

2. Globalización económica y ordenación de los intercambios internacionales

Julio V. González García ()*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA COMPETENCIA DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN LA REGULACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR.—III. RECONOCIMIENTO MUTUO DE LEGISLACIONES, RECONOCIMIENTO MUTUO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—IV. APLICACIÓN TERRITORIAL DE LAS NORMAS DE COMERCIO EXTERIOR.—V. TENDENCIA HACIA LA GLOBALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. EXIGENCIAS INTERNAS EN CUANTO AL COMERCIO INTERNACIONAL.—VI. LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LOS INTERCAMBIOS INTERNACIONALES.—VII. ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR.—VIII. LA COMUNITARIZACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR.

I. Planteamiento

La globalización económica ha alterado sustancialmente las relaciones sociales, económicas y culturales. Con ello se está reconociendo, directamente, un impacto considerable en las formas y modos de ordenación de la vida social, especialmente, en aquellos ámbitos en los cuales nos encontramos con efectos directos del proceso global, tal como ocurre en el comercio exterior, el objeto de este volumen colectivo.

La intervención administrativa en este ámbito ha sido limitada hasta ahora y, desde luego, se le ha prestado poca atención por parte de los autores. Los instrumentos más usuales son los referentes a aranceles, las cuotas de importación, al establecimiento de un régimen de intervención administrativa previa a la importación y exportación y a la adopción de medidas de fomento del comercio exterior, de muy diverso tipo. No obstante, hay que incluir todas aquellas medidas de índole interna con incidencia sobre el comercio exterior, ya sean medidas sanitarias, de protección de la seguridad nacional y que constituyen barreras no arancelarias al comercio. En un sentido similar, las modalidades de comercio también se han modificado al son de los cambios productivos, de tal manera que en muchos casos la participación de terceros estados se produce a través de la incorporación de valores añadidos en cada una de las fa-

(*) Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

ses, con cambios de lugar de producción, a través del servicio y otros recursos de trabajo —ya sea entre empresas del mismo grupo o a través de *joint ventures* para el desarrollo de un producto o servicio—, a lo que se ha denominado como industria maquiladora ¹.

En los últimos años, ha vivido una constante expansión, aunque se ha realizado de forma asimétrica, en el sentido de que, como se verá con detenimiento en los capítulos especializados, no ha sido similar en comercio de bienes, en comercio de servicios y en ordenación de la libre circulación de capitales y de las inversiones. Así, se podría señalar que mientras que el multilateralismo es el procedimiento básico de configuración del régimen en materia de bienes, servicios y libre circulación de capitales —a través de la actividad de la Organización Mundial del Comercio y del Fondo Monetario Internacional—, son los tratados bilaterales los que han configurado el régimen básico de las inversiones exteriores. De hecho, el Acuerdo Multilateral de Inversiones, resultó un intento fallido.

Ahora bien, tratados internacionales, multilaterales y bilaterales no son sino una parte de la ordenación de los intercambios internacionales. Los tipos regulatorios, como se verán con posterioridad, han presentado una profunda evolución, en la que actúan la autorregulación, el *soft law*, el juego del derecho nacional y el internacional; con diversos modos y formas de integración. Esto será lo que se explique, de forma sumaria, en las páginas siguientes.

II. La competencia de ordenamientos jurídicos en la regulación del comercio exterior

Como he señalado en otras ocasiones ², una de las características de la globalización económica para el Derecho administrativo es la necesidad constante de evolución para ganar competitividad. Es un factor relevante para atraer inversiones exteriores, mantenerlas durante un período amplio y continuar generando valor añadido en cada uno de los sistemas económicos. Para ello, hará falta un sistema jurídico que garantice la seguridad y que facilite la recepción y emisión de las inversiones exteriores. Rojo, ex Gobernador del Banco de España, lo expresó en su momento con gran claridad: «el aumento de la competencia ha alcanzado a las políticas económicas de los gobiernos. En un primer sentido, porque los mercados financieros, globalizados y potentes, pro-

¹ Así, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, 2001, pp. 50 y ss.

² Véase mi estudio «Globalización económica y Derecho público interno: entre la uniformidad y competencia de ordenamientos», en la obra colectiva *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, tomo II, 2005, pp. 1973 y ss.

vistos de excelente información y con técnicas de análisis, someten las distintas economías a un examen continuo, dispuestos a abandonar posiciones en activos de todo país cuya evolución y cuyas previsiones no les satisfagan. Los gobiernos han de competir, por tanto, en estabilidad si quieren evitar el castigo de los mercados; las autoridades se ven así sometidas a una presión persistente para que desarrollen políticas monetarias y fiscales disciplinadas. En un segundo sentido, los Gobiernos han de competir en cuanto a sus regulaciones y a sus normas fiscales en un mundo donde la producción y las inversiones se caracterizan por una notable movilidad internacional. Atraer y retener actividades productivas e inversiones exige de los Gobiernos atención a sus políticas de competencia, de estándares, de normas reguladoras de mercados y de impuestos en relación con las aplicadas en otros países»³.

Ahora bien, ha de notarse que cuando se aborda el problema de la ventaja competitiva de una regulación estamos hablando de cómo se localiza jurídico-administrativamente una actividad económica, lo que afecta tanto al problema de la ley (administrativa) aplicable a su desarrollo, como al problema de la competencia de los tribunales; aspectos sobre los cuales no hay una relación necesaria. Y aquí, la realidad muestra que para ganar en competitividad, el derecho pierde en generalidad. Tal como ha señalado FARÍA, «las instituciones jurídicas forjadas por el fenómeno de la globalización aparentan seguir la línea de un retorno al derecho personal anterior al derecho territorial consolidado con la Revolución francesa. Sólo que es un derecho personal basado no en el nacimiento, en la etnia, en la nobleza, en la religión o en ocupación de sus sujetos, sino en los intereses y, sobre todo, en la voluntad de los actores políticos y económicos con mayor poder de articulación, movilización, confrontación, veto, negociación, decisión con respecto a inversiones y capacidad de generación tanto de empleo como de ingresos»⁴. Todo lo cual está vinculado a procesos vinculados a la desregulación, como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

La competitividad en el campo del comercio exterior está afectando a diversos ámbitos. Obviamente, se están configurando elementos de fomento —en sentido amplio— tanto para atraer inversiones del exterior como para la promoción de la actividad comercial de las empresas españolas fuera de nuestras fronteras. Subvenciones de diverso tipo, actuaciones urbanísticas y de ordenación territorial, reducciones fiscales y de seguridad social, entran dentro

³ L. A. ROJO, «La economía mundial en el fin de siglo», en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 65, 1996, p. 5.

⁴ Así, en este sentido, J. E. FARÍA, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, pp. 264 y ss.

del campo normal de actuación de los poderes públicos. Pero, al mismo tiempo, nos encontramos con que derecho aplicable y foro jurisdiccional también forman parte de la negociación entre poderes públicos y empresas para la promoción del comercio exterior en sentido bidireccional.

Posiblemente el problema que resulta más acuciante de resolver es el de la extraterritorialidad absoluta, manifestada en la existencia de los paraísos, fiscales o de otra naturaleza que componen una especie de barrera de regulación para el desempeño de actividades y que, además, no siempre se encuentran en islas paradisíacas, como claramente muestran los centros de coordinación de la legislación belga, las islas del Canal, la City londinense o, por coger los supuestos más peculiares, dos miembros de la Unión Europea como Malta o Chipre. Conviene recordar que aunque tiene sobre todo un trasfondo fiscal —en el que participan incluso entidades dependientes de lo público, como se demostró en su momento en la República Federal de Alemania— sirven también como lugar de ubicación de actividades económicas, como ocurre paradigmáticamente, con los pabellones de conveniencia en el transporte marítimo o los basureros de residuos peligrosos.

III. Reconocimiento mutuo de legislaciones, reconocimiento mutuo de Administraciones públicas

Uno de los elementos que resulta más llamativo del comercio internacional de bienes, servicios y capitales es el relativo a los efectos de la actuación de una determinada Administración pública. Lo cual lo vamos a examinar a partir de un principio básico para entender las relaciones comerciales exteriores y que tiene su origen en el Derecho comunitario europeo; como es el principio de reconocimiento mutuo de legislaciones, que ha extendido su campo originario de actuación para poderse hablar de un principio de reconocimiento mutuo de Administraciones, en una extensión que recuerda se ha producido en el campo del Derecho privado con el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales impulsado desde el Consejo Europeo de Tampere.

El principio de reconocimiento mutuo de legislaciones tiene su origen, como es conocido, en la STJCE de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, llamado del *Cassis de Dijon*, que aborda un problema derivado de la exigencia de la legislación alemana de bebidas alcohólicas, que impedía la comercialización de este producto francés que no llega al nivel étílico exigido en la RFA. En dicha resolución, ante un dato constatable de que «*el efecto práctico de prescripciones de este género consiste principalmente en asegurar una ventaja a las bebidas espirituosas con fuerte composición alcohólica, alejando del mercado nacional los productos*

que no respondan a esta especificación», se elimina tal restricción dado que, tales prescripciones constituyen «medidas de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas a la importación, prohibidas por el artículo 28 (antiguo art. 30) TCE. Y a partir de la mencionada Sentencia de 20 de febrero de 1979, el TJCE consideró que «... no hay por tanto ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, a condición de que sean legalmente producidas y comercializadas en uno de los Estados miembros, sean introducidas en cualquier otro Estado miembro sin que se pueda oponer, a la circulación de estos productos, una prohibición legal de comercializar bebidas que comporten un grado alcohólico inferior al límite determinado por la reglamentación nacional».

Nótese la trascendencia que tiene a nuestros efectos la resolución del TJCE. Al declarar que la ley que rige el producto es la norma del país de origen; ello significa que se aplicará, en defecto de armonización de las legislaciones nacionales por una norma comunitaria, en todos los Estados miembros, los cuales deben aceptar la normativa de fabricación y comercialización del Estado de origen del producto; *sin que puedan imponerse más límites legales o reglamentarios a su circulación dentro de la Comunidad que aquellos que superen un juicio de proporcionalidad.* Esto es, que la limitación esté justificada por la necesidad de perseguir un interés general, los medios sean adecuados para alcanzar dicho fin y no resulte desproporcionada en sus resultados. Se trata de una técnica que permite conseguir, además, una mayor seguridad jurídica, en la medida en que resulta fácil y global la determinación de cuál es la ley aplicable a la actividad y, en consecuencia, determinar los niveles de protección que proporciona al adquirente del bien o del servicio. Desde esta perspectiva, además, es una medida adaptada a las exigencias del comercio global de bienes o servicios, por cuanto que actúa como norma de determinación del derecho aplicable.

Ahora bien, resultaría insuficiente quedarnos en el dato de la legislación, ya que indirectamente está afectando a los mecanismos de intervención administrativa que introduzca cada uno de los Estados. En efecto, el desarrollo del comercio se está efectuando sobre la base del control que efectúe el país originario, cuyas decisiones son reconocidas en el país de comercialización del bien o del servicio. Es la extensión del principio de reconocimiento mutuo de legislaciones al reconocimiento mutuo de Administraciones públicas. Posiblemente, la Directiva de servicios, como tendremos ocasión de examinar en otro capítulo, sea la que plasme mejor esta extensión, en la medida en que la prohibición de control para el establecimiento y prestación de servicios a una empresa comunitaria está haciendo que los instrumentos de verificación de la actividad hecha por cada uno de los Estados se transformen en la base de los establecidos en los restantes países.

Precisamente por ello, nos vamos a encontrar con cambios y matizaciones en la aplicación del principio recogido en el artículo 8.1 del Código civil sobre la aplicación territorial de las normas administrativas. La Administración de cada Estado en el marco de un régimen armonizado será Administración del país de origen, en la medida en que los aspectos básicos sobre los que podrá intervenir serán los derivados del país al que esté sometido el bien o el servicio. Y viceversa, sus decisiones se extenderán más allá de su territorio, al resultar parámetro para la comercialización de bienes o servicios fuera del lugar de origen de éste. Sólo en el caso de que nos encontremos con ámbitos tolerados para la incorporación de normas imperativas del Estado podrá quebrarse esta regla.

IV. Aplicación territorial de las normas de comercio exterior

La esencial movilidad interestatal del comercio exterior hace que se deban dar algunas notas sobre el ámbito de aplicación territorial de las normas en este sector del ordenamiento jurídico. Obviamente, habrá que concretar qué ámbito tendrán las de origen del bien o del servicio y en qué circunstancias habrá que aplicar las de destino de éste; teniendo presente que resulta necesaria la legitimidad de la operación de acuerdo con ambos ordenamientos jurídicos. Y, como ha ocurrido en determinadas ocasiones, habrá que plantearse qué legitimidad tendrán las medidas adoptadas por terceros países. Todo lo cual, partiendo del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con las normas de Derecho privado, en principio, las de Derecho público carecen de virtualidad para ser aplicadas en ordenamientos jurídicos extranjeros, tal como se puede deducir de forma fácil del artículo 8.1 Cc, como manifestación de la soberanía del Estado. No obstante, como veremos inmediatamente, es algo que tendremos que matizar.

Para la determinación de cuál es el régimen jurídico público aplicable, el ordenamiento jurídico habrá determinado un vínculo especial con el país de origen o de destino de la operación de comercio; esto es, podrá ser el país de origen o el país en el que se despliega el resultado. En circunstancias especiales podría influir la nacionalidad de alguno de los dos operadores jurídicos, como ocurre con operaciones que afectan a países sensibles. El problema surgirá, en consecuencia, cuando ambos Estados pretendan proporcionar efectos a su normativa en circunstancias en las que el otro considere que afecte al ámbito de intereses; conflicto que habrá que resolver de acuerdo con la determinación del vínculo más estrecho, tal como se ha venido configurando tradicionalmente en el Derecho internacional.

Lo que ocurre también es que, como hemos visto con anterioridad, la regla de la territorialidad decae en cuanto a su aplicación en el momento en el que nos encontramos con sistemas sometidos al régimen de reconocimiento mutuo de legislaciones, al que se ha hecho referencia en el epígrafe precedente. La actividad realizada en el país de origen de la mercancía o de servicio es instrumento para que no se puedan producir intervenciones administrativas reduplicativas, en la medida en que es un factor que dificulta el desarrollo del comercio exterior. Es lo que está previsto en la Directiva de servicios, como tendremos ocasión de examinar en el capítulo correspondiente. Lo cual obliga al Estado de origen a establecer mecanismos de intervención suficientes para que el producto o el servicio disponga de garantías de comercialización suficiente en el país de destino. Y, al mismo tiempo, reclama la introducción de medidas de cooperación interadministrativas —y, porque no decirlo, también de las organizaciones internacionales que están en el origen de algunas de las disposiciones— que actuarán como mecanismo de garantía de los consumidores.

Pero, además, y éste es un supuesto bastante usual, el análisis del ordenamiento jurídico extranjero se producirá siempre que se analicen las consecuencias jurídicas del comercio exterior, en el marco de procesos que oponen a dos particulares. El presupuesto para que esto ocurra es la identidad de los valores de ambos ordenamientos jurídicos o cuando existen razones de justicia o de protección de derechos fundamentales.

El supuesto más agresivo de aplicación extraterritorial de las normas interiores sobre comercio exterior está constituido por aquellos supuestos en los que formalmente no existe punto de conexión ni con el territorio de producción del bien o del servicio ni con el territorio donde se producen los efectos ni hay ningún vínculo de nacionalidad. Sin embargo, sería aquellos casos en los que se considera por parte del Estado que hay una vinculación especial con el ámbito de intereses, tal como ocurre, por ejemplo, con los casos de impacto en el Derecho de la competencia, al que se ha recurrido reiteradamente por parte de las autoridades comunitarias y estadounidenses o cuando se quieren imponer sanciones a terceros países por razones de índole política ⁵. El caso más sangrante de todos ellos es el de las sanciones que los Estados Unidos imponen a las empresas que comercien con Cuba ⁶ y que afecten a los terrenos ocupados después del triunfo revolucionario.

⁵ En este sentido se encontrarían, por ejemplo, las sanciones impuestas por los EE.UU. a las empresas que participaron en la construcción del gasoducto que unió a la URSS con Europa Occidental en los años ochenta.

⁶ La ley para la democracia y la solidaridad con Cuba, de 1996 es la culminación de la política de bloqueo del Gobierno estadounidense contra la isla caribeña e incluye una serie de

V. Tendencia hacia la globalidad del ordenamiento jurídico.

Exigencias internas en cuanto al comercio internacional

Cuando nos planteamos la regulación de las actividades económicas, y especialmente de las vinculadas al comercio de bienes, servicios y capitales, dos son los elementos que han de aparecer necesariamente: por un lado, la convergencia jurídica como mecanismo para garantizar las inversiones; por el otro, la unificación jurídica para no tener que realizar adaptaciones de los productos para cada uno de los ámbitos territoriales.

Desde el primer punto de vista, la seguridad jurídica del inversor resulta un elemento especialmente significativo, ya que será un presupuesto que permita que el desarrollo de la actividad económica se pueda desarrollar de forma razonable. Ciertamente, aquí los operadores económicos transnacionales juegan con una carta a favor, derivada del origen internacional de la regulación⁷, como se verá en las páginas de este volumen. No es una característica que se pueda predicar sólo de los ámbitos en los que hay organizaciones multilaterales —como es el del comercio de bienes—, sino que, por el contrario se aplica con la misma intensidad en los ámbitos de bilateralismo, como es el de los acuerdos de protección de inversiones, en los cuales hay una identidad sustancial en los miles de Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones.

Pero, ciertamente, resulta especialmente significativo en el ámbito de la normativa adoptada en sistemas multilaterales. Es una característica esencial del nuevo funcionamiento de las Administraciones públicas su engranaje en

medidas para impedir el comercio con las propiedades nacionalizadas tras el triunfo revolucionario. De ellas unas son de naturaleza civil y otras son de naturaleza administrativa, concretamente, la sanción y la negación del visado a los que comercien con ese tipo de bienes. La internacionalización deriva, evidentemente, de que se trata de sanciones internas por hechos externos, lo que se justifica desde la propia norma por tener o intentar tener «un efecto sustancial dentro de su territorio».

De hecho, su aplicación ha provocado problemas a los EE.UU. tanto dentro del sistema del Tratado de Libre Cambio (en el marco del cual tanto Canadá como México aprobaron leyes para mitigar los efectos a las empresas nacionales) como dentro de la Organización Mundial del Comercio, donde se llegó a presentar una reclamación contra los EE.UU. En la misma línea, se aprobó el Reglamento (CE) 2271/96, del Consejo, de 22 de noviembre, con el que se pretendía proporcionar cobertura no sólo a las empresas afectadas por la norma anticubana sino también por las afectadas por la Ley de sanciones contra Irán y Libia de 1996, la denominada ley D'Amato.

⁷ 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.

redes, las cuales actúan como mecanismo de defensa del inversor 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. Las tentaciones de los Estados de alterar los principios estructurales desaparecen en cuanto se ve la consecuencia de que *desaparecen* del sistema global, lo que ocasionaría ciertamente numerosos perjuicios en el interior.

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 internacionales en sentido estricto —como la OMC o el FMI—, ya sean procedimientos de mera coordinación de Estados —como es el G-8⁸ o el G-20, los cuales tienen, además, un peso central en la normativa de las transacciones internacionales), por supuesto con distinto peso entre ellos, ya sean operadores económicos que operan en diversos países con capacidad de presión sobre los poderes nacionales⁹ 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 anglosajones HIRST y THOMPSON¹⁰— 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. Son, por otra parte, entidades cuya legitimidad viene dada por la eficacia tecnocrática de la regula-

⁸ Sobre el papel del G-8 es de especial interés M. CONTICELLI, *I vertici del G8. Governi e Amministrazione nell'ordine globale*, Giuffrè, 2006.

⁹ Sobre cómo juegan estos agentes económicos, véase J. WIENER, *Globalization and the harmonization of Law*, Pinter, Londres y New York, 1999, pp. 18-19.

¹⁰ P. HIRST y G. THOMPSON, *Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance*, Cambridge Polity Press, pp. 121-122. Asimismo, sobre estas cuestiones, puede verse mi estudio «De la Administración soberana del Estado nacional a la Administración del marco supra estatal difuso», en *Direito Publico Economico Supranacional*, Lumen Juris, Brasil, 2009.

ción que proponen, en el sentido de favorecer, lo más posible, el intercambio internacional de bienes, servicios y capitales.

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 ¹¹. A ello ha de añadirse todo el conjunto de actos sin contenido normativo formal (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) en que se justifica la bondad de la disposición que se va a adoptar y como instrumento para la armonización de la legislación en cada uno de los campos. El papel de las organizaciones supranacionales se configura, por consiguiente, como el de verdaderos arquitectos del sistema económico ¹², ya que «condiciona la labor del legislador estatal, privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica» ¹³.

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 reglamen-

¹¹ 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.

¹² Ha de tenerse en cuenta que, incluso, las normas aprobadas por las organizaciones supranacionales con ámbito material determinado disponen de prevalencia sobre las de 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, p. 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, *Recueil* 1983) determinando las consecuencias que tiene el incumplimiento de las disposiciones GATT por parte de los sujetos internos comunitarios.

¹³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 37.

tación 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. 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 correctores¹⁴— 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 integración¹⁵, de igual manera ocurre en las restantes 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 Derecho¹⁶. No es sólo que exista un Derecho *de* la globalización (entendido como

¹⁴ 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 Civitas, Madrid, 1997.

¹⁵ 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, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

¹⁶ 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*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5209 y ss.

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»¹⁷. 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. No es sólo un aspecto que afecta a los principios estructurales sino sobre todo a las normas que rigen los productos y los servicios. 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 ya que ello supondría un aumento de los costes de fabricación y un obstáculo indirecto al libre intercambio de bienes y servicios. 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»¹⁸.

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

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

¹⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 291.

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»¹⁹. 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 liberalización²⁰.

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 de la Organización Mundial del Comercio, que impide la producción de normas donde se establezcan obstáculos al comercio internacional de servicios que resulten absolutamente justificados²¹. Y la prueba de la importancia que tiene este Derecho de este tipo de organizaciones como mecanismo para lo-

¹⁹ J. E. FARÍA, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 151.

²⁰ Resulta, en este sentido, ilustrativa 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».

²¹ 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*, Tecnos, Madrid, 1996. Como señala el autor (pp. 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.

grar 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 ²², 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 ²³—.

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 con 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.

²² Sobre la importancia que tiene el contenido de las normas de los sistemas regionales de integración sobre la actividad normativa de Derecho interno resulta ilustrativa 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, p. 57.

²³ Sobre la configuración de este sistema del Tratado de Libre Comercio, véase R. ALONSO GARCÍA, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

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 la 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 ²⁴, 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 ²⁵.

La cuestión es que estos principios comunes de regulación de las actividades públicas y privadas se refuerza mediante la aprobación y aplicación de *políticas comunes*, tal y como tiene efectuada la Comunidad Europea, en donde se sustrae de una u otra forma de la competencia de los Estados estos ámbitos materiales, condicionando en mayor o menor medida la normativa que se puede aprobar ²⁶, 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

²⁴ Sobre el *ius commune* europeo, véase R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989.

²⁵ Sobre la configuración de este principio en el marco comunitario, véase R. ALONSO GARCÍA, *Tratado de Libre...*, op. cit., pp. 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».

²⁶ 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.

actos jurídicamente atípicos que adopta la Comunidad Europea y que sirven para terminar de configurar la política comunitaria ²⁷.

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 que 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 ²⁸.

El caso de la Unión Europea es, a estos efectos, paradigmático, de cómo funciona un sistema de regional de integración como vehículo para la afirmación de la validez normativa de los actos de las restantes organizaciones internacionales ²⁹. Por un lado, para analizar 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

²⁷ 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, «Il sistema normativo», dentro de la obra colectiva dirigida por M. P. CHITI, y G. GRECO, G., *Tratato di Diritto Amministrativo Europeo*, I, Guiffé, Milano, 1997, pp. 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, pp. 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 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, pp. 141 y ss.

²⁸ 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.

²⁹ Sobre esta cuestión, véase J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho internacional...*, *op. cit.*

lugar, que estas normas internacionales actúe 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 ³⁰. 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 ³¹. 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 ³².

VI. Liberalización y desregulación en la ordenación de los intercambios internacionales

Vivimos —no parece adecuado decir que vivíamos, a pesar de la crisis— bajo la héjira del liberalismo económico; el cual se ha extendido, de forma asimétrica, al comercio exterior en todos los países. Plantear hoy dudas sobre la oportunidad de la opción liberalizadora puede ser acusada como ventajista, pero sin duda, creo que resulta oportuno plantearse algunos interrogantes, teniendo en cuenta las consecuencias de lo ocurrido. Liberalización que ha

³⁰ 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», 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».

³¹ En esta línea se puede citar la Sentencia de 10.9.1996 (Comisión c. Alemania, As. C-61/94) por el 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.

³² 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».

afectado al comercio de bienes, a los mercados financieros y que llega a los servicios en los últimos años, con unos efectos que están todavía por descubrir.

La liberalización no será, sin embargo, un obstáculo para el mantenimiento o la introducción por los Estados miembros de restricciones cuantitativas o prohibiciones al comercio exterior, justificadas por motivos de orden público, de seguridad pública. Liberalización que no impide que se impongan ciertas restricciones como consecuencia de los bienes sobre los que se comercia —véase gráficamente la tecnología de doble uso, por razones de defensa o los contingentes de productos textiles para proteger la industria nacional— o los Estados con los que se realiza —véanse las restricciones con Corea del Norte— o, incluso, las personas con las que se contrata —como en el caso de la limitación del comercio exterior con la familia de Osama Ben Laden—. Limitaciones que pueden ser por un período limitado —normalmente ocurre así con los productos para el consumo humano— o adoptadas de forma indefinida; para ser derogadas *a posteriori*. Y liberalización que no impide cierta intervención de control por parte de las Administraciones públicas para fines estadísticos y de verificación de la estabilidad económica.

El que nos movamos en un régimen liberalizado es una idea que está en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y que se corresponde con el actual régimen de la mayor parte de las actividades económicas. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, el § 1.1 de la Ley de Actividades Económicas Exteriores dispone que «la circulación de bienes, servicios, capitales y pagos; el restante comercio económico con territorios extranjeros y el tráfico de divisas y oro entre residentes (intercambio económico externo) es generalmente libre. Está sometido a las limitaciones contenidas en esta ley o a las introducidas por el orden jurídico con base en esta ley». La liberalización de transacciones económicas con el exterior o de la prestación de servicios que entrará próximamente en vigor en nuestro país son prueba palmaria de lo que se está señalando. Y en el ámbito comunitario la libre exportación está recogida desde 1969.

La liberalización de las actividades económicas en el exterior empezó con el comercio de bienes y se extendió, *a posteriori*, a los mercados financieros. STIGLITZ ha reseñado —bastantes años antes de la crisis de las hipotecas *subprime* que estamos padeciendo— la imposibilidad que tiene abordar la liberalización de las finanzas con arreglo a los mismos parámetros que la de bienes, debido, precisamente, a la asimetría informativa que existe entre las dos partes de la relación. No obstante, las ventajas teóricas que se podían obtener —derivadas de la mayor presencia de capital lo que permitiría, entre otras cosas, una

mejor privatización de las empresas públicas— hizo que se diera el paso en esta dirección.

La liberalización de las actividades de comercio exterior ha ido de la mano de cierto grado de desregulación. Este proceso de desregulación no se ha de entender como una reducción del aparato normativo, ya que éste, como se verá en el apartado siguiente, se mantiene aunque incorporando nuevos mecanismos para la regulación. La vertiente que quiero reseñar aquí es la constatada por CAPELLA³³, en virtud de la cual 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, desplazando, paralelamente, la carga de la regulación hacia los sujetos más débiles, concretamente, los usuarios de los servicios en los ámbitos, ya sea directamente, ya lo sea de manera indirecta, a través de las transferencias de fondos públicos para realizar determinadas *compensaciones*.

VII. Aspectos generales de la regulación del comercio exterior

La ordenación del comercio exterior ha presentado una evolución en los últimos años, que ha ido en paralelo a los cambios normativos en el contexto de la globalización. Se ha de partir, en este sentido, de que el bloque normativo es cada vez menos de origen nacional autónomo y es más el fruto de los instrumentos con valor jurídico de las organizaciones internacionales, algunos de ellos recibidos en el Derecho interno y otros que resultan directamente aplicables. Instrumentos que, como se verá inmediatamente, no responden al paradigma de la norma clásica sino que se ha de complementar con otros elementos más actuales.

Dentro de esta actividad de interrelación entre ordenamientos nacionales e internacionales ha de destacarse cada vez más el papel que tienen los sistemas regionales de integración económica, en la medida en que la ordenación del comercio hacia el exterior constituye uno de los elementos más relevantes para la ordenación del que se produce en el interior de éstos; constituyéndose como mecanismos para garantizar que los beneficios del sistema de integración llegan directamente a las personas a las que se dirigen. De hecho, en la actualidad buena parte de los instrumentos que aplica nuestro país son consecuencia de decisiones adoptadas por las autoridades comunitarias.

Los tipos regulatorios reflejan una tensión entre el carácter soberano del Estado y las consecuencias de su integración en instituciones internacionales,

³³ J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórica-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997, p. 268.

siendo para nosotros un dato especialmente importante, teniendo en cuenta cómo se ha comunitarizado el derecho del comercio exterior por su implicación para el mercado interior. La operación, no obstante, no deja de plantear dificultades derivadas de los diferentes modelos jurídicos que se adoptan en cada uno de los Estados, que en muchos ámbitos la normativa deja de ser de armonización. Precisamente por ello, en aras de resolver satisfactoriamente la situación, como señala CHEVALLIER «los mandatos jurídicos tradicionales ceden su puesto a técnicas más débiles, que reflejan una dirección jurídica no autoritaria de las conductas: los textos indican objetivos que sería conveniente cumplir, fijan directivas que sería oportuno seguir, formulan recomendaciones que estaría bien respetar, pero sin darles en ningún caso fuerza obligatoria»³⁴. Ésta, que es una idea clave de relación entre el Estado y los sujetos que mantienen relaciones con él, se plasma de la misma forma en los vínculos entre los Estados y las organizaciones internacionales.

Es en este contexto como ha de entenderse el uso del *soft law*³⁵ es, en este sentido, usual. Casos hay muchos, pero posiblemente en el contexto de la liberalización del mercado de capitales, la actuación del GAFI —Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales—, creado por el G-7 en 1990, y que funciona en el marco de la OCDE; que a través de sus más de 40 recomendaciones y, en particular a través de sus declaraciones y Notas Interpretativas de «países y territorios no cooperantes» ha modificado la conducta de muchos Estados sin que se haya producido más que esa sanción, acompañada de una recomendación de que las instituciones financieras analicen las transacciones con personas que radiquen bajo la jurisdicción de esos territorios. Precisamente por ello se ha afirmado recientemente que el *soft law* «es un mandato de optimización, cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta»³⁶.

VIII. La comunitarización de la ordenación del comercio exterior

Cuando se abordan los problemas del comercio exterior, no podemos olvidar el ámbito comunitario en el que nos movemos. En él, el punto de partida del examen es el artículo 2 TCE, donde se establece *el primero de los dos*

³⁴ J. CHEVALLIER, «Les transformations de la regulation juridique», en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, núm. 3, 1998.

³⁵ Sobre el *soft law* en este contexto, véase D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El soft law administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

³⁶ D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, «La autoridad del derecho y el valor del *soft law*», en la revista *Cuadernos de Derecho público*, en prensa.

objetivos de la CE que interesan especialmente: «el establecimiento de un mercado común», que constituye *el objetivo originario y principal*. No cabe olvidar, en efecto, que la Comunidad ha sido creada con una finalidad económica, la de constituir un mercado común entre varios Estados. Esto es, dicho en otros términos, un espacio al que los particulares y las empresas pueden acceder libremente para realizar en él transacciones económicas, con bienes que han tenido su origen en territorio comunitario o fuera de él. En todo caso, desde el momento en que entra en territorio comunitario, pasa a estar regido por sus reglas, como consecuencia del mercado interior, y, en su caso, en aplicación de la política comercial común, recogida en los artículos 131 y ss.; los cuales componen un complemento imprescindible para entender la unión aduanera.

Precisamente por ello, por su vinculación con el mercado interior, la ordenación del comercio exterior es una materia con un alto contenido comunitarizado en la actualidad. Conviene recordar al respecto a esta noción económica, la del mercado único, de un lado, que el artículo 3.c) TCE lo configura hoy como un «mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales». De otro, según el artículo 14, que este mercado interior «implica un espacio sin fronteras interiores», donde dichas libertades estarán «garantizada(s) de acuerdo con las disposiciones del presente tratado». Y todo ello con el corolario de que es un mercado en el que la competencia no se encuentra falseada, tal como recoge el artículo 3.1.g).

A partir de este punto, conviene recordar que el ordenamiento comunitario se relaciona *ad extra* con los ordenes jurídicos de aquellos Estados que no son miembros de la Comunidad europea. Esto es, los sistemas jurídicos de los terceros Estados. Una relación que se establece, por ejemplo, cuando una empresa, con sede en un Estado miembro y sujeta, por tanto, al Derecho comunitario en su actividad económica, contrata con otra situada en un tercer Estado; o cuando un trabajador de una empresa comunitaria es enviado por ésta a prestar sus servicios fuera de la Comunidad. Son, pues, relaciones jurídicas privadas que aun pudiendo ser calificadas como «internacionales», si se consideran en relación con el ámbito espacial del mercado común constituyen, dicho más precisamente, relaciones «extracomunitarias». Extracomunitarias pero con relevancia para la Comunidad, lo que justifica claramente la participación de la Unión en la Organización Mundial del Comercio.

Ahora bien, aun cuando el Derecho de un tercer Estado sea aplicable a la relación, ello no entraña, como se verá más adelante, que el Derecho comunitario no pueda incidir sobre este supuesto internacional en atención a las normas imperativas en vigor en el mercado común, tanto si se trata de normas de

«dirección» como de «protección». Pues estas normas reclaman un ámbito espacial de aplicación más amplio para hacer efectivos los fines y los valores jurídicos a los que sirven, si dicho supuesto de tráfico externo está estrechamente vinculada con la Comunidad.

En segundo término, si nos situamos dentro del ámbito espacial del «mercado común», el dato que conviene retener es que el establecimiento de éste no ha supuesto que desaparezcan los órdenes jurídicos de los Estados miembros, cada uno de ellos con un ámbito de aplicación espacial propio. Lo que permite diferenciar ahora, dentro del conjunto de las situaciones jurídicas desarrolladas en el marco de la Unión Europea, dos grupos diferentes:

— De un lado, aquellas que pueden calificarse como «transfronterizas», por estar vinculadas con los ordenes jurídicos de dos o más Estados miembros. Esto es, aquellas situaciones cuyos elementos, subjetivos y objetivos, están localizan más allá de la esfera del sistema jurídico de un Estado miembro. Como sería el caso de la venta de una mercancía por una empresa alemana a una española; o del servicio que una agencia de viajes francesa presta a un inglés para pasar sus vacaciones de verano en Italia.

— Frente a ellas, nos encontramos con las «situaciones puramente “internas”», en las que todos sus elementos están situados en el interior de un único Estado miembro. Esto es, en los ejemplos anteriores, la venta de una mercancía producida en España por una empresa española; o el servicio turístico que una empresa alemana presta a un nacional alemán y ha de llevarse a cabo exclusivamente en un lugar de Alemania.

Pues bien, a los fines de determinar el ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario, *en esta segunda dimensión las relevantes son las primeras*: las situaciones intracomunitarias que hemos llamado «transfronterizas». Y la razón es la siguiente: aunque el mercado interior se defina en el artículo 14 TCE como un «espacio sin fronteras interiores», por la «fusión de los mercados nacionales en un mercado único», según la expresión del TJCE en su decisión de 1982 en el caso *Shul*, esta noción económica parte de la libertad de intercambios entre dos Estados miembros. Y, de este modo, el mercado interior se configura, precisamente, en atención a las actividades económicas que el nacional de un Estado miembro lleva a cabo en relación con el de otro Estado miembro. Esto es, por el hecho de que se produzcan relaciones intracomunitarias «transfronterizas» y no relaciones puramente «internas». Esto es lo que marca, con dimensión extracomunitaria o transfronteriza intracomunitaria la aparición de una situación de comercio exterior.

De lo que se desprende una consecuencia jurídica importante: *que el Derecho comunitario del comercio exterior sólo es aplicable, como criterio general, a las*

«situaciones transfronterizas», esto es, a las conectadas con dos o más Estados miembros, dado que son éstas, como se ha dicho, las que justifican la creación de un mercado común. Aunque ello no excluya, como se verá más adelante, que las medidas de aproximación de legislaciones nacionales que las instancias comunitarias pueden adoptar con base en los artículos 94 a 96 TCE también puedan extenderse a las situaciones «puramente internas», si ello es necesario para lograr el adecuado funcionamiento de dicho mercado.