

**BASEDOW, J., *El Derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes* (trad. por T. Puig Stoltenberg), Bogotá, Legis Editores, 2017, 623 págs.**

1. La monografía que nos ocupa presentar es una versión revisada, ampliada y actualizada del curso general de la Academia de Derecho Internacional de La Haya impartido por el profesor J. Basedow en 2012 y publicado en el volumen 360 del *Recueil des cours*, y como su título indica, se ocupa básicamente de describir y valorar el papel y la posición del Derecho internacional privado (DIPr) en el contexto de una sociedad globalizada, como la de nuestro tiempo. Por ello, el presente libro constituye una referencia indiscutible para entender el desarrollo de la disciplina a la luz de los cambios acontecidos y la necesidad de su adaptación al hilo de esta nueva realidad. En la concepción del autor la globalización es una suerte de proceso producto de una serie de transformaciones sociales, económicas, políticas y filosóficas que han permitido de manera concatenada el cambio progresivo de las sociedades cerradas a las sociedades abiertas en asuntos sociales, culturales y económicos. El punto de inflexión de este proceso se encuentra en el nuevo sistema creado por la comunidad internacional después de la Segunda Guerra Mundial, fruto de la irrupción de un gran número de organizaciones internacionales y nuevas formas de organización política y económica, con un objetivo general de estabilizar un paradigma de cooperación internacional institucionalizada, superador del modelo clásico estatal. La incidencia de estos cambios sociológicos, políticos y económicos viene determinada por la revisión de las propias bases del DIPr, que exige para su adaptación a esta mutación una modificación en relación con la función, el objeto y los métodos de la disciplina.

2. Entrando en el fondo del trabajo, el autor parte de la idea de que un mundo multijurisdiccional globalizado el objetivo principal del DIPr ha de ser la búsqueda de un marco jurídico estable, uniforme y fiable, que garantice la seguridad jurídica de los actores privados en el tráfico internacional. Obvio es que la consecución de este objetivo no se compeadece con el enfoque Estado-nación clásico, preocupado exclusivamente de los problemas jurídicos que se suscitan en la esfera de un determinado ordenamiento, habida cuenta de que las situaciones privadas internacionales resultan cada vez más deslocalizadas, sin vínculos claros con una jurisdicción en particular. Del mismo modo, el enfoque estatal ignora a los actores privados, cuando precisamente son los particulares los que se enfrentan a las dificultades que surgen del pluriverso jurídico, a la par que margina cualquier otro medio de producción jurídica distinta de la estatal, ya tenga su origen en los propios actores privados o emane de agentes públicos supranacionales. No en vano, la segunda incidencia de estos cambios viene determinada por la aparición de las organizaciones internacionales y nuevas formas de organización política y económica en la comunidad internacional, ofreciendo nuevos niveles de regulación que generan conflictos de muy distinta naturaleza al clásico entre las leyes de distintos Estados o de distintas subunidades de una única nación. Asimismo, los métodos han de adaptarse a este nuevo escenario, procurando que los derechos que han adquirido (método de reconocimiento) o que están a punto de adquirir en otro país sean respetados por los tribunales de los demás países, y que los acuerdos ya realizados, o que van a llevar a cabo de conformidad con las leyes de un Estado, no sean anulados según las leyes de otros

Estados (ley aplicable). El autor justifica la pertinencia del método bilateral para el cumplimiento de esta suerte de objetivos en la insuficiencia del método sustantivo para solucionar todos los problemas, como en la propia capacidad para la coordinación de los distintos ordenamientos jurídicos y de adaptación a los intereses de los operadores privados. A partir de estos datos puede entenderse mejor su rechazo al tratamiento retrospectivo o *ex post* del DIPr, propio del enfoque estatal, en cuanto menoscaba la base filosófica del nuevo sistema orientado a animar a los actores privados al intercambio internacional, así como la movilidad de las personas y los recursos económicos. En opinión de J. Basedow, una sociedad globalizada reclama un tratamiento introspectivo del DIPr susceptible de clarificar a los individuos el marco jurídico bajo el cual pueden ordenar sus relaciones transfronterizas en condiciones de seguridad jurídica, sin que ello lleve al error de caer en una conceptualización neoliberal de la disciplina que soslaye el papel importante que desarrollan aún los actores públicos dentro del entorno abierto de la sociedad. El estudio de los problemas del tráfico internacional desde el punto de vista exclusivo de los intereses de los actores privados no ofrece más que una imagen estrecha y sesgada de la realidad, en la que la acción estatal todavía sigue cumpliendo un importante papel a través de la adopción de medidas que repercuten en las relaciones privadas internacionales que caen en su esfera de aplicación.

3. En cuanto a la estructura, la obra constituye un extenso volumen que se divide en tres Partes en las que se desarrollan las tres ideas fundamentales ya descritas. La Parte I lleva la rúbrica “De los Estados nacionales cerrados a la sociedad abierta”, y se compone, a su vez, de tres capítulos. En el capítulo 1, bajo el título “La llegada de la sociedad abierta”, se analiza la base filosófica, histórica, económica y sociológica del fenómeno de la globalización, a la luz del fracaso del modelo Estado-nación, de los cambios producidos desde la Segunda Guerra Mundial en la comunidad internacional, estimulados, a su vez, por diversos factores fácticos, como los avances tecnológicos, la migración de trabajadores y refugiados, la internacionalización del comercio internacional de bienes y servicios, las inversiones extranjeras directas, la apertura progresiva de fronteras nacionales y la comunicación electrónica de datos a nivel mundial. El capítulo 2 se ocupa del fenómeno de “la globalización y el derecho”, en el que realiza un estudio conciso de las diversas medidas adoptadas por los actores públicos que persiguen la implementación y perpetuación de la economía y de la sociedad abierta, y del papel activo que han de adoptar los actores privados en la ordenación de procesos y situaciones transfronterizas. Dentro de este contexto, aborda las medidas de derecho público que tienden hacia la creciente permeabilidad de las fronteras nacionales, la progresiva interdependencia de las sociedades y las economías, así como la internacionalización de las vidas de las personas. A nivel global, se refiere a las medidas adoptadas en el ámbito del derecho económico internacional y en el terreno de los derechos humanos; a nivel regional, a las cinco libertades fundamentales establecidas en los Tratados de la Unión Europea; y, por último, a nivel estatal, a los tratados bilaterales de inversión y actos jurídicos unilaterales en materia de migración. Igualmente aborda las consecuencias de la globalización en el derecho privado a través de las diversas vías unificación y armonización del derecho material en determinados sectores del derecho comercial y la contratación internacional, y la unificación del DIPr que fomenta también la involucración de los actores privados en actividades transnacionales. De esta guisa, tras un recorrido por el marco normativo

global, el autor finaliza valorando con base en el análisis económico del derecho la eficiencia de las soluciones de DIPr. Basándose en la competencia entre sistemas, parte de la idea de ver al pluriverso jurídico como una suerte de mercado en el que los actores públicos pueden ser considerados los productores y los actores privados los consumidores, a quienes corresponde implementar sus intenciones y encontrar o concebir, a la luz de los diferentes niveles de regulación, el marco normativo más eficiente, para lo que es preciso un tratamiento introspectivo o *ex ante* susceptible de clarificar a los operadores la conveniencia de participar o no en actividades transfronterizas.

4. En la Parte II, bajo el título “Ordenación privada”, se centra en examinar los diferentes instrumentos que permiten a los actores privados poder reducir los riesgos que surgen en un entorno multijurisdiccional. La interacción entre la iniciativa privada y la actuación normativa de los actores públicos pone de relieve diferentes formas de la ordenación privada. En un primer escalón, del que se ocupa el capítulo I, sitúa, de una parte, a los acuerdos sustantivos de los actores privados dirigidos a canalizar los riesgos inherentes a las transacciones transfronterizas como consecuencia de la inadecuación del derecho estatal para el comercio exterior (Incoterms, créditos documentarios, etc.), donde el autor insiste en la idea de que tales reglas y usos uniformes no suponen la privación de la función de regulación de las relaciones privadas internacionales, al necesitar la *lex mercatoria* del apoyo del derecho estatal, ya sea para su caracterización como un uso comercial, ya sea para colmar las posibles lagunas, o bien para regular los ámbitos no gobernados por aquélla. En todos estos casos la determinación del derecho aplicable sigue jugando un papel fundamental, como sucede también con el arbitraje internacional. De otra parte, aborda también los acuerdos sustantivos entre actores privados que han permitido transformar el marco transfronterizo complejo de las relaciones contractuales, como en el marco de los viajes combinados, en una relación casi doméstica, implementada posteriormente en las propias regulaciones estatales.

Los capítulos 2 y 3 se dedican a la identificación de los espacios dejados por el enfoque tradicional del DIPr a la ordenación privada por medio de la autonomía conflictual, cuya legitimidad encuentra una base teórica, dentro del marco de los derechos humanos, en la libertad natural o innata de los individuos reconocida por los Estados de someter sus asuntos transfronterizos a un determinado ordenamiento, y, una base funcional en el hecho de que los individuos están en mejor posición que el legislador estatal para proporcionar la seguridad jurídica en un entorno multijurisdiccional. Como pone de relieve el autor, el fundamento práctico ha permitido, en la actualidad, un avance gradual de la autonomía conflictual más allá del ámbito contractual, abriéndose camino en áreas donde nunca antes había sido reconocida, como la responsabilidad extracontractual, adquisición y pérdida de derechos *in rem* en bienes muebles, el comercio de valores, la propiedad inicial de los derechos de propiedad intelectual derivadas de acuerdos de cooperación y determinados asuntos relativos al estatuto personal (protección de adultos), familiar (régimen económico matrimonial, divorcio y alimentos) y sucesiones. Si bien la tendencia hacia el reconocimiento de la autonomía de las partes en estos ámbitos tiene su fuerza motriz en normas de conflicto, que, por lo general, limitan el abanico de leyes elegibles con el objeto de conseguir la protección de las partes más débiles o de terceras personas que puedan ser afectadas por la elección. J. Basedow niega la pertinencia de esta limitación habida cuenta

de que la elección de una ley vinculada con la situación no consigue minimizar dichos efectos perjudiciales. Allí donde se requiere la protección de personas afectadas por una elección de ley, se precisa un enfoque más orientado al fondo de la cuestión, ya sea a través de la reserva de orden público o mediante especificaciones concretas (por ejemplo, que aseguren el consentimiento informado de las partes).

El capítulo 4 se reserva a una tercera forma de ordenación privada que proporcionan los llamados instrumentos opcionales introducidos en la UE en ámbitos como la propiedad intelectual y el derecho societario, que ofrecen a los actores privados la posibilidad de elegir un modelo europeo común en vez del derecho del foro o de cualquier otro Estado que sería aplicable de conformidad con las normas de conflicto. Esta forma de ordenación privada difiere de la tradicional autonomía conflictual, en que esta última se refiere a la elección entre leyes que han sido creadas para situaciones internas o domésticas, mientras que los instrumentos opcionales se conciben con vistas a regular, aunque no de modo exclusivo, las operaciones transfronterizas y las complejidades jurídicas resultantes. Por lo demás, se asemejan a los convenios tradicionales de derecho uniforme con carácter *opt-out*, requiriendo para ello el compromiso de las partes implicadas, aunque dependen de un número de cuestiones relacionadas con el conflicto de leyes, tales como las conexiones del que depende su ámbito de aplicación, su carácter dependiente de las normas de conflicto y la cobertura de sus lagunas. Por último, el Capítulo 5 se reserva a la forma de ordenación privada que consiste en aprovechar los factores de conexión objetivos que, a nivel de ley aplicable, favorecen una mayor movilidad y continuidad de las relaciones y la liberalización del reconocimiento de situaciones cristalizadas en un ordenamiento extranjero (método de reconocimiento). Cabe observar en este sentido la tendencia en el desarrollo en DIPr, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, hacia normas de conflicto que favorecen la movilidad, como, por ejemplo, en la forma de actos jurídicos con la aceptación universal de la *lex loci celebrationis*, o en el marco del estatuto personal con el abandono de la nacionalidad a favor de la residencia habitual. Este tipo de puntos de conexión habilitan otra suerte de ordenación de las relaciones jurídicas de tráfico externo, en la medida en que las partes puedan influenciar indirectamente la ley aplicable a través de decisiones personales que permiten a los actores privados establecer vínculos relevantes con los ordenamientos que prefieren, sin que quepa ver en tales decisiones una manipulación de ley aplicable o de fraude de ley.

5. El autor cierra su estudio dedicando la Parte III al examen de la repercusión de las diversas formas de acción estatal sobre las relaciones privadas internacionales, siguiendo para ello la distinción, que efectúa en el capítulo 1, entre medidas de derecho interno que afectan de manera directa la ordenación privada, y medidas adoptadas frente a los miembros de la comunidad internacional, pero que repercuten indirectamente sobre los actores privados. Esta segunda faceta de la acción estatal es objeto de tratamiento en el capítulo 2, donde el autor da cabida a las diversas medidas de política exterior con consecuencias jurídicas y sus efectos sobre las relaciones de tráfico externo, sea con motivo del no reconocimiento de un Estado extranjero, de la prohibición o restricción del comercio exterior en general (embargos comerciales), o como respuesta a la acción ilegítima de otro Estado, adoptando leyes de bloqueo. De la primera faceta se ocupan los capítulos restantes. El capítulo 3 tiene por objeto el análisis de la legislación concebida, a

nivel interno e internacional, para hacer frente a las desigualdades en las relaciones privadas internacionales con motivo de la distribución asimétrica de información entre las partes en los contratos de consumo y de trabajo, a través de normas que limitan la autonomía de las partes y conservan su carácter bilateral, pero que esconden una solución unilateral habida cuenta de la estrecha correlación existente entre las conexiones de las normas de competencia judicial internacional y de las normas sobre ley aplicable. Mientras que en el capítulo 4 se ocupa de las medidas que dictan los Estados para la protección de los valores e instituciones jurídicas que consideran fundamentales para la existencia misma del sistema jurídico. En DIPr estas normas y principios se consideran como parte del orden público o como leyes de policía, si bien el autor prefiere referirse a estos dos conceptos con el término de normas imperativas, habida cuenta de la indeterminación de la distinción y de que ambos persiguen el mismo objetivo de imponer unilateralmente determinados valores y principios del foro. El cumplimiento de los propios valores y principios básicos de un país no excluye necesariamente el respeto hacia los valores y principios correspondientes de otros Estados mientras no resulten afectadas las bases del Estado del foro. Por ello, como respuesta a los críticos de la globalización y de la sociedad abierta, el autor toma partido por el relativismo cultural de los derechos fundamentales en ámbitos sensibles como el derecho de familia (maternidad subrogada, repudio, etc.), sin renunciar a que el DIPr sea el cauce idóneo para garantizar el respeto a la diversidad cultural y paridad de los ordenamientos jurídicos que coexisten en el mundo bajo la exigencia de un análisis caso por caso del vínculo del supuesto en cuestión con el foro (*Inlandbeziehung*). Del mismo, el respeto por los valores y principios de otras comunidades es una respuesta necesaria con respecto a la protección de la moneda extranjera, los bienes culturales extranjeros y la competencia en los mercados extranjeros, donde se observa una tendencia general que concede más respeto a las normas imperativas extranjeras mediante el recurso a un unilateralismo inverso o doble. Por último, la obra finaliza con unas breves consideraciones que sintetizan oportunamente las reflexiones más destacadas vertidas a lo largo de la monografía, que, como he apuntado al comienzo, constituye, sin duda, una obra de referencia para el estudio y la aplicación del DIPr.

**José Ignacio Paredes Pérez**  
**Universidad Complutense de Madrid**