguiente, como el de verdaderos arquitectos del sistema económico (26), ya que «condiciona la labor del legislador estatal, privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica» (27).

(23) Para ver cómo juegan estas normas, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de las nuevas regulaciones, que no es otro que el fomento del comercio internacional, resulta ilustrativo el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio aprobado en el marco de la Organización Mundial del Comercio, donde se estatuye un sistema de prevalencia entre las disposiciones nacionales y las internacionales, estableciéndose, incluso, un sistema de producción peculiar para atenuar las posibles diferencias.

(24) La amplitud e importancia de las recomendaciones, dictámenes, opiniones y actos similares en el marco comunitario han sido, de hecho, los principales impulsores de actos de armonización legislativa para la aplicación de políticas determinadas.

(25) Estas obligaciones de interés general también han de ser armonizadas en todos los países, con el fin de que la uniformidad jurídica no desaparezca. En cuanto a su carácter voluntario, resulta ilustrativa la hoy derogada Directiva 96/92 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, cuyo artículo 3.2 dispone que «dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, en particular su artículo 90, los Estados miembros podrán imponer a las compañías de electricidad obligaciones de servicio público de interés general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente».

(26) Ha de tenerse en cuenta que, incluso, las normas aprobadas por las organizaciones supranacionales con ámbito material determinado disponen de prevalencia sobre las que promulguen las organizaciones regionales de integración económica. Así, tomando el caso de las relaciones entre las disposiciones aprobadas en el sistema GATT y las normas comunitarias, jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que tales reglas «tienen el efecto de obligar a la comunidad» (STJCE 12.12.72, As. 21/72, Recueil 72, pág. 1219) y, por consiguiente, le corresponde la obligación de determinar el «ámbito y efecto de las reglas del GATT dentro de la Comunidad» (sentencia de 16 de marzo de 1983, As. 267 a 269/81, Rec. 1983) determinando las consecuencias que tiene el incumplimiento de las disposiciones GATT por parte de los sujetos internos comunitarios.

(27) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Ed. Civitas, Madrid (2001), pág. 37.

La labor de los arquitectos se lleva a la práctica a través de la actividad que ejecutan los *albañiles*, esto es, las autoridades nacionales, tanto Estados como entidades infraestatales en el caso de sistemas estatales con un grado importante de federalización, como es el caso español, el estadounidense o el alemán. Son ellos, en definitiva, los que tienen que desarrollar los principios que han creado las entidades supranacionales para que dispongan de fuerza normativa real, adaptándolos a las peculiaridades de cada uno de los Estados, sobre todo en sus aspectos procedimentales y de organización, ya que este Derecho tiene un contenido material mínimo. Y téngase en cuenta que la competencia entre ordenamientos que veremos con posterioridad se puede producir únicamente en relación con lo que exceda de los principios generales de reglamentación que ha aprobado la organización supranacional, sin poder violentar, en ningún caso, su contenido.

Para acrecentar la sensación de seguridad económica en los operadores, las autoridades nacionales se encuentran sujetas por los instrumentos de resolución de controversias adoptados en el seno de las entidades supranacionales con el fin de disponer de un instrumento coactivo para imponer los principios estructurales que se han adoptado en las normas constitutivas (28). Así, si tomamos el ordenamiento comunitario, por tomar uno que nos resulte familiar, establece un conjunto de instrumentos para declarar la nulidad de aquellas disposiciones y actos que resulten contrarios al ordenamiento supranacional; el resarcimiento de daños se ve reforzado por la posibilidad, afianzada últimamente, de declarar la responsabilidad del Estado en el supuesto de que se produzca un daño como consecuencia de una violación suficientemente caracterizada de la normativa comunitaria —algo que, como ha señalado la doctrina, es de todo menos claro ya que se introducen muchos correctores (29)—, y, por último, se establece un sistema para declarar la inactividad del Estado en la plasmación del Derecho comunitario que no es directamente aplicable. Todo lo cual funciona en un marco de continuo diálogo entre órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios. Y si este sistema funciona de forma clara en el marco de las organizaciones suprarregionales de integración (30), de igual manera ocurre en las restantes

(28) Sobre el sistema de la Organización Mundial de Comercio, véase E. LÓPEZ BARRERO, *El sistema de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio: funcionamiento y revisión en la ronda del milenio*, en la «Revista Jurídica del Perú», núm. 49 (agosto 2003), págs. 95 y ss.

(29) Por todos, véase R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, coedición de la Fundación Universidad Empresa y la Editorial Civitas, Madrid (1997).

(30) Se trata, por lo demás, de un fenómeno que aparece en todos los sistemas de integración. Con relación a Mercosur y Tratado de Libre Cambio, véase R. ALONSO GARCÍA,

instancias, en donde se establecen procedimientos propios para constatar la violación de los principios adoptados en el marco de ellas por un Estado miembro, como ocurre con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado en el marco del Fondo Monetario Internacional.

Estos elementos que acaban de ser descritos someramente nos conducen a una característica general de la globalización económica y de los instrumentos jurídicos a su servicio: la tendencia hacia la uniformidad global en el Derecho (31). No es sólo que exista un Derecho *de* la globalización (entendido como aquel conjunto de normas que favorecen el intercambio internacional de bienes y servicios), sino que, al mismo tiempo, el Derecho, él mismo, se globaliza. Como ha señalado SHAPIRO, este fenómeno supone «que el mundo vive bajo un conjunto global de reglas. Tal conjunto de reglas puede ser impuesto por un actor coactivamente, adoptado por consenso global o ser el resultado de un desarrollo paralelo en todas las partes del mundo» (32). Con independencia de mi escepticismo sobre las razones de esta coincidencia global, ya que no creo que surja de forma natural ese «desarrollo paralelo en todas las partes del mundo», sí refleja un dato que no se puede obviar: buena parte de la actividad económica mundial se mueve en la actualidad bajo unas reglas similares. Este elemento nos va a conducir a dos características del Derecho de la globalización: su uniformidad —como mecanismo de seguridad— y el carácter desregulador —como mecanismo para obtener ventajas competitivas, como veremos luego—.

Con relación a la uniformidad en las reglas jurídicas, se trata de una característica que está puesta al servicio de las compañías transnacionales por parte de los operadores que participan en el desarrollo del Derecho de la globalización. En efecto, para que el comercio internacional de bienes y servicios se pueda desarrollar lo más ágilmente posible resulta imprescindible que no hayan de efectuarse alteraciones en los productos para cumplir con reglas variadas de los diferentes Estados, ya que ello supondría producir nuevos elementos adaptados a cada regulación, un aumento de los costes de fabricación y un obstáculo indirecto al libre intercambio de bienes y servi-

Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme, McGraw-Hill, Madrid (1996).

(31) Sobre esta uniformidad en el campo del Derecho privado, véase J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico jurídico privado», dentro de la obra colectiva, coordinada por J. L. IGLESIAS PRADA, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio MENÉNDEZ*, IV, Ed. Civitas, Madrid (1996), págs. 5209 y ss.

(32) M. SHAPIRO, *The globalization of law*, en el «Indiana Journal of Global Legal Studies», otoño 1993, pág. 37.

cios. Ello hace que, como ha señalado MUÑOZ MACHADO, como consecuencia de la globalización «se impone que las normas se apliquen en territorios lo más amplios posible. Es decir, que no exista una fragmentación indebida de las regulaciones que exijan a los operadores económicos adaptar sus productos o servicios a cada uno de los sistemas legales que dominan en cada mercado. A la ampliación y universalización de los mercados, debe corresponder una ampliación y globalización de las normas aplicables» (33).

Y téngase en cuenta que no sólo se ha de producir una evolución paralela que conduzca a la uniformidad en el Derecho material aplicable, sino que para que las corporaciones económicas se puedan beneficiar de las ventajas de la globalización los requisitos administrativos necesarios para su establecimiento en otro Estado, de igual manera, han de ser reducidos al mínimo imprescindible, tanto en lo que afecta a las condiciones de establecimiento como a la sencillez en los procedimientos administrativos. De tal manera que «a causa de su bajo grado de coercibilidad, (...) se limita a establecer premisas para decisiones, a facilitar acuerdos, a estimular negociaciones y hacer viables soluciones aceptables para cada situación específica, introduciendo en el orden jurídico una flexibilidad inédita y desconocida» (34). Nótese, a este fin, que la uniformidad de la normativa aplicable se produce tanto en el Derecho material aplicable como en las disposiciones que reglamentan las relaciones económicas de los particulares con las Administraciones públicas, en particular aquellas que afectan a la contratación pública, que, no se puede olvidar, está sustantivamente determinada por los principios de la liberalización (35).

Este dato de la generalización de las normas aplicables se produce en dos estadios: por un lado, de forma más lata, en el marco de las organizaciones supranacionales de carácter económico, esto es, el segundo escalón administrativo. En este primer escalón de la globalización, la uniformidad normativa se produce en un carácter muy principal, aunque no se puede olvidar que está alcanzando prácticamente cualquier ámbito material, ya sea armonización de bienes o de servicios, como bien se exterioriza con la normativa proveniente

(33) S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid (1998), pág. 291.

(34) J. E. FARÍA, *El derecho en la economía globalizada*, Ed. Trotta, Madrid (2001), pág. 151.

(35) Resulta, en este sentido, ilustrativo de la relevancia que tienen las disposiciones sobre contratación que en el propio marco de la Organización Mundial del Comercio se ha aprobado un Acuerdo sobre Contratación Pública en el que las partes reconocen «la necesidad de un marco multilateral efectivo de derechos y obligaciones con respecto a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión cada vez mayor del comercio mundial y a mejorar el marco internacional en que éste se desarrolla».

de la Organización Mundial del Comercio, que impide la producción de normas donde se establezcan obstáculos al comercio internacional de servicios que resulten absolutamente justificados (36). Y la prueba de la importancia que tiene este Derecho de este tipo de organizaciones como mecanismo para lograr la uniformidad legal está constituida por la creación de mecanismos de resolución de controversias que son obligatorios a los signatarios del acuerdo.

Pero este proceso de uniformidad jurídica se produce con mucha mayor intensidad en el marco de los sistemas regionales de integración (37), por tres razones diferentes: por un lado, debido a que la regulación que adoptan estos entes públicos tiene un grado de desarrollo y concreción superior al que tienen las organizaciones transnacionales de ámbito material. Desarrollo que hay que entender en el doble sentido de más ámbitos regulados (fruto precisamente de que tienen una pretensión de generalidad en el ámbito de su actuación, ya sea porque las normas constitutivas así lo prevén, ya sea porque se irrogan competencias) y en el sentido de que la regulación es muchísimo más detallada.

Estos dos factores han de complementarse con un elemento que tiene una importancia cualitativa de primera magnitud: el proceso de aplicación de tales disposiciones es, de igual modo, mucho más intenso debido a que este tipo de entidades tienen mecanismos de resolución de controversias que son bastante eficaces. Esta resolución de controversias se puede realizar ya sea mediante órganos de carácter jurisdiccional —como ocurre en el marco de la Unión Europea—, ya sea a través de organismos que tienen carácter arbitral —que es el sistema que se ha desarrollado en el Tratado de Libre Comercio mediante los paneles arbitrales formados por cinco miembros elegidos por las partes contendientes dentro de una lista de treinta individuos pactada previamente por los tres Estados (38)—.

(36) Sobre la normativa del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), véase M. LÓPEZ ESCUDERO, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Ed. Tecnos, Madrid (1996). Como señala el autor (págs. 157 y ss.), el GATS constituye un extenso y complejo tratado internacional que prevé tres tipos de técnicas distintas para la liberalización del comercio internacional de servicios: *a)* un mecanismo preventivo, consistente en la obligación de transparencia de la actividad normativa y reglamentaria de los Estados en materia de los servicios; *b)* una técnica positiva, consistente en la eliminación de los obstáculos al comercio mediante el recurso al reconocimiento mutuo y a la armonización de legislaciones, y *c)* una técnica negativa, que se traduce en la aplicación de varios principios liberalizadores, que están además recogidos en el propio texto del Acuerdo.

(37) Sobre la importancia que tiene el contenido de las normas de los sistemas regionales de integración sobre la actividad normativa de Derecho interno resulta ilustrativo el dato, citado por MAJONE, de que en 1993 sólo entre el 20 y el 25% de las disposiciones aprobadas en Francia carecen de referente europeo. G. MAJONE, «The rise of statutory regulation in Europe», dentro de la obra colectiva, dirigida por el propio G. MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, Londres (1996), pág. 57.

(38) Sobre la configuración de este sistema del Tratado de Libre Comercio, véase

Dentro de este primer elemento de cohesión jurídica hace falta citar un dato que contribuye mucho al desarrollo de la uniformidad jurídica: el principio de reconocimiento mutuo de legislaciones termina proporcionando cobertura a todos los actos realizados en un país distinto a aquel donde se quiera que desplieguen sus efectos. Esto es, a través suyo vamos a encontrar la aplicación de las normas nacionales fuera del territorio del Estado de referencia siempre y cuando cumplan con el mínimo exigido por las disposiciones que se están armonizando.

La labor de integración jurídica que cumplen las organizaciones regionales de integración económica tiene una segunda vertiente que es remarcable. Teniendo en cuenta que la interacción entre los miembros está reforzada por la integración, estas organizaciones acaban configurando principios generales que rigen la actividad tanto pública como privada, de forma que se configura una especie de «patrimonio jurídico común». En el ámbito del ordenamiento comunitario esta idea es muy clara con el denominado *ius commune* europeo (39), que hace circular principios comunes a la actividad de los entes públicos, como ha ocurrido con el denominado principio de confianza legítima, que, tras su origen comunitario, ha aparecido recogido de forma expresa en la modificación de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (40).

La cuestión es que estos principios comunes de regulación de las actividades públicas y privadas se refuerzan mediante la aprobación y aplicación de *políticas comunes*, tal y como tiene efectuada la Comunidad Europea, en donde se sustraen de una u otra forma de la

R. ALONSO GARCÍA, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, McGraw-Hill, Madrid (1996).

(39) Sobre el *ius commune* europeo, véase R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Ed. Civitas, Madrid (1989).

(40) Sobre la configuración de este principio en el marco comunitario, véase R. ALONSO GARCÍA, *Tratado de Libre...*, *op. cit.*, págs. 149 y ss.

Conviene recordar que esta armonización juega en doble dirección, tanto creando nuevo Derecho como eliminando principios básicos del sistema interno. Un ejemplo palmario de esta última vertiente lo encontramos en la desaparición progresiva del servicio público por aplicación de los principios de la Unión Europea, que, como se vio con anterioridad, se mueve de espaldas a él. Tanto es así que en la nueva regulación de los sectores económicos se contienen afirmaciones radicales de la desaparición de este sistema tradicional, aunque un tanto etéreo, como se muestra con la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, donde se afirma que: «A diferencia de regulaciones anteriores, la presente ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional».

competencia de los Estados estos ámbitos materiales, condicionando en mayor o menor medida la normativa que se puede aprobar (41) o, pura y simplemente, eliminando los elementos básicos de la actividad nacional, como es el caso de la Política Agraria Común, que engloba la política pesquera. Y, por último, no se puede dejar de mencionar los actos jurídicamente atípicos que adopta la Comunidad Europea y que sirven para terminar de configurar la política comunitaria (42).

Existe, en tercer lugar, un dato que no se puede olvidar cuando se analiza el papel tan preponderante que están jugando los sistemas regionales de integración en este proceso de uniformidad jurídica. Este tipo de entidades son, en ocasiones, partícipes en organizaciones supranacionales, con lo cual pueden jugar una función doble: por un lado, son partícipes del proceso de aprobación normativa que se efectúa en los eslabones superiores y, por el otro, son receptores de la normativa aprobada, de manera que se obligan a interpretar su propia normativa de acuerdo a los actos de aquéllas, en un fenómeno cuya intensidad se refuerza precisamente por el dato de que, en multitud de supuestos, ellas mismas son partícipes del proceso de concertación de ese acuerdo internacional (43).

El caso de la Unión Europea es, a estos efectos, paradigmático de cómo funciona un sistema regional de integración como vehículo para la afirmación de la validez normativa de los actos de las restantes organizaciones internacionales (44). Por un lado, para analizar

(41) Así, por ejemplo, la normativa nacional sobre telecomunicaciones es consecuencia de la política de telecomunicaciones de la Unión Europea. Sobre ésta, véase A. ALABAU, *La Unión Europea y su política de telecomunicaciones. En el camino hacia la sociedad de la información*, Fundación Airtel Móvil, Madrid (1998).

(42) Dentro del Derecho de la Comunidad existe una amplia tradición en estos actos no vinculantes dentro del sistema de fuentes comunitario: así, se pueden aprobar opiniones (que expresan la opinión de una institución comunitaria en relación con un problema determinado, que se emite siempre a petición de un Estado), las recomendaciones (que expresan una invitación o un exhorto a que los Estados miembros adopten un determinado comportamiento sin existir una obligación de resultado, constituyendo, más o menos, una directiva no vinculante). Sobre estos actos puede verse, en general, G. STROZZI, «El sistema normativo», dentro de la obra colectiva, dirigida por M. P. CHITI y G. GRECO, *Tratato di Diritto Amministrativo Europeo*, I, Guiffirè, Milano (1997), págs. 36 y ss.; así como, entre nosotros, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, J. A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, EUROLEX, Madrid (1996), págs. 312 y ss.

Este problema, que es general en todas las ramas del Derecho administrativo económico, puede verse de forma palmaria en materia de telecomunicaciones, a través de determinadas recomendaciones sobre tarifas de interconexión, con la paradoja de que incluso existen reglas de derogación entre ellas. Sobre estas cuestiones, véase J. M. DE LA CUÉTARA, *Las normas recomendadas, ¿una fisura en el principio de legalidad?*, en la «Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red», núm. 2 (septiembre 1998), págs. 141 y ss.

(43) En el caso comunitario, sobre su participación como sujeto de Derecho internacional, véase J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid (1998).

(44) Sobre esta cuestión, véase J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho internacional...*, *op. cit.*

los elementos a través de los cuales surge la integración de la normativa supracomunitaria en su ámbito de actuación deriva de un principio elemental del Derecho internacional: el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de la Comunidad, que, por extensión, despliegan su incidencia en todos los Estados miembros. Ello hace, en primer lugar, que estas normas internacionales actúen como parámetro de interpretación del Derecho comunitario, de forma que existe una obligación de que cualquier disposición o acto de Derecho comunitario deba entenderse interpretado de acuerdo con las normas y obligaciones internacionales que obligan a la Comunidad (45). Y, en segundo lugar, los instrumentos de control jurisdiccional comunitario se ponen al servicio del cumplimiento del Derecho internacional general, como se ha puesto de relieve en bastantes supuestos (46). Pero, además, ha de tenerse en cuenta que ello lo hace por propio interés de la Comunidad, como ocurre con la interpretación uniforme de las normas aprobadas en el marco del sistema GATT (47).

II.2. *Globalidad del ordenamiento y participación de entidades privadas*

En el desarrollo de la uniformidad de las reglas que rigen los comportamientos globalizados tienen una gran importancia no sólo actores públicos, las organizaciones internacionales y las Adminis-

(45) Así, en este sentido, se desprende de las sentencias *Werner* (As. C-70/94) y *Leifer* (As. C-83/94), de 17 de octubre de 1995, donde se puede leer que «esta comprobación resulta, por lo demás, corroborada por el artículo XI del Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que puede considerarse pertinente para interpretar un instrumento comunitario que regula el comercio internacional». En efecto, este artículo lleva por título «Eliminación general de las restricciones cuantitativas», y alude en su apartado 1 a las «prohibiciones o restricciones —aparte de los derechos de aduanas, impuestos u otras cargas—, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación o por otras medidas»

(46) En esta línea se puede citar la sentencia de 10.9.1996 (*Comisión c. Alemania*, As. C-61/94), por la que se condena a Alemania por infringir las disposiciones de un Acuerdo sobre el sector lácteo adoptado en el seno del GATT, por no haber impedido la importación de productos lácteos a precios inferiores a los prescritos. O, por tomar una resolución que no afecte al sistema GATT, la sentencia de 25.2.1988 (As. 194/85), por la que se condena a Grecia por haber impuesto medidas de efecto equivalente a la prohibición de importación de plátanos procedentes de países ACP, algo que estaba prohibido en el marco del segundo Convenio de Lomé.

(47) En este sentido, en la sentencia de 16.3.1983 (As. 267-269/81), en el asunto *SPI* y *SAMI*, donde el Tribunal afirma en referencia al GATT que «es preciso que las disposiciones del acuerdo general, como las disposiciones de cualesquiera otros acuerdos que vinculan a la Comunidad, reciban la misma aplicación en el conjunto de ésta. En efecto, toda divergencia de interpretación y de aplicación tendría por efecto no sólo comprometer la unidad de la política comercial que según el artículo 113 del Tratado debe fundarse sobre principios uniformes, sino además crear distorsiones en los intercambios comunitarios».

traciones públicas nacionales, sino que juegan un papel preponderante actores privados.

En primer lugar, resulta necesario hacer referencia al papel que están jugando las grandes organizaciones no gubernamentales, que están teniendo una función importante en el desarrollo de las políticas sociales, sobre las cuales los poderes públicos sencillamente han desistido (48).

Asimismo, resultaría imprescindible hacer referencia al papel que están jugando las grandes corporaciones transnacionales a través de la *lex mercatoria* —que es el Derecho más relevante para la globalización económica, como veremos con posterioridad—, cuyo peso específico hace que pocos Estados puedan oponerse a los postulados que defienden. En relación con estas entidades la relación es de absoluta cooperación, tal como señala CHEVALLIER, de tal manera que «el Estado no pretende imponer su voluntad por la obligación; discute con las empresas y se esfuerza en obtener su colaboración, que jamás está conseguida de antemano» (49).

No obstante, dentro de los agentes privados que están adquiriendo un papel relevante en el proceso de uniformidad jurídica, hay unas entidades que deben ser citadas de forma separada por el peso especial que están teniendo en el desarrollo de lo jurídico: las grandes corporaciones jurídicas mundiales (50). Como ha señalado con evidente acierto CAPELLA, «estos gabinetes transnacionales son los auténticos creadores intelectuales de las normas de la *lex mercatoria*, en realidad son sus aparatos institucional-burocrático más importantes. Entre ellos negocian el contenido normativo de los acuerdos del soberano difuso y aspectos importantes de los acuerdos mismos. Asesoran a grandes empresas transnacionales y están a cargo de cualquier operación financiera de envergadura, supervisada por ellos desde todos los puntos de vista posibles, jurídicos o no» (51). De hecho, multitud de figuras contractuales no previstas originariamente en las normas, que tienen un cierto aire de novedosas y que sin duda son atípicas, como pueden ser el *leasing*, *joint venture*, *factoring*..., se han ido desarrollando en el impulso de estas corporaciones, tenien-

(48) Sobre el papel de las organizaciones no gubernamentales en las modificaciones del ordenamiento jurídico, véase K. NOWROT, *Legal Consequences of Globalization: The Status Of Non-Governmental Organizations Under International Law*, en el «Indiana Journal of Global Legal Studies», núm. 6 (1999), págs. 579 y ss.

(49) J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la regulation juridique*, en la «Revue de Droit Public et de la Science Politique», núm. 3 (1998), págs. 677-678.

(50) Sobre el papel de los grandes gabinetes de consultoría jurídica, de origen anglosajón, es clásico el estudio de Y. DEZALAY, *Marchands de droit, la restructuration de l'ordre juridique international para les multinationales du droit*, Fayard, París (1992).

(51) J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida...*, *op. cit.*, pág. 288.

do presente, además, que son las propias centrales de estos gabinetes jurídicos las que distribuyen entre sus filiales los modelos contractuales tipo a partir de los cuales se firman los contratos particulares por los operadores económicos (52). La uniformidad de las prácticas contractuales en la mayor parte del mundo es, en definitiva, una importante razón para el propio éxito de estas corporaciones jurídicas, dado que permite a los operadores tener una visión más próxima de las consecuencias jurídicas de sus actos, con independencia del lugar donde vayan a desplegarse los efectos.

A esta importancia hay que añadir una suplementaria: las evidentes posibilidades que tienen de desarrollar su influencia de forma rápida en diversos lugares del mundo, con lo que se reduce el factor tiempo, con el coste económico que tiene aparejado, para los operadores beneficiados por su actividad. Y no podemos olvidar un dato que también contribuye a extender la importancia de estas corporaciones jurídicas: el liderazgo del inglés como idioma de negociación y redacción de los contratos, con lo que las formas jurídicas de inspiración anglosajona que antes han sido recordadas tienen mayores posibilidades de expansión. Estos elementos, que pueden parecer accesorios pero que no lo son, permiten asimismo el desarrollo de usos comerciales.

Esta participación de las grandes corporaciones jurídicas en el campo del Derecho privado es bien conocida, dado que la vienen realizando, con notorio éxito, desde hace bastante tiempo. No obstante, en los últimos tiempos han diversificado su actividad de manera que no sólo actúan como grandes asesores de las compañías transnacionales, sino que, además, se han transformado en entidades que prestan un apoyo muy importante a las organizaciones públicas en el desarrollo de su actividad. Para notar la importancia que tienen hay que recordar el dato de que estos gabinetes jurídicos forman parte de grupos en los que existen también gabinetes de consultoría que, aunque formalmente sean sociedades diferenciadas, desarrollan su actividad en muchos casos de forma coordinada. Esto permite extender su influencia a la propia configuración de la política que van a aplicar los entes públicos, ya que estas entidades juegan con el prestigio que les proporcionan sus conocimientos técnicos.

Ha de tenerse en cuenta que a través de esta labor de consultoría están incidiendo no sólo en la formulación de las políticas públicas, sino también en la gestión del personal de los entes públicos, en la regulación de las actividades económicas y en la propia aplicación

(52) F. GALGANO, «Le istituzioni della società postindustriale», dentro de la obra colectiva, que realizó con S. CASSESE, G. TREMONTI y T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Il Mulino, Bologna (Italia), 1993, pág. 24.

de la misma, sustituyendo a los entes públicos. El problema que plantea este recurso al asesoramiento de estos grandes gabinetes radica precisamente en la gestión pública a través de técnicas que son las que se están utilizando por parte de las corporaciones económicas privadas, lo que está suponiendo la búsqueda incesante de mecanismos que permitan huir del Derecho público, tanto en las normas de contratación como en las de contabilidad. No es sino otra forma de privatización de la actividad.

Este papel de los gabinetes de consultoría ha de enmarcarse, sin embargo, dentro de un aspecto más general, consistente en la participación de los agentes privados en la configuración del ordenamiento jurídico. En efecto, en una época definible, como ha señalado PEDRIERI, por la ósmosis entre Estado y mercado, «el aparato estatal se ha cambiado: las instituciones para el mercado se estructuran en una recíproca integración con el mercado y con el mercado de las regulaciones del mercado, que se difunden en todo el aparato estatal, no sólo en la tradicional relación con el parlamento y con el gobierno, sino también con la administración estatal, regional, local, fragmentada en subsistemas de organización, con los entes independientes, instituidos como nódulos reguladores de los subsistemas y de los centros dotados de poderes autoritarios, pero también centros de negociación: la banca central, institución predominante de los Estados y de los mercados de nuestros tiempos es el ejemplo conspicuo. El Estado, instalado sobre un sistema electoral representativo articulado en partidos, se ha modificado hacia un Estado que conoce otro círculo representativo, sin elecciones, articulado sobre grupos de interés» (53).

Esta participación privada tiene, a su vez, varias vertientes que en este momento sólo pueden ser citadas: la sustitución del *hard law* por el *soft law* (54), sobre cuya relevancia creciente, derivada de las múltiples funciones que va adquiriendo, nos ilustra la jurisprudencia (55); la contractualización del Derecho (56) —tan vinculada a la

(53) A. PEDRIERI, *Estado y mercado: la ósmosis como elemento cualificador y legitimante*, en la «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 17 (enero-abril 1994), pág. 43.

(54) En este ámbito es necesaria la referencia a G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 4.ª ed., Madrid (2002).

(55) Recogiendo dos resoluciones paradigmáticas, resulta necesario hacer referencia a la sentencia *Grimaldi*, de 13 de diciembre de 1989, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o a la STC 224/1999, de 13 de diciembre, en donde aplica *soft law* comunitario como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales. Sobre el *soft law* comunitario, véase el trabajo de R. ALONSO GARCÍA, *El soft law comunitario*, en el núm. 154 de esta REVISTA (enero-abril 2001), págs. 63 y ss.

(56) Sobre este problema, véase J. CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, LGDJ, París (2003), en particular págs. 123 y ss.

desregulación—, en el refuerzo a los instrumentos de resolución de controversias (57), y, por último, el recurso directo a la actividad normativa de los sujetos particulares, como ocurre en los campos de la normalización y certificación industriales. Estos datos nos ponen sobre la pista de que el llamamiento habitual a la desregulación no supone que las actividades pasen a estar arreguladas, carentes de normativa, sino que, por el contrario, los elementos son acordados de modo contractual (58). Esto es, como ha señalado CAPELLA (59), la desregulación no supone ausencia de normas, sino que equivale a un desplazamiento de la capacidad normativa, de manera que son los operadores privados los que más contribuyen a su materialización (60), desplazando, paralelamente, la carga económica de la regulación hacia los sujetos más débiles, concretamente los usuarios de los servicios en los ámbitos, ya sea directamente (61), ya lo sea de

(57) En este punto debemos recordar el papel relevante que está tomando en estos momentos la equidad. Sobre esta cuestión, véase A. J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, París (1998), págs. 107 y ss.

(58) Con carácter general sobre esta cuestión, véase J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida...*, *op. cit.*, págs. 269 y ss.

(59) J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida...*, *op. cit.*, pág. 268.

(60) La legislación del sistema eléctrico nacional es una buena prueba de lo que se está señalando. Con anterioridad al inicio de la tramitación parlamentaria de la Ley, se firma por los operadores eléctricos el denominado Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del Sistema Eléctrico Nacional, de fecha 11 de diciembre de 1996. Allí se puede leer que el Ministerio de Industria y Energía tiene la «decidida voluntad de modificar, sobre los principios de mayor liberalización, competencia entre las empresas y garantía de un menor coste de la energía para la economía española, antes de proponer al Gobierno para su remisión a las Cortes las modificaciones legales correspondientes, para lo que juzga conveniente alcanzar un acuerdo básico con los principales integrantes del sistema eléctrico español, sin prejuzgar las conclusiones del debate parlamentario y con el reflejo adicional del compromiso que las empresas firmantes, y sus filiales o participadas eléctricas, están dispuestas a asumir como participación en el esfuerzo colectivo de los diferentes agentes económicos para la consecución de los objetivos fijados en relación con la Unión Monetaria Europea, partiendo ya de la reducción de la tarifa eléctrica en 1997» (la cursiva es mía).

Todo lo cual se plasma con posterioridad en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, donde se puede leer que «el presente texto legal también supone la plasmación normativa de los principios del Protocolo suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y las principales empresas eléctricas el 11 de diciembre de 1996. El citado Protocolo, carente de la eficacia normativa de toda norma general, supuso la concreción de un diseño complejo y global de transición de un sistema intervenido y burocratizado a un sistema más libre de funcionamiento del sector. Supuso, asimismo, el acuerdo con los principales agentes económicos de la industria sobre una profunda modificación del sistema retributivo hasta ahora vigente y sobre el escalonamiento progresivo de las distintas etapas conducentes a la liberalización del mercado. El Protocolo se configuró, en definitiva, para que, considerado en toda su extensión, fuese elemento inspirador de un profundo proceso de cambio».

(61) De nuevo el sector eléctrico nos ofrece una regulación de cómo se trasladan los costes de la nueva regulación hacia los consumidores. En este caso se trata de los denominados costes varados, que en función de la Disposición Transitoria 4.^a han de ser asumidos por los consumidores, algo que, por otra parte, aparecía ya recogido en determinados puntos del Protocolo pactado entre las compañías eléctricas y la Administración pública. Sobre

manera indirecta, a través de las transferencias de fondos públicos para realizar determinadas *compensaciones*. O, por decirlo gráficamente, se produce una «definición contractual de lo público», en la que «los principales ámbitos públicos han de ser acordados, en su extensión y en su configuración, mediante negociaciones entre los representantes públicos del Estado y los agentes del soberano privado supraestatal» (62).

III. LA COMPETENCIA ENTRE ORDENAMIENTOS

III.1. *Cuestiones generales sobre la competencia entre ordenamientos jurídicos*

La cuestión que surge inmediatamente es la siguiente: si se tiende hacia la uniformidad jurídica, ¿qué ventajas se pueden obtener con la globalización? La respuesta es sencilla: la uniformidad jurídica es algo que surge sólo en las pautas generales de la regulación, nunca en los aspectos de detalle. Son éstos los que permiten que se puedan obtener ventajas competitivas por el tráfico entre diversos países: subvenciones, infraestructuras, Seguridad Social, regulación social..., son todos ellos factores económicos que son analizados por los operadores para fijar la sede de sus actividades económicas. En el fondo, no es otra cosa que extender la competitividad del campo tradicional, la lucha entre empresas, a campos diferentes, como pueden ser los diversos ámbitos territoriales en los que hay regulaciones diferentes. Como ha señalado AMAN, «los Estados han adoptado no sólo la retórica dominante del sector privado sino también cada vez más a menudo las estructuras del sector privado, sus objetivos y sus modos de funcionamiento. Cada vez más, los gobiernos en todos los niveles juegan como si fueran corporaciones transnacionales» (63). Usando este juego estatal, todos los actores que se encuentran afectados por el proceso de globalización intentan localizarse en el lugar que resulta más atractivo para el desarrollo de sus actividades económicas o donde pueden encontrar mejores condiciones de vida. El problema básico es que son los Estados los que intentan dirigir el

los problemas de la transición de un régimen monopolístico a uno competitivo, justificando la conveniencia de estas compensaciones económicas, véase el estudio de R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid (2003).

(62) J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida...*, *op. cit.*, pág. 270.

(63) A. C. AMAN, *The globalizing state: A future-oriented perspective on the public/private distinction, federalism and democracy*, en el «Vanderbilt Journal of Transnational Law», vol. 31-3 (1998), pág. 797.

tipo de internacionalización que van a aceptar. En definitiva, este comportamiento competitivo de los entes públicos no es sino una derivada de la competencia global que existe entre las empresas transnacionales.

Subvenciones directas e indirectas, modulaciones en la aplicación del Derecho tributario, costes sociales de la mano de obra, regulaciones medioambientales, normativa sobre seguridad industrial y sobre seguridad e higiene en el trabajo son los elementos de la otra parte del Derecho de la globalización, de un carácter marcadamente administrativo, en el que surgen las discrepancias entre los ordenamientos jurídicos: aquí cada operador público —tenga el tamaño que tenga— actúa de manera que pueda obtener las mayores ventajas de la globalización, ya sea de forma general, ya lo fuera de forma particular, creando derechos *ad hoc* para cada operador que desea intervenir en un ámbito territorial.

Este hecho tiene una primera consecuencia, de especial importancia: la reducción de la generalidad de las normas y el progreso a lo que se ha definido como *neofeudalización* del ordenamiento (64), que afecta a todos sus ámbitos, aunque con particular empeño al ordenamiento administrativo, en un fenómeno fomentado por la desregulación. Anticipando una idea que aparecerá con posterioridad, cada operador de la globalización consigue un *Derecho administrativo particular*, producto de la imprecisión de la norma que hace que el proceso de concreción recuerde a una negociación interpartes para que ambas concluyan ventajas. No es que desaparezca el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, sino que la norma reglamentaria es tan dúctil que permite una aplicación a la carta del Derecho en función de la capacidad de negociación de cada uno de los operadores.

El fenómeno de las industrias establecidas en los límites de las fronteras —ya sean interestatales, como entre EE.UU. y México, o intraestatales, como Madrid y Castilla-La Mancha— es la exteriorización más clara de cuanto se está señalando. El país donde se establece tiene el Derecho más propicio para el actor económico, pero, sin embargo, las mayores ventas se producen al otro lado, en EE.UU. y la Comunidad de Madrid, siguiendo el ejemplo. Sí ha de notarse que esta lucha entre ordenamientos en lo accesorio no se tiene que producir necesariamente entre ámbitos limítrofes, sino que puede ocurrir a miles de kilómetros de distancia. Hoy es perfectamente posible el desmantelamiento y posterior instalación de una industria en un

(64) Así, en este sentido, J. E. FARÍA, *O direito na economia globalizada*, São Paulo (1997), de próxima publicación por la Editorial Trotta en castellano. Tomo la referencia de J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida...*, *op. cit.*, pág. 272.

periodo de tiempo inferior al mes, en el momento en que en esa lucha de ordenamientos se haya decantado hacia un determinado ámbito geográfico.

Ha de recordarse, en este sentido, que, más allá de esos principios estructurales (que, no se olvide, son tremendamente importantes), la uniformidad jurídica ni existe ni es conveniente que aparezca en ese estadio de la regulación. Esta inidoneidad de un mayor grado de uniformidad en la regulación internacional no resulta conveniente para favorecer el comercio internacional de bienes y servicios, en la medida en que con ello se impediría la obtención de las ventajas derivadas de la competencia entre ordenamientos jurídicos, o, dicho de otro modo, los operadores transnacionales perderían buena parte de las mejoras en cuanto a su situación jurídica y a los requisitos que han de cumplir en la producción y la distribución de bienes y servicios que se producen como consecuencia de la competencia entre determinados Estados para atraer las inversiones.

Las ventajas no sólo son actuales, sino también futuras, en la medida en que la competencia interordinamental se reproduce constantemente en función de los criterios a la baja que ha comenzado a aplicar un determinado Estado, conduciendo a una modificación constante del Derecho para atraer las ventajas. En este sentido hay que recordar que, como ha señalado GUZMÁN, en un segundo momento «el mercado se armoniza, pues el modelo triunfante en cualquier actividad económica de prestación de bienes o servicios será téndencialmente imitado por los demás sistemas nacionales» (65). No obstante, esta uniformidad en un segundo momento será siempre momentánea, en la medida en que en el instante en que ella se logre, o se vea que se puede lograr, los legisladores de nuevo la abrirán, bajando aún más las exigencias o proporcionando mayores ventajas en el empeño de lograr una nueva ventaja temporal de la lucha de ordenamientos.

III.2. *Vertientes de la competencia interordinamental*

La competencia entre ordenamientos jurídicos se puede producir en dos tipos de niveles, lo que ha hecho que se hable de competencia horizontal y competencia vertical (66): entre ordenamientos que se

(65) M. GUZMÁN ZAPATER, *El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: libre prestación de servicios e interés general en la Segunda directiva bancaria)*, en la «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm. 3 (enero-junio 1998), pág. 142.

(66) En general sobre la competencia en el mundo del Derecho, véase M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona (1998), en especial págs. 15 a 70.

encuentran en el mismo plano —que sería la típica entre países— y entre ordenamientos que se encuentran en relación de supremacía territorial de uno con respecto a otro, que es la característica central de los sistemas federales —en donde se produce una discusión sobre la acumulación del poder y la gestión de los recursos como mecanismo para hacer más atractivo el funcionamiento de lo público, tan necesario para atraer el capital y las personas—. La globalización afecta a ambos ámbitos, ya que, como se ha indicado con anterioridad, dentro de los territorios interiores también se pueden producir competencias para la atracción de las inversiones.

La competencia se produce, desde un punto de vista sustantivo, en diversos ámbitos. El primero de ellos estaría constituido por las medidas de protección jurídica. Este conjunto de medidas tiene, a su vez, dos vertientes: por un lado, la configuración de mecanismos procedimentales de protección de derechos e intereses jurídicamente legítimos —los cuales, en principio, deberían ser de naturaleza jurisdiccional, aunque no sólo— que sean rápidos y no resulten costosos para los que los utilicen. Estas necesidades de elementos de protección están haciendo aparecer en los últimos años nuevos organismos de resolución de controversias —de naturaleza administrativa, como son las agencias— y, al mismo tiempo, la huida del Derecho como mecanismo de solución de controversias y la vuelta a los juicios de equidad.

Esta competencia en cuanto a las medidas de protección exige un doble campo de estudio por parte de los operadores económicos: por un lado, se analizará el marco jurídico formal que está recogido en el ordenamiento jurídico, para determinar si los derechos económicos disponen de un marco adecuado para su exteriorización. Pero, en un segundo término, supone un análisis de comportamientos de los órganos jurisdiccionales, que afecta tanto a la eficacia de aplicación de las normas —básicamente la rapidez en la toma de decisión— pero también a la sensibilidad de los órganos de resolución de controversias en la resolución de un determinado tipo de problemas. Todo lo cual pone, asimismo, a estos órganos, sean jurisdiccionales o administrativos, en la senda de la competencia.

Paralelamente, dentro del contenido sustantivo de las medidas de protección hay dos puntos que parecen destacables: por un lado, el respeto al derecho de propiedad y, por el otro, como desarrollo del anterior, la protección de la libertad de empresa, garantizando un régimen competitivo y un adecuado nivel de recursos administrativos y judiciales, y de las inversiones comprometidas. Aquí, además, ha de contarse con un elemento internacional que actúa como último vehículo de protección, que está constituido por las activida-

des que realiza el Centro Internacional de Defensa de las Inversiones (67).

No obstante, estos elementos de carácter defensivo de las inversiones, con ser importantes, no constituyen el núcleo central de la competencia entre los ordenamientos jurídicos, sino que actúan más bien como presupuesto, necesario, eso sí, para que se pueda invertir. Los elementos más importantes están constituidos por los factores que contribuyen a que los costes de producción resulten menores y a que los productos y los servicios puedan comercializarse mejor. Desde el primer punto de vista, nos encontramos con las cesiones de suelo para el establecimiento de las instalaciones industriales, rebajas en las cuotas a la Seguridad Social, rebajas en los impuestos de sociedades y locales, e incluso subvenciones para el establecimiento de la industria. Y todo ello en un contexto de una legislación laboral que no resulte excesivamente costosa en casos de despido o que permita regulaciones de empleo en circunstancias favorables a los empleadores (aunque sea sólo para recontractar en mejores condiciones).

Uno de los factores que puede resultar más relevante es el de los costes indirectos derivados de la regulación, articulados básicamente por las exigencias de seguridad de las instalaciones y de protección de los trabajadores, por aplicación de la legislación de seguridad e higiene en el trabajo. Aquí, no obstante, hemos de diferenciar dos cosas: por una parte, las flexibilidades normativas que permiten una «definición contractual de lo público» (68), ya sea mediante leyes negociadas, ya sea mediante acuerdos de caballeros con la participación estatal, ya sea haciendo públicos los acuerdos privados (69), esto es, un acuerdo entre los operadores económicos afectados por una regulación, supuestamente limitativa de su actividad, y los entes públicos encargados de dictarla para la fijación de los requisitos que van a resultar exigibles en un determinado territorio, de tal manera que una elevación de los mismos por parte de las entidades públicas se traduciría en un incumplimiento generalizado. Esto es lo que gráficamente ha ocurrido en el campo del Derecho medioambiental con los acuerdos entre grupos de empresarios de determinados sectores y la propia Administración comunitaria, como bien nos ha contado PLAZA MARTÍN (70). Conviene recordar sólo en este momento que se

(67) Sobre el régimen de las inversiones extranjeras, véase A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?*, CECO, Madrid (2000).

(68) F. GALGANO, *Le fonti del diritto...*, *op. cit.*, pág. 21.

(69) Sobre estas cuestiones, véase C.-A. MORAND, «La contractualisation du Droit dans l'État providence», dentro de la obra colectiva, dirigida por F. CHAZEL y J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, París (1991), en particular págs. 141 a 149.

(70) C. PLAZA MARTÍN, *Los Acuerdos sobre medio ambiente entre las Administraciones*

trata de acuerdos que tienen, además, los problemas de la falta de publicación en los boletines oficiales y que, por consiguiente, tienen un valor normativo muy particular.

Esta definición contractual de lo público, como elemento que permite la competitividad de un ordenamiento jurídico, se traduce también en las opciones desreguladoras, manifestadas en las libertades de inversión. Con ello se eliminan, o reducen al máximo, las obligaciones de carácter social en un determinado ámbito, y los fallos que tenga el sistema en la prestación del servicio no suelen tener consecuencias negativas para los operadores. Los ejemplos ocurridos en los últimos tiempos en nuestro país de falta de inversión del sector eléctrico van precisamente en esta dirección, ya que es el operador económico el que decide qué invierte en cada ámbito territorial. De hecho, este principio de la libertad de inversión es uno de los que se consideran configuradores del mal llamado nuevo servicio público.

Pero, además, no podemos olvidar que, en el momento de exigir el cumplimiento de estos requisitos de índole social, la capacidad de inspección por parte de los entes públicos es extremadamente reducida, lo que da lugar a un segundo nivel de rebaja de requisitos, o, por decirlo de otro modo, a una reducción de los costes de producción por inaplicación de la ley. Y, en tercer lugar, hay que tomar conciencia de los costes de producción indirectos que asumen las Administraciones públicas para reducir los impactos negativos de las actividades económicas, tales como las inversiones que han de hacer para eliminar daños ambientales.

Desde el segundo punto de vista, el de la comercialización de los bienes o los servicios, hay un factor central de competencia entre poderes públicos: las infraestructuras. En efecto, disponer de infraestructuras adecuadas para la comercialización de los productos elaborados y para recibir las materias primas constituye uno de los activos más relevantes para que un determinado ordenamiento pueda recibir inversiones extranjeras. Precisamente por ello, uno de los elementos que más se suele ofrecer es la mejora de los accesos a los lugares de producción.

Al lado de estos elementos existen otros que resultan indirectos pero que son la consecuencia de la actividad de las Administraciones públicas: por un lado, la calidad técnica de los trabajadores, que se traduce en competencia para que la mano de obra esté más cualificada y en exigencias a la Administración nacional para que desarro-

públicas y la industria: su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad, en la «Revista Española de Derecho Europeo», núm. 2 (abril-junio 2002), págs. 291 y ss.

lle un sistema educativo adecuado. Al mismo tiempo, resulta necesario mantener un sistema adecuado que garantice la seguridad ciudadana, a fin de que las propias inversiones estén garantizadas, y que, al mismo tiempo, permita el desarrollo de actividades de seguridad de naturaleza privada.

No obstante, hay un factor suplementario en todo el proceso de globalización y en el proceso de localización y que no afecta a las actividades económicas, sino a los sujetos. Como se recordará, la mundialización no es un proceso que afecta únicamente a las actividades económicas, sino también a los sujetos. Detrás de los grandes flujos migratorios también existe una cuestión de competencia entre ordenamientos que se manifiesta en la búsqueda de la obtención de mejores condiciones de vida para el ciudadano; lo cual constituye un proceso que históricamente ha tenido muchas manifestaciones y que en la actualidad está provocando flujos desde el Tercer Mundo a los países desarrollados. Aquí las condiciones en que se produce la competencia son diferentes: no afectan tanto a las condiciones jurídicas cuanto a las condiciones económicas del país de recepción. Los abismos que existen en la actualidad entre las diversas partes del mundo hacen que aunque las condiciones económicas que van a obtener en el país de recepción sean peores, sean superiores a las que encuentran en los países de procedencia.

Ahora bien, estos flujos migratorios están provocando un nuevo cisma dentro del territorio del Estado, como consecuencia de los modos en que se ha llegado al país de destino. Hay individuos de primera, ciudadanos en el sentido tradicional de la palabra, con derechos reconocidos constitucionalmente, e individuos que carecen de los más elementales derechos y que pueden ser desplazados por los aparatos coactivos del poder público. Esto abre una nueva modalidad de competencia, para intentar conseguir que los ciudadanos de segunda categoría alcancen una situación jurídica admisible de acuerdo con los postulados liberales que supuestamente defienden nuestros ordenamientos jurídicos. Por otra parte, está surgiendo una nueva diversidad de ciudadanos fruto de los diferentes planteamientos culturales, que en ocasiones tienen un engarce complicado dentro del territorio nacional.

IV. LA TENDENCIA A LA DESAPARICIÓN DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Una consecuencia importante para el Derecho administrativo ya ha sido apuntada con anterioridad, aunque requiere un breve desa-

rrollo, dado que se trata de un problema, en mi opinión, de gran importancia: las modificaciones que se introducen en la creación y aplicación del Derecho como consecuencia de la globalización económica introducen un corte en este sector del ordenamiento, entre unos elementos que son de corte tradicional, en donde todos los elementos son internos, y aquellos otros en los que aparece un componente de extranjería. A partir de este elemento van a aparecer dificultades para mantener en todo caso la visión general del sujeto que vertebra el Derecho administrativo, la Administración pública, como *potentior personae*.

En efecto, el objetivo de favorecer el intercambio de bienes y servicios, así como el intento por parte de las autoridades públicas de atraer inversiones extranjeras, provocan una modulación en el contenido normal de este sector del ordenamiento, lo que va a provocar la disgregación del Derecho administrativo en dos partes, con reglas de funcionamiento diferentes: por una parte, nos vamos a encontrar con un Derecho común general, aplicable a todos los sujetos en sus relaciones internas con la Administración pública y que está compuesto por las reglas tradicionales que han sido de aplicación hasta ahora a la imposición de una sanción, a dictar un acto administrativo o a expropiar unos terrenos; relaciones todas ellas en las que los entes públicos siguen ostentando una posición de superioridad con respecto al particular. Se trata, de este modo, de la situación tradicional en cuanto a todos aquellos problemas que afectan a ciudadanos concretos con pequeña o nula participación en esas actividades afectadas por la globalización: sanciones administrativas, licencias de urbanismo, concesiones demaniales, etc. Esto es, el Derecho administrativo tal y como se ha conocido durante mucho tiempo, aquel que ha sido catalogado por GARCÍA DE ENTERRÍA como «el Derecho público interno del Estado por excelencia» (71).

Pero, al mismo tiempo, y corriendo de modo paralelo con él, aparece la otra parte del Derecho administrativo, la que rige las relaciones de los entes públicos con los entes que participan en el entramado de la globalización. En ella, los entes públicos ven su posición cualitativamente minusvalorada en la medida en que tienen dificultades para aplicar el Derecho (por la presencia de múltiples elementos extraterritoriales) y, al mismo tiempo, intentan obtener los beneficios de las inversiones extranjeras, indispensables económica, tecnológica y socialmente. Consecuencia de ambos fenómenos —y particularmente del segundo—, los poderes públicos ponen en el

(71) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, 8.ª ed., Madrid (1997), pág. 37.

mercado el elemento económico básico de que disponen (el Derecho), adaptándolo a las necesidades del operador económico para que el Estado resulte triunfante de la lucha entre ordenamientos. De este modo, el Derecho, tanto el público como el privado, se transforma en un factor económico más, que es tomado en consideración de la misma forma que los restantes costes de producción.

Esto es, aunque aparezca exteriorizado como una pretensión de favorecer los intereses generales del territorio por ella gestionado, la Administración pública nacional *se pone al servicio* de las necesidades de los operadores, tanto en operaciones puntuales, adquiriendo una nueva función de actuar de instrumento para la diplomacia empresarial a fin de favorecer la aceptación de inversiones en terceros países, como en la actuación global, dando seguridad jurídica a las inversiones, en el sentido de que no se vaya a socializar la actividad. En definitiva, el Estado debe proporcionar seguridad jurídica de que el *statu quo* en el que comienza su participación se va a mantener o, en el caso de cambio, que su orientación será la general de estos tiempos liberales y desreguladores, o que, en su caso, la tendencia general será a lograr mayores beneficios.

La ruptura de la unidad en el ordenamiento jurídico tiene una segunda vertiente que deriva de lo que se ha denominado con anterioridad como configuración de fronteras interiores dentro del territorio del Estado. Aunque pueda parecer que es un problema vinculado a la emigración que proviene del Tercer Mundo, es un fenómeno mucho más amplio, que afecta, incluso, a las propias situaciones de los ciudadanos nacionales frente a los de los terceros países que gozan de una situación de ventaja.

Desde el primer punto de vista, en la actualidad uno de los problemas más acuciantes que está planteando la globalización es el de los grandes trasvases migratorios, en donde ciudadanos del Tercer Mundo intentan buscar oportunidades en los países más desarrollados. Esta emigración se realiza, en algunas ocasiones, a través de los mecanismos legales —que cada vez son más limitados, fruto de que la presión migratoria es mayor— y, en la mayoría de ellas, de forma ilegal. Este dato inicial abre una distinción enorme en cuanto a la defensa jurídico-pública que tienen los individuos, e incluso al ejercicio de los derechos frente a otros particulares, particularmente en las relaciones laborales. Todo ello, además, en un contexto que resulta especialmente sangrante, ya que, en principio, entre lo que se pretende globalizar están precisamente las garantías del Estado de Derecho.

No obstante, conviene recordar un dato que alude a la distinción entre extranjeros legales e ilegales. Mientras que en el sistema de Naciones Unidas existe una tendencia a reconocer ciertos derechos a

los emigrantes ilegales, el marco jurídico comunitario transcurre en una dirección diferente y exige siempre, para la titularidad y ejercicio de los derechos, el encontrarse en situación legal.

Este fenómeno de la ruptura de la uniformidad del ordenamiento en cuanto a los derechos de los ciudadanos, no obstante, tiene una segunda vertiente que resulta peculiar. Mientras que en las instancias regionales de integración económica se realizan movimientos hacia la creación de segundas ciudadanías que no dependen de la nacionalidad, tal y como ha ocurrido con la ciudadanía europea que recogen los actuales artículos 17 y ss. del TUE, nos encontramos con que los mecanismos para la participación política de esos ciudadanos siguen resultando muy limitados.

Pero, además, esto nos permite establecer diversos círculos de situaciones marcados por la extranjería: por un lado, se encuentran los ciudadanos nacionales de ese territorio, que disponen de la totalidad de derechos y libertades, aunque en ocasiones se encuentran en una situación desfavorable, como veremos inmediatamente. En segundo lugar, individuos que tienen una situación jurídica parecida a la anterior pero con algunas restricciones de derechos, sobre todo en la esfera política, que se suelen corresponder con los provenientes del sistema regional de integración económica en el que participa el Estado de referencia. En tercer lugar, otros extranjeros con un número más limitado de derechos que los del segundo grupo, y en los que tampoco nos encontramos ante una situación de igualdad, ya que el origen de ellos abre paso a pluralidad de regímenes jurídicos, con diferentes capacidades de actuar legalmente. Por último, los movimientos migratorios realizados fuera de los cauces legales y los problemas provocados por los individuos desplazados como consecuencia de los conflictos bélicos están abriendo paso a un conjunto cada vez más numeroso de ciudadanos sin derechos (72), o con derechos cada vez más limitados.

La presencia generalizada de ciudadanos de terceros países está provocando, incluso, que se produzcan discriminaciones entre ciudadanos de la misma nacionalidad por factores como la raza, que incluso merecieron en alguna ocasión, aunque parezca mentira, los parabienes de la jurisprudencia constitucional, como ocurrió en la STC 13/2001, de 21 de enero, en el sentido de que el criterio racial puede actuar como indicio de una mayor probabilidad de que la requerida

(72) Sobre los problemas que plantean los inmigrantes, véase B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, Butterworths, Londres (2002), págs. 215 y ss. Asimismo, debe verse M. J. FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Dykinson, Madrid (2000).

era extranjera, lo que habilita para que la policía destine a ellos los controles aleatorios.

Ahora bien, posiblemente el problema más destacable que se está produciendo en los últimos tiempos es el de los tratamientos discriminatorios que están provocando los Estados a sus nacionales, en detrimento del que proporcionan a ciudadanos de terceros países; problema que no puede ser más que mencionado en este momento, a la espera de poder realizar un tratamiento más general, teniendo presentes las múltiples vertientes que tiene. En general, la finalidad de esta medida es clara: se trata de favorecer la llegada de personas, físicas o jurídicas, de terceros países por los beneficios que producen. Este problema es muy palpable dentro de los sistemas regionales de integración económica, como bien ha mostrado el problema de las denominadas discriminaciones inversas en el Derecho comunitario. Es un problema sobre el que, con el artificio de que se trata de una «situación puramente interna», los órganos comunitarios no se quieren pronunciar, dejándolo a la actividad de los Estados (73). En este sentido, conviene recordar que se trata, por lo demás, de un problema que ya ha sido analizado por la jurisprudencia constitucional española, si bien es cierto que en un caso, la STC 96/2002, de 25 de abril (74), resolución en la que se abordó el tema mediatizado por connotaciones que lo hacían especialmente complicado.

(73) Sobre los problemas de las discriminaciones inversas, véanse M. POIARES MADURO, «The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination», en KILPATRICK, NOVITZ y SKIDMORE, (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford (2000); S. DANGER, *Le droit communautaire et la discrimination a rebours: vers un marché intérieur inachevé*, «Les Annales de l'Ecole Doctorale», núm. 5 (1997), págs. 233 a 252; R.-E. PAPADOPOULOU, *Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, «Cahiers de Droit Européenne», y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada (2002), págs. 7 y ss.

(74) En este supuesto, el Tribunal Constitucional declaró contraria al artículo 14 de la Constitución una norma con rango de ley en donde se provocaba una discriminación inversa, por la que equiparaba a los ciudadanos extranjeros comunitarios con los residentes en los territorios forales (discriminando, pues, a los ciudadanos españoles no residentes en el País Vasco y Navarra).