

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

Vol. 64/1 Enero-Junio 2016

Sumario

Monográfico: Constitución y mercado en la crisis de la Unión Europea

Coordinado por José Luis García
Guerrero y María Luz Martínez
Alarcón

Constitución y mercado en la crisis de la Unión Europea: consideraciones preliminares

María Luz Martínez Alarcón y José
Luis García Guerrero

Las implicaciones constitucionales de la crisis: una reseña de la literatura reciente

Giuseppe Martinico

La constitución económica liberal como garantía del libre mercado. Los derechos de propiedad privada y libertad de empresa

Jesús López de Lerma Galán

La Constitución económica socialista y sus fundamentos

Lisette Pérez Hernández

La modificación del artículo 135 de la Constitución española

de 1978: aproximación jurídico-económica a las causas para una racionalización, estado de situación y resultados

Alberto Oehling de los Reyes y José
María de Benito Aramburu

El Mercado Común

Magdalena González Jiménez

La OCDE en la definición de políticas económicas en España. OCDE y constitución económica. Desarrollo e influencia de la OCDE en la era de la globalización

Juan Manuel Goig Martínez

G-20: estructura y adecuación a sus finalidades en el marco organizativo e institucional internacional

Enrique Belda Pérez-Pedrero

La representatividad de la FED

Tomás Bastarache Bengoa

La Comunidad Andina de Naciones y la evolución del proceso de integración socioeconómico en latinoamérica

Ernani Contipelli

Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico

Jairo Andrés Castaño Peña

Estudios

¿Pueden constituir todas las denominadas expresiones de odio un límite infranqueable a la libertad de expresión?

Jorge Alguacil González-Aurioles

The Role of European Institutions in the Defense of Human Rights in the Western Sahara

María López Belloso y Eloísa
González Hidalgo

Crónica y actitud de un constitucionalista. La tesis de Adolfo Posada sobre la titularidad de la soberanía

Remedios Morán Martín

Límites constitucionales a la inserción de tasas judiciales autonómicas. Comentario crítico a la STC 71/2014, de 6 de mayo

Eduardo Sánchez Álvarez

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 64/1 Enero-Junio 2016

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto
Bilbao
2016

Estudios de Deusto

Vol. 64/1 Enero-Junio 2016

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª ÉPOCA*

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

2ª ÉPOCA

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es
<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)
ISSN: 2386-9062 (versión digital)
Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

Secretario:

Javier Pérez Duarte (Universidad de Deusto, España)

Consejo de redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elozegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

Consejo Asesor y Evaluador:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martín Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Suscripciones:

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:

Europa 45 €

Número suelto 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Estudios de Deusto

Vol. 64/1 Enero-Junio 2016

Sumario

Monográfico: Constitución y mercado en la crisis de la Unión Europea

Coordinado por José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón

- Maria Luz MARTÍNEZ ALARCÓN y José Luis GARCÍA GUERRERO, *Constitución y mercado en la crisis de la Unión Europea: consideraciones preliminares* 15-21
- Giuseppe MARTINICO, *Las implicaciones constitucionales de la crisis: una reseña de la literatura reciente* 23-38
- Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, *La constitución económica liberal como garantía del libre mercado. Los derechos de propiedad privada y libertad de empresa* 39-60
- Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ, *La Constitución económica socialista y sus fundamentos* 61-95
- Alberto OEHLING DE LOS REYES y José María DE BENITO ARAMBURU, *La modificación del artículo 135 de la Constitución española de 1978: aproximación jurídico-económica a las causas para una racionalización, estado de situación y resultados* 97-136
- Magdalena GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *El Mercado Común* 137-164
- Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, *La OCDE en la definición de políticas económicas en España. OCDE y constitución económica. Desarrollo e influencia de la OCDE en la era de la globalización* 165-205
- Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *G-20: estructura y adecuación a sus finalidades en el marco organizativo e institucional internacional* 207-226

Tomás BASTARRECHE BENGOA, <i>La representatividad de la FED</i>	227-260
Ernani CONTIPELLI, <i>La Comunidad Andina de Naciones y la evolución del proceso de integración socioeconómico en Latinoamérica</i>	261-280
Jairo Andrés CASTAÑO PEÑA, <i>Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico</i>	281-305

Estudios

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, <i>¿Pueden constituir todas las denominadas expresiones de odio un límite infranqueable a la libertad de expresión?</i>	309-327
María LÓPEZ BELLOSO y Eloísa GONZÁLEZ HIDALGO, <i>The Role of European Institutions in the Defense of Human Rights in the Western Sahara</i>	329-360
Remedios MORÁN MARTÍN, <i>Crónica y actitud de un constitucionalista. La tesis de Adolfo Posada sobre la titularidad de la soberanía</i>	361-375
Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ, <i>Límites constitucionales a la inserción de tasas judiciales autonómicas. Comentario crítico a la STC 71/2014, de 6 de mayo</i>	377-394

Recensiones

Amelia CASTRESANA HERRERO, <i>Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo</i> , por Francisco J. Andrés Santos	397-407
José ESTEVE PARDO, <i>La nueva relación entre Estado y sociedad</i> , por Agustín Ruiz Robledo	409-411
John James PARK, <i>Los Dogmas de la Constitución</i> , por Jorge Pérez Alonso	413-421
Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>La igualdad en rodaje: Masculinidades, género y cine</i> , por Jesús Espinosa Gutiérrez	423-426
Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, <i>De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes</i> , por Antonio Pérez Miras	427-430

Estudios de Deusto

Volume 64, Issue 1, January-June 2016

Table of Contents

Special Issue: Constitution and markets within the crisis of the European Union

Edited by José Luis García Guerrero and María Luz Martínez Alarcón

- María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN y José Luis GARCÍA GUERRERO, *Constitution and markets within the crisis of the European Union: preliminary considerations* 15-21
- Giuseppe MARTINICO, *The Constitutional Implications of the Crisis. A Review Article* 23-38
- Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, *The liberal economic Constitution as a guarantee of free market. Private property rights and freedom of enterprise* 39-60
- Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ, *The Socialist Constitution and economic fundamentals* 61-95
- Alberto OEHLING DE LOS REYES y José María DE BENITO ARAMBURU, *The amendment of Article 135 of the Spanish Constitution of 1978: the legal and economic grounds for a rationalization approach, current status and results* 97-136
- Magdalena GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *The Common Market* 137-164
- Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, *The OECD in the definition of economic policies in Spain. OECD and economic constitution. Development and influence of the OECD in the era of globalization* 165-205

Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, <i>G-20: Structure and fitness for its targets in international organizational and institutional framework</i>	207-226
Tomás BASTARRECHE BENGOA, <i>La representatividad de la FED</i>	227-260
Ernani CONTIPELLI, <i>La Comunidad Andina de Naciones y la evolución del proceso de integración socioeconómico en Latinoamérica</i>	261-280
Jairo Andrés CASTAÑO PEÑA, <i>Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico</i>	281-305

Studies

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, <i>Can all hate speech expressions constitute an imbridgeable limit on freedom of expression?</i>	309-327
María LÓPEZ BELLOSO y Eloísa GONZÁLEZ HIDALGO, <i>The Role of European Institutions in the Defense of Human Rights in the Western Sahara</i>	329-360
Remedios MORÁN MARTÍN, <i>Chronic and attitude of a constitutionalist. The thesis of Adolfo Posada on the ownership of sovereignty</i>	361-375
Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ, <i>Constitutional limits to the establishment of autonomic court fees. Review of Judgment 71/2014 of the Spanish Constitutional Court</i>	377-394

Book reviews

Amelia CASTRESANA HERRERO, <i>Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo</i> , by Francisco J. Andrés Santos	397-407
José ESTEVE PARDO, <i>La nueva relación entre Estado y sociedad</i> , by Agustín Ruíz Robledo	409-411
John James PARK, <i>Los Dogmas de la Constitución</i> , by Jorge Pérez Alonso	413-421
Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>La igualdad en rodaje: Masculinidades, género y cine</i> , by Jesús Espinosa Gutiérrez	423-426
Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, <i>De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes</i> , by Antonio Pérez Miras	427-430

Monográfico:
Constitución y mercado
en la crisis de la Unión
Europea

Coordinado por
José Luis García Guerrero y
María Luz Martínez Alarcón

CONSTITUCIÓN Y MERCADO EN LA CRISIS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón¹

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp15-21

La primera aproximación de este investigador al fenómeno de las integraciones económicas se produjo en el año 2005², por encargo del Senado de la República Dominicana en el marco de un Congreso Internacional que debía servir para impulsar la aprobación de una nueva Constitución en aquel país que finalmente vería la luz en el año 2010.

Desde un principio resultó evidente que el estudio que las integraciones económicas debía enmarcarse en el contexto de una globalización, perseguida intensamente tras la caída del muro de Berlín. La liberación multilateral del comercio promovida por la Organización Mundial del Comercio había fracasado y se buscaba alcanzar ese mismo objetivo profundizando en las integraciones económicas regionales supra estatales.

En aquella primigenia fase de estudio ya se pudo concluir, siguiendo a Weber y García Pelayo³, que la constitución racional normativa, también

¹ José Luis García Guerrero (IP1) y María Luz Martínez Alarcón (IP2) son profesores titulares de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-La Mancha) e Investigadores Principales del Proyecto de Investigación *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R).

² GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma constitucional», en el libro colectivo *Visión y análisis comparativo de las reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU, PUND, Santo Domingo 2005, pp. 135-155.

³ WEBER, M., *Historia económica general*, México 1942, p. 297, entre otras; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 38.

denominada liberal, estaba al servicio del sistema económico capitalista. Se diferenciaban tres modelos de constitución económica: la liberal, la socialista y la intervencionista europea. Se partía de cuatro fases de integración: Acuerdo de libre comercio, Unión aduanera, Mercado común y Unidad económica supra estatal. Su estudio y diferenciación se realizaba desde una perspectiva constitucional y permitía obtener dos reglas y una conclusión. La primera regla demostraba que a medida que se intensificaba la integración importantes elementos básicos del concepto liberal de constitución resultaban progresivamente afectados. La segunda regla mostraba que la sintonía ideológica de las constituciones económicas de los Estados integrados atenúa las afecciones al modelo constitucional, lo que se manifestaba de forma especialmente evidente en el caso de la Unión Europea. La conclusión permitía concretar cómo resultaban menoscabada la soberanía popular, la distinción entre poder constituyente y constituido, así como el principio democrático a medida que se profundizaba en las fases de integración y cómo esta afección se agravaba cuando faltaba la sintonía ideológica entre las constituciones económicas de los Estados integrados.

Una buena parte de la doctrina constitucional española, en los primeros años de esta década, mostraba su creciente preocupación por las consecuencias de la precipitada reforma del artículo 135 de la Constitución, así como, en muy directa relación, por el ataque a los derechos sociales y a los de los trabajadores. Para la doctrina española, estos problemas provenían de la Unión Europea y de sus concretas políticas económicas para hacer frente, probablemente, a la mayor crisis económica que vivía Europa desde la Segunda Guerra Mundial (no hay duda respecto a los periféricos). La afección a los derechos de los trabajadores, al Estado del bienestar y la regla constitucional de la estabilidad presupuestaria centraron la mayor parte de los estudios (sirva de muestra el realizado por la IP 2 de este proyecto de investigación junto a Diego López Garrido⁴, a propósito de esta última materia).

En este contexto se realiza, al inicio de 2013, la segunda aproximación a la materia que ya llevaba el revelador título de «Las integraciones económicas supra estatales y los acuerdos entre bloque económicos, en definitiva, la

⁴ AA.VV., *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, dirigido por Diego López Garrido y coordinado por María Luz Martínez Alarcón, CEPC, Madrid 2013. Asimismo, la IP 2 de este proyecto publicó, en este mismo año, el trabajo «La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización: algunas reflexiones sobre su compatibilidad con la ideología jurídica del *welfare state*», en el libro *Constitución y Globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, coordinado por Fernando Reviriego Picón, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2013, pp. 165-200.

globalización⁵ como último embate al concepto racional normativo de constitución»⁶. Este texto, que es más bien una hipótesis de trabajo o ensayo y que ya anunciaba la necesidad de un enfoque multidisciplinar, sirvió de inspiración y guía al proyecto de investigación. Lo novedoso de la hipótesis de trabajo es tratar de poner de relieve que las afecciones al concepto racional normativo no se limitan a ciertas partes de las constituciones de los Estados miembros sino que inciden en la práctica totalidad de la Norma Fundamental. Además, no es la integración europea la única responsable, sino la globalización en su conjunto, que condiciona y determina la Constitución de un Estado miembro (asimétricamente) y la propia estructura constitucional de una integración. La Unión Europea, pese a su fortaleza (comparada con los Estados que la integran), tiene unos márgenes de discrecionalidad en la toma de sus decisiones fuertemente condicionados por la globalización. En ésta, ya desde 2013, eran discernibles dos etapas, una primera de integraciones regionales, que ha conocido su culminación con la Unión Europea, y una segunda fase reconocible por los acuerdos de libre comercio que firman las propias integraciones entre sí o éstas con potencias económicas, ex potencias, emergentes o simples Estados.

Con estos parámetros se afronta el proyecto de investigación «Constitución y mercado en la crisis de la integración europea», cuyo título, bajo los presupuestos delineados, no puede inducir a equívoco. No se trata de un problema europeo, sino mundial. En consecuencia, no puede afrontarse sólo en lo referente al concierto europeo, lo que es, sin duda, imprescindible, sino que debe abordarse en un contexto mundial, el de la globalización en sus dos fases. Además, la amplitud de la materia objeto de estudio ha exigido una integración de diversos equipos de investigación, tres de estos corresponden a la Universidad de Castilla Mancha, dos de constitucional y uno de economía aplicada que actúan como proyecto coordinador. Como proyectos coordinados aparece el de la Universidad de Deusto, que se centra, además, en la mutación de la constitución económica europea; y, finalmente, el de Universidad Pablo de Olavide que se ocupa, asimismo, de la afección de los derechos sociales en el ámbito autonómico. Completan el proyecto de investigación diversos investigadores nacionales, así como europeos y americanos,

⁵ Con posterioridad a la publicación de este trabajo y a través del profesor Rubio Llorente, se conoció un trabajo de consulta obligatoria en la materia, Rodrik, Dani, *La paradoja de la globalización*, Antonio Bosch, Barcelona, 2011.

⁶ Publicado en el libro, *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez)*, coordinadores JORGE PRATS, Eduardo y VALERIO JIMENIÁN, Manuel, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014, pp. 544-591.

estos últimos integrados en el equipo de trabajo por prescripción ministerial. Actualmente trabajan en este proyecto de investigación más de sesenta investigadores de dieciséis universidades y no dejan de incorporarse relevantes especialistas en las distintas materias.

Este proyecto de investigación persigue un doble objetivo: establecer desde una perspectiva constitucional las afecciones que las dos etapas de la globalización originan al concepto racional normativo de Constitución y analizar qué medidas pueden adoptarse para subsanar o disminuir los efectos de estos embates. La integración europea ocupa un papel central en la investigación por ser la única que ha alcanzado plenamente la última fase: la Unidad económica y monetaria supraestatal. Su experiencia permite, con las cautelas y precauciones necesarias para evitar adoptar predominantemente el método fenomenológico, extrapolar problemas y soluciones a otros procesos de integración. Este rol central europeo se justifica asimismo por la búsqueda de soluciones, lo que nos conecta con el segundo objetivo final de la investigación. Los embates asimétricos que han sufrido las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea se presupone que predominantemente sólo pueden solucionarse mediante intensas reformas de su gobernanza, lo que requiere de las consecuentes propuestas de *lege ferenda*. Ahora bien, hay otra hipótesis posible que requiere también de exploración: que no sea posible subsanar los embates al concepto racional normativo de constitución mediante reformas y que sea preciso subsanar los problemas acudiendo a la construcción de un Estado Federal. Aunque, hay que precisar, pues se está lejos de construcciones irrealizables, la estructura federal debe presentar unos contenidos mínimos y determinados con los que superar los ataques que las constituciones liberales de los Estados miembros sufren. A los autores de estas líneas no se les escapan las dificultades y extensión de trabajo; sin entrar en profundidades, todos somos conscientes de las asimetrías de las afecciones a las constituciones de los Estados miembros y la actual ausencia de un *demos* europeo, entre otros obstáculos, pero se tiene la convicción de que se trata de una auténtica cuestión de supervivencia. Esta poderosa razón llevó a la creación de los Estados Unidos de América y podría conducir a unos Estados Unidos de Europa, en los parámetros que sintéticamente se han precisado.

Es probable que, como señalaba el profesor Rubio Llorente en su discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Valladolid, el Derecho Constitucional encuentre su mayor reto en el embate que la globalización desencadena en el concepto racional normativo de Constitución⁷.

⁷ RUBIO LLORENTE, F., «Globalización económica y reforma constitucional», *Revista de Occidente*, núm. 388, 2013, pp. 5-20. Aunque el recientemente fallecido maestro hablará literalmente de «...incidencia que la globalización económica tiene sobre los Esta-

Alcanzar los objetivos finales de este proyecto de investigación, o de los sucesivos, intenta ser una modesta contribución a la ardua tarea que tiene el Derecho constitucional y que debe sumarse a la de otras disciplinas jurídicas y sociales, algunas de ellas ya presentes en el proyecto. No obstante, para alcanzar esos objetivos es necesario afrontar, previamente, a modo de estudios preliminares, toda una serie de conceptos, instituciones y figuras; muchos de éstos completamente alejados de la tradición constitucional pero que precisan de análisis desde esta perspectiva.

El estudio de estos conceptos e instituciones requiere, en primer lugar, determinar rigurosamente los modelos de constitución económica así como el marco jurídico de la Unión Europea en esta materia, poderosamente influenciado por el ordoliberalismo. En segundo lugar, determinar, estudiar y diferenciar las diversas fases de integración, dilucidando si es necesario distinguir entre una Unidad económica supraestatal y una Unidad económica y monetaria supraestatal. Realizar un prontuario mundial de los diferentes tipos de integración y estudiar los más relevantes. En tercer lugar, elaborar una teoría general de los acuerdos de libre comercio de la segunda etapa de la globalización en la que no sólo cambian los actores sino también los contenidos (órganos de gobierno, intensa implementación legislativa, órganos jurisdiccionales o arbitrales); así como estudiar los acuerdos de libre comercio e inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos y el de Canadá, que se encuentra más avanzado. Estos trabajos preliminares desembocan, en cuarto lugar, en el análisis de las nuevas instituciones de gobierno de la economía mundial, desde una perspectiva también constitucional, lo que exige ocuparse de los bancos centrales, que en la fijación de la paridad internacional de la divisas ocupan un papel central, cada vez más alejado del principio democrático; de la Organización Mundial del Comercio, instrumento por excelencia de la expansión de la globalización; de cómo junto al G 7 aparece el G 20, lo que sólo se explica en clave globalizadora; de la OCDE, del FMI y del Banco Mundial, entre otras instituciones.

Estos estudios preliminares deben permitir un enfoque diferente de cuatro problemas centrales, que a su vez están profundamente interrelacionados entre sí. El marco económico de la Unión europea en clave ordoliberal y la desconstitucionalización asimétrica y progresiva de las constituciones económicas intervencionistas europeas de los Estados miembros, lo que origina un peligroso estrechamiento del pluralismo político en este ámbito material. El segundo problema es consecuencia del anterior, la adopción constitucional de la regla de oro, esto es, la estabilidad presupuestaria. El tercero deriva

dos nacionales» (p. 6). Y reveladoramente precisa: «Sobre todos ellos, aunque no sobre todos con la misma intensidad, ni es igual la disposición de los distintos Estados para afrontarlos, ni la capacidad que tienen para hacerlo con esperanza de éxito» (pp. 6 y 7).

de ésta y del primer problema, esto es, de la concepción ordoliberal del marco económico (quizás también de la propia globalización) y del rol central de su principio de competitividad, que no sólo juega *ad intra* de la integración sino *ad extra*; se está aquí haciendo referencia a emplear como elemento de mejora de la competitividad a la materia tributaria, y, lo que nos sitúa ya en el cuarto problema, a los valores constitucionales, derechos sociales, derechos de los trabajadores y a la protección del medio ambiente entre otros factores; lo que probablemente explica las políticas de austeridad impulsadas por el líder de la agrupación europea para ganar competitividad *ad extra*, esto es, en el contexto de la segunda etapa de la globalización.

Ésta es la ingente tarea que afronta esta investigación, quizá ahora pueda comprenderse mejor la integración de los proyectos coordinados de Deusto y de la Pablo de Olavide de Sevilla. Es prácticamente seguro que este trabajo no se agote en un único proyecto de investigación; no obstante, sólo el proyecto coordinador de Castilla-La Mancha tiene previsto la celebración de unas jornadas internacionales con cuatro seminarios el próximo mes de junio, otras el 21 y 22 de noviembre, y, finalmente, un Congreso internacional en mayo del próximo año; su actividad, así como la de los proyectos coordinados, puede seguirse en la página web <www.marco3.org>.

En el generoso y prestigioso marco de la revista *Estudios de Deusto* se publican a continuación algunos de estos trabajos preparatorios de los cuatro problemas centrales y de los objetivos finales del proyecto de investigación. Siguen el orden de estas líneas introductorias en forma de Estudios y Notas. Son los primeros resultados junto con otros que en forma de ponencia se ha defendido en diversos congresos nacionales e internacionales y que se encuentran en prensa y que podrán seguir en la citada página web.

TITLE: Constitution and markets within the crisis of the European Union: preliminary considerations

RESUMEN: En el nuevo orden mundial globalizado, la competencia entre bloques económicos condiciona la orientación e intensidad del proceso de integración europea afectando a los fundamentos constitucionales de los Estados nación (principio democrático, dignidad humana y Estado social). Nos preguntamos si la solución a estos problemas se encuentra en una mera reforma de los mecanismos de integración o si por el contrario resulta inevitable desembocar en una Europa Federal.

PALABRAS CLAVE: Globalización, integración supranacional, Constitución económica.

ABSTRACT: The competence among economic blocks in the new globalized order affects the direction and intensity of the European integration process and the constitutional foundations of the member States (democratic

principle, human dignity and welfare state). We ask if the solution to these problems is a mere reform of the integration mechanisms or if, on the contrary, it is inevitable a Federal Europe.

KEY WORDS: Globalization, Supranational Integration, Economic Constitution.

RECIBIDO: 03.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LA CRISIS: UNA RESEÑA DE LA LITERATURA RECIENTE

Giuseppe Martinico*

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp23-38

SUMARIO: 1. ESTRUCTURA Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO. 2. UNA PANORÁMICA DEL DERECHO ANTI-CRISIS. 3. EL CONCEPTO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL. 4. ASIMETRÍA E INTERGUBERNAMENTALISMO.

1. ESTRUCTURA Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO

Este artículo explora los principales puntos de vista académicos relativos a las mutaciones de la estructura constitucional de la Unión producidas tras la crisis. Con este propósito el término «mutación constitucional» no debe entenderse como una completa ruptura con el pasado. Por ello este artículo tratará de enfatizar esta idea a través del análisis de las continuidades y interrupciones en la visión tradicional del proceso de constitucionalización de la UE.

Tras aclarar el concepto de «mutación constitucional», en este artículo identificamos dos potenciales factores de mutación constitucional que han sido o bien

* Profesor titular de Derecho Público Comparado, Scuola Sant'Anna, Pisa, Research Fellow Centre for Studies on Federalism, Turin. Honorary Professor, European Law Research Centre, Henan University, Kaifeng. Expert Centre for Judicial Cooperation EUI. Todas las páginas de internet han sido consultadas por última vez con fecha 18 de abril de 2016. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad: «Las mutaciones de la Constitución económica de la Unión Europea» (DER2013-48327-C3-2-R) y en el Proyecto «Gobernanza económica europea y transformación constitucional» (MINECO, DER2014-57116P). Quiero dar las gracias a Justo Corti Varela y Carmen Román Vaca.

creados, o bien fomentados por la crisis: la asimetría y el retorno al intergubernamentalismo. Pondremos particular atención en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), al ser ésta la medida que más interés ha suscitado entre los constitucionalistas, debido principalmente a su artículo 3 y su impacto sobre el sistema de fuentes nacionales¹.

El debate sobre las implicaciones constitucionales de la llamada crisis de la UE es muy rico y multidisciplinar, así que es imposible tratar de representarlo de una manera completa². Además, existen diferentes interpretaciones de lo que es realmente la crisis de la UE y diferentes lecturas del origen esta crisis³. Es posible identificar dos visiones sobre la crisis económica: la que acusa a la UE de ser la principal responsable de la crisis y la que asigna la responsabilidad principalmente a los Estados miembros⁴. Esta segunda visión hace hincapié en el papel de los Estados, cuyas políticas fiscales irresponsables habrían amplificado la crisis⁵. La primera visión, en cambio, acusa

¹ Art. 3.2 TECG: «2. Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales».

² J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union: a Response*, Cambridge, Polity, 2012; P. ATHANASSIOU, *Of Past Measures and Future Plans for Europe's Exit from the Sovereign Debt Crisis: What is Legally Possible (and What is Not)*, *European Law Review*, 2011, p. 558-575; V. BORGER, *How the Debt Crisis exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 7-36; A. BUZELAY, *À propos de la crise américaine et de son impact sur la zone euro*, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2009, p. 17-21; M. POIARES MADURO, M. KUMM, B. DE WITTE, B., *The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis*, Policy Report of the EUI Global Governance Programme, 2012, <globalgovernanceprogramme.eui.eu/wp-content/uploads/2012/06/Policy-Report10May20121.pdf>; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis and Constitutional Limits to Fiscal Integration*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, p. 243-268; J. V. LOUIS, *The Unexpected Revision of the Lisbon Treaty and the Establishment of a European Stability Mechanism*, en D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS y I. LIANOS, I. (eds.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 284-320.

³ A. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, *German Law Journal*, 2013, p. 453-526, p. 453. Vease también: R. DEHOUSSE, *Le tre crisi del continente malato*, *Il Mulino*, 2012, p. 485-496; K. TUORI, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, EUI Working Papers LAW 2012/28, 2012, <cadmus.eui.eu/handle/1814/24301>.

⁴ Entre otros: A. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis* cit., p. 454.

⁵ M. POIARES MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, RSCAS Working Paper 2012, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180248>.

a la UE de no haber sido capaz de corregir algunos defectos presentes en la arquitectura económica europea ya desde 1992 (año de la firma del Tratado de Maastricht).

2. UNA PANORÁMICA DEL DERECHO ANTI-CRISIS.

Como es bien sabido, la arquitectura económica de la UE se basa en cuatro pilares principales: 1) la coordinación de las políticas económicas entre los Estados miembros; 2) la coordinación de las políticas fiscales, en particular a través de los límites a la deuda pública y el déficit; 3) una política monetaria centralizada con un Banco Central Europeo (BCE); y 4) la creación de una moneda única (euro)⁶.

Entre las principales anomalías del sistema han sido señaladas las siguientes: la persistente asimetría entre la unión monetaria (centralizada) y la unión económica (consistente en una mera coordinación de las políticas económicas nacionales); el mandato incompleto del Banco Central Europeo (si se compara con el mandato pleno de un Banco Central federal); el limitado presupuesto de la UE; y la incertidumbre que rodea a las políticas presupuestarias de la Unión; junto con las debilidades del Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁷. Todos estos defectos se hicieron visibles con la explosión de la crisis griega, que obligó a la UE a encontrar una solución para mantener a Grecia en la eurozona⁸. La crisis griega produjo una escalada de medidas que comienza con una Decisión del Consejo de 10 de mayo de 2010 con el «objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo»⁹. A esta decisión le siguió una serie de intervenciones más estructuradas pero sin una línea política clara que las fundamente¹⁰. El Tratado de

⁶ C. DEGRYSE, *The new European economic governance*, Working Paper European Trade Union Institute 2012/14, 2012, <www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-new-European-economic-governance>.

⁷ P. KRUGMAN, *End This Depression Now!*, London-New York, Norton and Company, 2012, especialmente el cap. 10.

⁸ J. V. LOUIS, *The review of the stability and growth pact*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 85-106.

⁹ El texto de la decisión n.º 2010/320/UE se encuentra aquí: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:145:0006:0011:ES:PDF>.

¹⁰ M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 1777-1806; V. PALIOURAS, *Why Europe Should Say No to the Proposed Framework of Economic Governance: A Legal and Policy Analysis in Light of the Establishment of the European Stability Mechanism and the Euro Plus Pact*, 2011, <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908435>.

estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión económica y monetaria (TECG), firmado por 25 líderes europeos a principios de marzo de 2012, fue el ápice de una serie larga de medidas¹¹. Este Tratado representa sólo uno de los eslabones de una cadena más larga de medidas adoptadas para luchar contra la crisis de la UE (nos referimos a la creación de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera [FEEF], el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera [MEEF], el Pacto Euro Plus, la modificación del art. 136 del TFUE, el Mecanismo Europeo de Estabilidad [MEDE], los llamados *six-pack* y *two-pack* o paquetes de seis y dos medidas, entre otros)¹².

Con todas estas iniciativas, la UE ha tratado de lograr un nuevo sistema integrado de vigilancia de las políticas presupuestarias y económicas y un nuevo calendario presupuestario. Se ha insistido mucho en el establecimiento de reglas claras y en una mejor coordinación de las políticas nacionales, así como en establecer sanciones de forma más rápida.

Todas estas medidas se ejecutan en paralelo. Algunas de ellas son parte del ordenamiento jurídico de la UE (por ejemplo, el *six pack*, el *two pack*), mientras que otras no lo son; algunas son interdependientes (como ciertos aspectos del *six pack* y del TECG), mientras que otras no (por ejemplo el Pacto Euro Plus referente a competitividad y el TECG, enfocado en la austeridad). Esto explica por qué ciertos Estados miembros participan solo en algunas acciones y no en otras.

Los mencionados desarrollos son el escenario común a toda la literatura mencionada en este artículo. Esta literatura también comparte la percepción de que la crisis (o las crisis) son una fuente potencial de transformación de la UE, constituyen una oportunidad de desarrollo.

3. EL CONCEPTO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Antes de proceder con el análisis del impacto de la crisis, debemos aclarar qué entendemos por «mutación» en el contexto de este artículo. Como es

¹¹ L. BESSELINK y J. H. REESTMAN, *The Fiscal Compact and the European Constitutions: 'Europe Speaking German'*, *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 1-7; HOUSE OF COMMONS EUROPEAN SCRUTINY COMMITTEE, *Treaty on Stability, Coordination and Governance: Impact on the Eurozone and the Rule of Law*, 2012, <www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmeuleg/1817/1817.pdf>; I. PERNICE, *International Agreement On A Reinforced Economic Union. Legal Opinion*, 2012, <www.greens-efa.eu/international-agreement-on-a-reinforced-economic-union-5125.html>.

¹² G. BIANCO, *The New Financial Stability Mechanisms and Their (Poor) Consistency with EU Law*, *EUI RSCAS 2012/44*, 2012, <cadmus.eui.eu/handle/1814/23428>; A. KOCHAROV A. (ed.), *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact*, *EUI Law Working Paper*, 2012/09, 2012, <cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21496/LAW_2012_09_Kocharov_ed.pdf?sequence=1>.

bien conocido, este es un concepto desarrollado principalmente por la escuela alemana, en particular por JELLINEK¹³ y, recientemente, se ha utilizado para describir los efectos de la crisis en el marco institucional europeo¹⁴. Como recuerda PERNICE «*it was very early that the German Constitutional Court recognised the mere fact, that although no explicit textual changes are made in the Constitution, the progress of European integration implies substantial 'material' modifications of the contents of the Constitution, a phenomenon which Hans Peter Ipsen has called 'constitutional mutation'. Those are the implications of art. 24 I GG, which allows the transfer of the sovereignty by simple legislative act, and of the general acceptance of the autonomy and supremacy of community law even over the Constitution*»¹⁵. Bruno DE WITTE ha puesto en cuestión sin embargo la aplicabilidad de este concepto a la crisis europea, optando por la idea de «*variación institucional*»¹⁶:

¹³ G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale* (traducción italiana), Lecce, Cavallino Pensa, 2004, donde se hace una distinción entre revisión y mutación constitucional «*la prima caratterizzata dall'essere il frutto di 'azioni volontarie e intenzionali' e la seconda il frutto di fatti che non necessariamente sono accompagnati dall'intenzione o dalla coscienza di tale cambiamento*» (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, Osservatorio sulle fonti, 2013, p. 1-28, p. 5).

¹⁴ C. CLOSA, *Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea*, *Revista de estudios políticos*, 2014, pp. 65-94.

¹⁵ I. PERNICE, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and 'Multilevel Constitutionalism'*, en E. RIEDEL, (eds.) *German Reports on Public Law. Presented to the XV International Congress on Comparative Law*, Baden-Baden, NOMOS, 1998, p. 40-66, <<http://www.whi-berlin.eu/documents/pernice-regional-integration.pdf>>. H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1972, 58.

¹⁶ B. DE WITTE, «*Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 11/3, 2015, p. 434-457, p. 444-445: «*The institutional metamorphosis which EMU law underwent after 2010, and which was roughly sketched in the first part of this article, has caused turbulence also in legal writing. Legal scholars have sought to interpret this evolution in various ways. In this second part of the article, two different accounts will be discussed, which are differentiated by the extent to which they consider the recent evolution to have affected the EU's overall constitutional order... The first account is a radical one. It argues that either single euro crisis reforms or their cumulative effect, have led to a mutation of the constitutional law of the European Union. Although the authors proposing such accounts often do not explain what they mean by 'constitutional mutation', a common characteristic of their assessment is a claim that interstitial changes in EMU law have spilled over into EU law generally, so as to modify and redefine the constitutional system laid down in the Lisbon Treaty... The second account is a more moderate one. It takes its cue from the fact that institutional rules have always varied across policy fields during the entire European integration process. This variation increased with the Maastricht Treaty, which (among other things) established Economic and Monetary Union as*

«The term ‘constitutional mutation’, or closely related terms, has been embraced by a large number of authors analysing the legal consequences of the euro crisis... Others have used the term constitutional mutation with regard to the substantive content of European economic governance rather than its institutional character, which raises a different set of questions that will not be considered here... Those broader arguments, finding that a constitutional mutation has taken place, can be grouped in four main categories: (i) the claim that the EU’s institutional balance has been re-defined; (ii) the claim that the principles of equality (of the EU member states) and of unity (of the EU legal order) have been set aside; (iii) the claim that political expediency has repeatedly prevailed over legal normativity, denoting a massive decline of the rule of law; and (iv) the claim that the relation between EU and national law has been transformed, through a major limitation of the budgetary sovereignty of the ‘bail-out’ countries in particular»¹⁷.

La erosión de la igualdad de los Estados miembros y el orden jurídico de la unidad¹⁸, el retorno al intergubernamentalismo¹⁹, la violación de la *rule of law*²⁰ y la reducción de la soberanía financiera de los países que se han beneficiado de programas de asistencia financiera debido a los mecanismos de condicionalidad²¹ son los principales ejemplos de mutaciones constitucionales registrados por los autores mencionados, (y criticados) por DE WITTE. Este último, como se señaló, muestra una preferencia por el concepto de «variación institucional».

an institutionally very idiosyncratic policy area. This institutional distinctiveness was not affected, and even slightly reinforced, by later Treaty revisions, including the Lisbon Treaty. The euro crisis response is marked by a further increase in this institutional variation within EU law, between EMU law and other areas, but the overall constitutional system, as last re-arranged by the Lisbon Treaty, is not affected in a major way».

¹⁷ B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order* cit., p. 447-448.

¹⁸ B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order* cit., p. 450.

¹⁹ «A shift in the EU’s institutional balance away from the supranational institutions and the ‘Community method’ and towards the intergovernmental institutions and arenas», B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order* cit., p. 448.

²⁰ «The main political actors have deliberately ignored legal constraints in the name of political expediency», B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order* cit., p. 451.

²¹ «The final type of «mutation» claim is specifically related to the position of those countries (both within the euro area and outside) that have received financial assistance either from the EU itself or from one of the international financial «vehicles» (mainly the European Stability Mechanism, currently). The conditionality imposed under those financial assistance programmes (which is mandated, as far as the ESM is concerned, by the newly added Article 136(3) TFEU) includes very detailed instructions regarding the state budgets both on their revenue and on the spending side», B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order* cit., p. 452.

Varias son las razones que llevan a DE WITTE a esta crítica: en primer lugar los cambios importantes producidos en la unión monetaria no son capaces, según este autor, de alterar el equilibrio global del proceso de integración²². Además, el segundo pilar del Derecho supranacional –el principio de primacía– no se ha visto cuestionado por los cambios introducidos por el nuevo gobierno económico europeo:

«I do not see evidence of a brutal setting aside of the rule of law in the name of political expediency, but rather a major effort to deal with urgent matters in a constitution-compatible way. Nor do I see a threat to the primacy of EU law in the fact that a number of international side agreements were concluded, since the state parties, in all of those agreements, sought to preserve the precedence of EU law, and since the main action in EMU matters is still (or again) very much embedded within the EU institutional structure».

En otras palabras, para DE WITTE, la fórmula «mutación constitucional» sería excesiva, porque no responde al tipo de impacto producido por las medidas anticrisis, impacto que no cabe ignorar, pero tampoco suficiente para alterar profundamente la estructura constitucional europea. Por todas estas razones, el autor prefiere el concepto, menos exigente, de «variación institucional».

Sin embargo, las fórmulas en cuestión no deben necesariamente ser leídas de una forma antitética: el concepto de mutación es suficientemente grande como para absorber la idea de variación. Por *Verfassungswandlung*, BÖCKENFÖRDE se refería a un «cambio de contenido de las normas constitucionales que no implique un cambio en su texto»²³. Para probar la amplitud del concepto se puede mencionar que, para HSU DAU-LIN²⁴, por ejemplo, por «mutación» se puede hacer referencia al menos a cuatro fenómenos

²² «The constitutional mutation thesis, despite its popularity in the scholarly literature, and despite a number of plausible features (especially on the issue of budgetary sovereignty of the programme countries), is not convincing as an overall account of the crisis induced institutional changes – not only for the reason, discussed in the pages above, that it tends to overstate the legal-constitutional impact of the institutional changes within EMU law, but also because it tends to extrapolate too easily overall changes in the EU legal order from the specific changes that occurred within the special domain of EMU law. Indeed, Economic and Monetary Union is only part of the overall European integration project, although at times it seems to overshadow everything else», B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order* cit, p. 453.

²³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, en *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 608.

²⁴ HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin, De Gruyter, 1932.

diferentes, siendo sólo uno de ellos referente a las mutaciones *contra constitutionem*²⁵.

Dicho esto, en este artículo en particular, por «mutación» no se considerará una ruptura total con la estructura constitucional anterior, esto se hará evidente a partir del comienzo del análisis, en el que vamos a tratar de poner de relieve tanto la continuidad, como la discontinuidad con el pasado. De esta forma, la idea de la variación institucional puede quedar incluida en la más amplia idea de mutación.

4. ASIMETRÍA E INTERGUBERNAMENTALISMO

Si se mira a la nueva gobernanza económica desde la perspectiva de los expertos en Derecho constitucional, se pueden identificar dos factores importantes de la transformación constitucional: por un lado, un aumento de la asimetría de la integración; y por otro, un aumento de las dinámicas intergubernamentales. En efecto, la nueva gobernanza económica europea amplifica la dimensión asimétrica de la UE: en primer lugar, algunas de las medidas anteriormente mencionadas en este artículo han sido adoptadas fuera del marco legislativo de la UE, a través de la celebración de acuerdos internacionales (como el TCEG y el MEDE). Esta elección dio lugar a la creación de un conjunto de reglas compartidas por solo algunos de los Estados miembros de la UE, en forma de Tratado de Derecho internacional público. En segundo lugar, el carácter asimétrico de la gobernanza económica podría ser ampliado si se recurre a una cooperación reforzada, cuyo uso posibilita el TCEG (Art. 10).

Empezando por el primer factor, el aumento de la asimetría, gracias al TCEG, como ha subrayado ROSSI²⁶, se ha creado un sistema en forma de diversos círculos concéntricos:

- Un primer círculo está representado por los Estados miembros de la UE de la zona euro que han ratificado el TCEG (al menos «siempre que doce Partes Contratantes cuya moneda es el euro hayan depositado su instrumento de ratificación», de acuerdo con el art. 14 TCEG).
- Un segundo grupo está formado por los Estados que no pertenecen a la zona euro, pero que han ratificado el TCEG (por ejemplo Polonia).
- Un tercer círculo incluye a los Estados que no participan en el Pacto por el Euro Plus, pero que han ratificado el TCEG (por ejemplo Hungría).

²⁵ Como recuerda R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e «diritto nel processo» di risoluzione dei casi regolamentari*, Roma, Franco Angeli, p. 125.

²⁶ L. S. ROSSI, L.S., *Fiscal Compact e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'Ue*, en G. BONVICINI-F. BRUGNOLI, F. (eds.), *Il Fiscal Compact*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012 p. 29-34.

Se desprende de este escenario que el TECG va a ampliar la geometría variable de la UE, enfatizando esta característica asimetría de la gobernanza económica de la UE.

Sin embargo, la asimetría no es *per se* un «mal constitucional»²⁷. Por ejemplo, la flexibilidad y la asimetría son dos de las características más importantes del federalismo canadiense, elementos en parte explicables por la diversidad jurídica, cultural y económica del territorio.

La asimetría se ha experimentado frecuentemente dentro de los *federalizing processes*²⁸, especialmente en aquellos contextos federales, o casi federales²⁹ que se caracterizan por la coexistencia de diferentes orígenes culturales y jurídicos (Canadá, por ejemplo).

Hay que tener esto en cuenta antes de valorar, por ejemplo el uso en aumento de la cooperación, como una forma de «mal constitucional», que pueda conducir automáticamente a la desintegración de la UE.

Al contrario, la asimetría podría incluso servir como un instrumento de integración constitucional, como demuestra el Derecho comparado³⁰. Como hemos mencionado, la flexibilidad y la asimetría son dos de las características más importantes del federalismo canadiense y también de muchos otros federalismos multinacionales:

«Asymmetry can be defined as a feature of multinational federal systems through which nationality-based units (NBUs; home to national minorities) *de jure* enjoy more rights than regional-based units ... and maintain a differentiated relationship to the center (Kymlicka, 1998). This suggests that the stability of asymmetrical federal political systems depends on the interaction of a complex set of actors defined by both the majority – minority and the center – regional divide»³¹.

²⁷ C. TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, *Journal of Politics*, 1965, p. 861-874 «Symmetry refers to the extent to which component states share in the conditions and thereby the concerns more or less common to the federal system as a whole. By the same token, the second term, the concept of asymmetry expresses the extent to which component states do not share in these common features», p. 861.

²⁸ F. PALERMO, *La coincidenza degli opposti: l'ordinamento tedesco e il federalismo asimmetrico*, 2007, <www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=6991>.

²⁹ K. WHEARE, *Federal government*, Oxford University Press, 1953, p. 20.

³⁰ F. PALERMO, *Divided We Stand. L'asimmetria negli ordinamenti composti*, en A. TORRE, L. VOLPE, G. CERRINA FERONI, E. CECCHERINI, A. RINELLA, M. CARDUCCI, C. CASONATO y T. FROSINI, (eds.), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 149-170; R. WATTS, *A Comparative Perspective on Asymmetry in Federations*, 2005, <www.iigr.ca>.

³¹ C. I. ZUBER, *Understanding the Multinational Game: Toward a Theory of Asymmetrical Federalism*, *Comparative Political Studies*, 2011, p. 546. Véase también W. SWENDEN, *Asymmetric Federalism and Coalition-Making in Belgium*, *Publius*, 2002, p. 67.

Por tanto, la asimetría puede dar valor añadido al proceso, siempre y cuando se respete el núcleo duro del ordenamiento, sus valores fundamentales. Sin embargo, normalmente para garantizar la función integradora de estos instrumentos, los ordenamientos reconocen un conjunto de garantías, ya sean sustanciales o procedimentales (véase los art. 20 TUE y art. 326 TFUE, por ejemplo) para evitar que esta diferenciación pueda conducir a una revolución en el sentido técnico de la palabra. Estas garantías sirven para hacer de la asimetría un cambio sostenible. Un número de garantías insuficientes, en nuestra opinión, es la razón que nos provoca dudas sobre la compatibilidad del art. 10 del TCEG con los Tratados de la UE.

Por mucho tiempo la asimetría ha sido concebida como la excepción en los sistemas federales³² porque era vista como algo que afectaba a la igualdad de las partes del *foedus*. Sin embargo, los estudiosos han demostrado ampliamente que hoy todos los sistemas federales conocen formas de asimetría³³.

Otra previsión relevante para analizar la cuestión asimétrica en la gobernanza económica dibujada por el TCEG es su art. 10, dedicado a la cooperación reforzada. Sobre este artículo en particular hemos desarrollado un artículo que trata de demostrar sus ambigüedades³⁴.

El art. 10 del TCEG menciona sólo la imposibilidad de amenazar el mercado interior, sin referirse, sin embargo, al resto de elementos que especifica literalmente el art. 326 del TFUE (es, decir «la cohesión económica, social y territorial», la necesidad de no crear obstáculos o discriminaciones «para los

³² A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969.

³³ F. PALERMO, *La coincidenza degli opposti* cit.

³⁴ C. M. CANTORE-G. MARTINICO, *Asymmetry or Dis-integration? A few considerations on the new 'Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, European Public Law*, 2013, p. 463-480. Si comparamos el texto del artículo 10 del TCEG con el de los artículos 20 del TUE y 326 del TFUE, se pone en evidencia una cierta incoherencia textual, más visible aun en la versión inglesa, del artículo 10 del TCEG: «*In accordance with the requirements of the Treaties on which the European Union is founded, the Contracting Parties stand ready to make active use, whenever appropriate and necessary...of enhanced cooperation, as provided for in Article 20 of the Treaty on European Union and in Articles 326 to 334 of the Treaty on the Functioning of the European Union on matters that are essential for the proper functioning of the euro area, without undermining the internal market*». ¿Expresiones como «*whenever appropriate and necessary*» o «*active use*» son compatibles con la idea según la cual la cooperación reforzada debe ser la opción de «último recurso»? Estas fórmulas literales parecen introducir un elemento ajeno a la idea de «*extrema ratio*» codificada en los Tratados fundamentales. Nos parece que estos elementos introducen un elemento de oportunidad que puede abrir la puerta a una discrecionalidad mayor para los Estados en el uso del mecanismo.

intercambios entre Estados miembros», y de no provocar «distorsiones de competencia entre ellos»). El único sentido que este artículo puede tener, en nuestra opinión, es la posibilidad de que sea utilizado para realizar la incorporación ex art. 16 TCG, la comunitarización de los contenidos del *Fiscal Compact*, siendo una alternativa a la opción de revisar los Tratados.

Otro elemento que ha alimentado muchas críticas a la nueva gobernanza económica europea es la tendencia en su seno de volver a los mecanismos de Derecho público internacional. Esta tendencia ha sido interpretada como un retorno al intergubernamentalismo y como una pérdida en términos de supranacionalismo. Efectivamente este es un argumento frecuentemente utilizado para cuestionar la legitimidad del nuevo gobierno económico europeo. Sin embargo, como FABBRINI ha demostrado, el uso de acuerdos diferenciados entre los miembros de una unión es conocida incluso en las experiencias federales³⁵ y, como DE WITTE ha señalado, esta «vuelta a los tratados internacionales» no es algo nuevo³⁶; este camino se ha seguido en otros casos en el pasado del proceso de integración comunitario.

Aunque esta no es la primera vez en la que se han empleado los instrumentos de Derecho internacional para hacer frente a una cuestión supranacional, los estudiosos no ven una estrategia común detrás de esta tendencia, en lugar de ello, este camino habría sido elegido debido principalmente a la flexibilidad que ofrece³⁷. En este contexto, el TEGC es peculiar por muchas razones, siendo la más evidente el hecho de que interviene en una situación ya dominada por la asimetría, añadiendo otra dosis de diferenciación³⁸. La elección de fuentes jurídicas internacionales que se utilizan para hacer frente a la crisis revela otro detalle importante de la transformación constitucional introducida por los últimos desarrollos jurídicos. Este argumento ha sido desarrollado por CHITI y TEIXEIRA de una manera bastante clara: según ellos, «la reacción a la crisis de la UE ha ido abandonando progresivamente el método de la Unión y esto ha reforzado las dinámicas intergubernamentales»³⁹.

³⁵ F. FABBRINI, *The enhanced cooperation procedure: a study in multispeed integration*, Centre for Studies on Federalism Research Paper, 2012, <www.csfederalismo.it/attachments/2433_CSF-RP_Fabbrini_ENHANCED%20COOPERATION_October2012.pdf>.

³⁶ B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis Causes and Consequences*, ARENA Working Paper, 4/2013, 2013, <www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2013/wp4-13.pdf>.

³⁷ B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis* cit.

³⁸ L. S. ROSSI, *Fiscal Compact e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'Ue*, en G. BONVICINI y F. BRUGNOLI, (eds.), *Il Fiscal Compact*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012 p. 29-34.

³⁹ E. CHITI y P. G. TEIXEIRA, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 683-708.

El hecho de que se haya desarrollado parcialmente la disciplina anticrisis fuera del ámbito de los Tratados de la UE, ha dado como resultado una mezcla de actos jurídicos de la UE que conviven con tratados internacionales, lo que conlleva problemas en términos de compatibilidad de algunas de las soluciones adoptadas en esta fase con la legislación de la UE. Por todas estas razones, la deuda soberana y la crisis financiera habrían provocado un peligroso proceso de transformación con una «*departure from the traditional paradigm of the EU economic constitution*» hasta el agotamiento de las «*main democratic legitimacy sources of the EU polity*»⁴⁰.

De hecho, muchos autores han argumentado que las últimas novedades normativas introducidas afectarían a la legitimidad y al carácter democrático del proyecto europeo y representarían en particular una fractura en la historia de su constitución económica y, más en general, un cambio en su paradigma constitucional. Este es el argumento desarrollado por DAWSON y DE WITTE, por ejemplo, que han tratado de demostrar que las medidas anticrisis habrían alterado el «*constitutional balance upon which the Union's stability is premised*»⁴¹, su compromiso con el pluralismo y demostrarían la incapacidad de la UE para «*accommodate the plurality of interests that distributive conflicts engender*»⁴².

En opinión de estos autores, la crisis podría causar el abandono de la «*relative neutrality of the Union's policies*»⁴³, debido a la necesidad de hacer frente a la crisis a través de la adopción de una ruta de austeridad, una sola de las varias opciones políticas posibles para salir de la crisis. Por otra parte,

⁴⁰ E. CHITI y P. G. TEIXEIRA, *The Constitutional Implications* cit., respectivamente, p. 685 y 706.

⁴¹ «*The response to the euro-crisis destabilises the Union's substantive balance by circumventing its limited mandate in redistributive policies, which was meant to ensure that citizens have ownership and authorship over the core values that shape their society (the second section). It equally recalibrates the institutional balance by decreasing the voice of marginalised interests and representative institutions. This loss of representative influence is likely to result in greater power for national executives, with responsibilities for the initiation of, and compliance with, policy proposals shifting during the crisis towards the European Council (in the third section). Finally...the Union's response to the euro-crisis also threatens the spatial balance of the Union, which protects the voice of smaller and poorer Member States and their citizens from majoritarian or even hegemonic tendencies. The increased influence of the bigger, more resourceful Member States, in combination with the changes to the Union's substantive and institutional structure, leads to the loss of political autonomy for smaller and poorer Member States*», M. DAWSON y F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *Modern Law Review*, 2013, p. 817-844, p. 817.

⁴² M. DAWSON y F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, *Modern Law Review*, 2013, p. 817-844, p. 822.

⁴³ M. DAWSON y F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU* cit, p. 685 y 706.

esta situación se vería agravada por la ausencia de una arena política, donde los parlamentos y los ciudadanos puedan participar y discutir las opciones políticas transnacionales, sin mencionar el reducido papel de la Comisión y el Parlamento Europeo en el creciente «*executivism*» de las políticas de la UE a favor del Consejo Europeo⁴⁴.

Sin embargo, las relaciones intergubernamentales desarrollan un papel fundamental también en contextos democráticos sólidos. Casos como España, Bélgica, Canadá, Reino Unido son ricos como ejemplos. En Canadá, a la luz de la odisea constitucional que ha bloqueado las dinámicas constitucionales locales, acuerdos intergubernamentales como el *Social Union Framework Agreement*, han jugado un papel paraconstitucional⁴⁵. La doctrina canadiense ha identificado varias funciones constitucionales desarrolladas por las relaciones intergubernamentales:

«*Regardless of their status, however, agreements play at least five different functions: a) Firstly, and predictably, they are used to co-ordinate or harmonise policies between orders of government (who does what? who pays for what?). b) Secondly, agreements serve to manage process and procedure (how do they do it? how do they resolve disputes?). c) Thirdly, intergovernmental agreements can play a 'para-constitutional' function when they are used to circumvent the formal distribution of powers, or to formalise a convention. d) Fourthly, agreements can be instruments of 'regulation by contract', when they are used as tools of centralisation under the guise of compromise and consensus, or when, regardless of the formal distribution of powers, a party 'makes an offer' to another one which the latter 'cannot refuse...'. e) Finally, and in a related way, agreements are instruments of soft-law. Regardless of their legal standing, they tend to be negotiated, drafted and implemented by civil servants as if they were binding. This can be particularly problematic given the lack of parliamentary scrutiny which often surrounds their adoption*»⁴⁶.

⁴⁴ U. PUETTER, *Europe's Deliberative Intergovernmentalism: The new role of the Council and European Council in EU Economic Governance*, *Journal of European Public Policy*, 2012, p. 170-178.

⁴⁵ H. LAZAR, *The Social Union Framework Agreement: Lost Opportunity or New Beginning?*, <www.queensu.ca/iigr/sites/webpublish.queensu.ca/iigrwww/files/files/WorkingPapers/miscellaneous/LazarSocialUnion.pdf>; R. GIBBINS, *Shifting Sands: Exploring the Political Foundations of SUFA*, 2001, <www.irpp.org>; S. D. PHILIPS, *SUFA and Citizen Engagement: Fake or Genuine Masterpiece?*, <www.irpp.org>; M. MENDELSON y J. MCLEAN, *SUFA's Double Vision: Citizen Engagement and Intergovernmental Collaboration*, 2000, <www.irpp.org>.

⁴⁶ J. POIRIER, *The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective*, <<http://www.ceelbas.ac.uk/spp/publications/unit-publications/75.pdf>>, 2001, p. 3.

La UE ha respetado siempre un equilibrio entre las dinámicas intergubernamentales y supranacionales pero las recientes novedades introducidas por las medidas anti-crisis han cuestionado la validez analítica de esta distinción. Como han subrayado muy bien TORTOLA y VAI:

«It is a widely held view that the Eurozone crisis and its consequences have strengthened intergovernmentalism in the EU at the expenses of its supranational aspects (see for example Fabbrini 2013; Bickerton, Hodson and Puetter 2014). The ESM and the fiscal compact, two key tools in the EU's response to the crisis created entirely outside the «community method», are cases in point. More generally, the crisis has placed the European Council in a prominent position within the EU's institutional architecture. Prima facie, this «resurgence of intergovernmentalism» argument is not without merits. Upon closer inspection, however, it needs to be qualified in at least three respects. First, and most simply, one should not underestimate the room for manoeuvre that even mostly intergovernmental arrangements may leave for the enforcer of such mechanisms, which is often supranational in character. It is the case, for instance, of the Stability and Growth Pact and fiscal compact rules, which afford the Commission a significant degree of discretion in deciding how to interpret macroeconomic and budgetary criteria. Second, alongside the establishment or reinforcement of intergovernmental mechanisms in the area of macroeconomic governance, recently we have witnessed an equally important strengthening of supranational institutions that is often overlooked by intergovernmentalists. For one thing, the Eurozone crisis itself, and its consequences on citizens' political dissatisfaction, were key stimuli to the introduction of the Spitzenkandidaten process for selecting the Commission president, which in turn promises to increase both the European Parliament (EP)'s role and the Commission's autonomy vis-à-vis the member states in the years to come»⁴⁷.

En conclusión, la impresión que uno obtiene a partir de la situación actual es la de una Unión Europea que está luchando con sus propios límites constitucionales, ejerciendo una presión muy fuerte sobre las instituciones y los actores nacionales (el caso griego e italiano son emblemáticos, desde este punto de vista)⁴⁸. Esto no parece coherente con las teorías constitucionales de Derecho europeo (pluralismo constitucional, por ejemplo) que

⁴⁷ P. TORTOLA y L. VAI, *What government for the European Union? Five themes for reflection and Action*, CSF-IAI WP Series, 2015, <www.iai.it/sites/default/files/iai1517.pdf>.

⁴⁸ P. LINDSETH, *Greek 'Sovereignty' and European 'Democracy' – a bit of a walk-back, due to some 'colossal' concerns*, 2012, <eutopialaw.com/2012/02/15/greek-sovereignty-and-european-democracy-a-bit-of-a-walk-back-due-to-some-colossal-concerns/>.

enfatan la idea de la cooperación y de la sinergia entre los diferentes niveles de gobierno⁴⁹.

Además, como el derecho comparado muestra⁵⁰, las crisis siempre han jugado un papel fundamental en la reestructuración de la relación entre centro y periferia en los contextos regionales, federales o cuasi federales: en este sentido la crisis se presenta como importante momento de reflexión sobre la naturaleza misma del proceso de integración.

Probablemente lo que hemos visto con referencia al TEGC no puede extenderse automáticamente a otras medidas europeas anticrisis, en primer lugar el Tratado MEDE. En este contexto, de hecho, las limitaciones de soberanía y las cuestiones institucionales relacionadas con la igualdad de los Estados miembros parecen más evidentes. Por otra parte, hay también muchas analogías entre el TEGC y el MEDE y más en general muchas de las cuestiones que ahora están caracterizando el proyecto europeo parecen estar conectadas a los problemas históricos de la integración económica: la debilidad de la arquitectura económica europea (véase la distinción entre política monetaria y económica), repetida como *mantra* en los asuntos *Pringle*⁵¹ y *Gauweiler*⁵² por el TJUE. Aquí, una vez más, todas las insuficiencias y clichés de la integración supranacional aparecen de nuevo, revelando sus antiguas raíces.

TITLE: The Constitutional Implications of the Crisis. A Review Article

RESUMEN: El objetivo de este artículo es ofrecer una panorámica de la literatura más relevante sobre las implicaciones constitucionales derivadas de la crisis de la Unión europea (UE). Mi análisis explora las principales opiniones doctrinales sobre las mutaciones de la estructura constitucional de la Unión producidas por la crisis. Con este propósito el término «mutación constitucional» no debe entenderse como una comple-

⁴⁹ D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, en J. DUNOFF y J. TRACHTMAN, (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 326-355.

⁵⁰ Se vean los ejemplos reportados por: J.J. WALLIS y W. OATES, *The Impact of the New Deal on American Federalism*, en M. BORDO y C. GOLDIN (eds.), *The Defining Moment: The Great Depression and the American Economy in the Twentieth Century*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 155-180; A. LOUBERT, *Sovereign Debt Threatens the Union: The Genesis of a Federation*, *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 442-455.

⁵¹ TJUE, C-370/12, Thomas Pringle / Government of Ireland, Ireland, The Attorney General, <www.curia.europa.eu>.

⁵² TJUE, C-62/14, *Gauweiler*, <www.curia.europa.eu>.

ta ruptura con el pasado y de hecho a lo largo de este artículo trataré de enfatizar las continuidades y interrupciones en la visión tradicional del proceso de constitucionalización de la UE.

PALABRAS CLAVE: Mutación constitucional, crisis, TSCG.

ABSTRACT: The aim of this article is to offer an overview of the relevant literature devoted to the constitutional implications of the European Union (EU) crisis. My analysis explores the main scholarly views on the mutations of the constitutional structure of the Union produced by the crisis. To this purpose I do not conceive «constitutional mutation» as a complete rupture from the past and in fact in this piece I shall try to stress both continuities and discontinuities with the traditional understanding of the EU constitutionalization process.

KEY WORDS: Constitutional mutation, crisis, TSCG.

RECIBIDO: 18.04.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA LIBERAL COMO GARANTÍA DEL LIBRE MERCADO. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD PRIVADA Y LIBERTAD DE EMPRESA

Jesús López de Lerma Galán

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp39-60

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA LIBERAL. 3. EL SISTEMA ECONÓMICO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL. 4. ELEMENTOS DIFERENCIADORES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA LIBERAL Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA SOCIAL. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA. 5. VALORACIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución económica liberal es heredera de la revolución liberal y en consecuencia parte de una separación entre Estado y sociedad, que permita desarrollar la actividad económica. Esto exigía que los poderes públicos no tuvieran control en la economía, y si lo ejercían debía ser muy reducido y en todo caso para garantizar una normativa que permitiera el libre desarrollo del mercado.

En orden a las consideraciones metodológicas de esta investigación hemos de destacar un estudio de la filosofía liberal y su influencia en la economía, que dará lugar al concepto de Constitución económica. Para ello es necesario adentrarse en las implicaciones políticas y sociales a lo largo del siglo XIX, que motivaron el surgimiento del constitucionalismo. El estudio del contexto histórico es de vital importancia para comprender el sustrato sobre el que surge el Derecho Constitucional.

A ello debemos añadir, toda una serie de valoraciones e interpretaciones sobre el carácter economicista, que se ha generado en la sociedad a partir de los movimientos revolucionarios, así como las relaciones entre la política y el derecho por conformar un sistema de regulación de algunos derechos relacionados en la actividad económica. El derecho de propiedad y el de libertad de empresa, son aspectos que también son objeto de estudio en este texto, al entender que están envueltos de implicaciones políticas y jurídicas, que conforman su desarrollo constitucional.

Este enfoque aspira a determinar los orígenes de la Constitución económica, marcando los elementos de su definición como concepto jurídico, dentro del proceso constitucional. No hay que olvidar, que el movimiento liberal abrió nuevas fórmulas de libertad política, en las que se encontraba implícito el liberalismo en la economía, lo que sirvió para transformar el mundo en el orden social y económico.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA LIBERAL

Para entender la influencia del liberalismo en los sistemas económicos debemos analizar su contexto histórico. Los ideales liberales como libertad política, armonía sobre los intereses económicos, libre comercio entre las naciones y laicismo educativo y cultural, determinaron la quiebra del modelo establecido en el Antiguo Régimen. Países como Inglaterra, EE.UU o Francia, experimentan un gran avance y desarrollo durante el siglo XIX¹. El absolutismo gestado en el Antiguo Régimen perdió su sentido ante los nuevos caminos de renovación que el liberalismo trajo a la sociedad. Un posicionamiento que reclama el papel del individuo como ciudadanos dotado de derechos, conforma una nueva estructura económica que abrirá el libre comercio entre las naciones e impulsará los cánones educativos y culturales a una nueva dimensión, donde la economía tendrá un papel preponderante.

Uno de los argumentos que debemos tener en cuenta en esta investigación reside en la idea de que todo ordenamiento constitucional incorpora una Constitución económica, aunque es difícil identificar esta propuesta en los textos constitucionales que se enmarcan histórica e ideológicamente en la tradición liberal. No podemos negar que, en todos los ordenamientos constitucionales, implícita o explícitamente se da acogida a un conjunto de reglas que disciplina el sistema económico. Todo ello debe ser objeto de matización, así por ejemplo el artículo 17 de la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789*, reconoce como derecho inviolable o sagrado la

¹ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 24.

propiedad privada, convirtiéndose en un elemento clave de la Constitución económica burguesa. Por tanto, no se puede mantener que esa ausencia de una Constitución económica formalmente recogida en el texto constitucional supusiera una ausencia de los elementos económicos². La Revolución Francesa surge bajo el signo de conquistar especialmente las libertades políticas frente a la vieja estructura del Antiguo Régimen³. Lo más elemental en la formación de la Constitución económica burguesa es la existencia de una serie de principios que si bien no recogían formalmente los parámetros formales de una Constitución económica al menos albergaba la esencia integradora de valores económicos, que posteriormente podrían ser regulados.

Para entender este proceso debemos insistir que el primer constitucionalismo tenía características diferentes en cada Estado, siendo las mismas tributarias de la peculiar historia de cada lugar y de la coyuntura política; pero en esa nueva organización de los poderes del Estado encontramos un contrapeso al monarca⁴. Hay que matizar que si bien los herederos de las revoluciones liberales se fundamentan en las ideas de libertad, igualdad y fraternidad, hay que tener en cuenta que los parlamentos del XIX más que representar una voluntad popular, defendían el interés de la Nación. En ese siglo observamos el crecimiento de sistemas económicos como el capitalista basado en el *laissez-faire* que incrementó la desigualdad económica de las minorías y el nacimiento del movimiento obrero⁵. Los procesos revolucionarios son factores de cambio y transformaciones de la sociedad y, en esos movimientos, encontramos el desarrollo de los sistemas económicos.

Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de la formación de los ciudadanos en la voluntad estatal a través del sufragio. Por tanto, no podemos actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio. Debemos tener en cuenta que en los si-

² GARCIA LLOVET, E., «Constitución económica y Constitución territorial económica», *Autonomías: Revista Catalana de Derecho Público* n.º 22, 1997, pp. 121-122.

³ RUIZ JIMÉNEZ, J., «Derechos humanos y estructura socioeconómicas en un régimen constitucional democrático», en VV.AA: *Constitución, economía y regiones*. Edita Ibérico Europea de Ediciones, Madrid, 1978, p. 209.

⁴ DÍAZ REVORIO, F. J., «Cádiz e Iberoamérica: Sobre las influencias medievales y contemporáneas en la Constitución de 1812... y en Iberoamérica», en VV. AA: *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 23.

⁵ SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económicos-constitucionales: diagnóstico y afanes de la política económica», *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, n.º 1, 2015, p. 9.

glos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana. Además, la seguridad formal tiene que ir acompañada de la seguridad material frente a las necesidades económicas permanentes o contingentes a través de instituciones como el salario mínimo o la seguridad en el empleo⁶. La libertad construye toda una filosofía para conseguir que el individuo encuentre derechos cuyo reconocimiento le va a permitir participar de una forma más activa en la economía.

En el desarrollo de la ciencia política ha sido determinante la influencia de la filosofía liberal, sobre todo en el paradigma teórico y metodológico, desde una perspectiva normativa. A ello debemos añadir que la filosofía liberal ha sido impulsora del debate y la deliberación, lo que ha permitido cambios institucionales basados en el principio de igualdad, incorporando nuevos actores políticos al proceso de toma de decisiones⁷, con un valor preponderante del ciudadano.

En las formas históricas del capitalismo y el Estado, que darán lugar a la creación y desarrollo de textos constitucionales y se prolongará hasta la formulación de la Constitución económica, tenemos que destacar el modelo clásico que va desde 1800 a 1945. Un sistema que comienza con la Revolución Francesa y la Revolución Industrial, teniendo como superestructura política más importante el Estado liberal, tendente a asegurar las condiciones externas del mercado. Posteriormente, más directamente relacionado con el periodo de entreguerras a partir de 1945 entraremos en una fase caracterizada en la Europa occidental por la creación de un modelo estatal basado en la economía de mercado pero con marcado arraigo social⁸. El Estado liberal, heredero de las revoluciones liberales, parte de un posicionamiento que teóricamente quiere asegurar las condiciones externas del mercado. Posteriormente, entraremos en fases más propias de un Estado social donde el intervencionismo en el mercado toma forma, dentro de un contexto de garantías sociales.

La exigencia de difundir la luz en la Ilustración garantizó tanto el progreso como una nueva forma de pensar en las ciencias sociales, desarrollando lo que se puede denominar como la ilustrada economía de mercado. Desde esta perspectiva se puede pensar que la economía clásica entregó los términos de referencia empíricos para los sistemas filosóficos del idealismo alemán, influyendo en la comprensión de conceptos como libertad, poder y derecho de

⁶ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, 1977, p. 26.

⁷ PARRA, J. F., «Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político», *Política y Cultura*, n.º 24, 2005, p. 32.

⁸ CANCIO MELIÁ, J., «La Constitución Económica: Promesas Incumplibles», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7 (2002), pp. 52-53.

autoridad⁹. El liberalismo económico considera el mercado como una institución que regula los intercambios sociales de una manera natural¹⁰. La influencia de las revoluciones liberales en la formación de textos constitucionales produjo una nueva forma de pensar y un desarrollo de las ciencias sociales, que abren los parámetros de interpretación de criterios económicos a una nueva formulación.

Para entender todo este proceso de transformación, debemos entender que en el Estado democrático burgués los ciudadanos participan a través del proceso electoral en la formación de la voluntad del Estado, centrada en el Parlamento y capitalmente expresada en leyes. En el Estado social a tal actuación por parte de los ciudadanos se unirá el derecho a la participación, más o menos institucionalizada en las prestaciones del Estado, creando un adecuado ambiente económico. Eso supondrá una nueva forma de democracia social y económica¹¹. La evolución social se cumple a través del despliegue de las fuerzas productivas, del incremento de autonomía sistémica (poder) y de la transformación de las estructuras normativas¹². La participación del ciudadano en la vida política, permitió extender esa voluntad del Estado a través de las instituciones, con una clara proyección de activar la economía a través de un proceso más plural y democrático.

El liberalismo económico se ha entendido como una doctrina específica en relación a la organización económica de las sociedades. La economía de mercado constituye la mejor manera de garantizar el crecimiento económico y de mejorar el nivel de vida de la población de una sociedad. Eso ha supuesto que el liberalismo sea una ideología al servicio de la clase social menos favorecida¹³. Y ello es comprensible, ya que está abierto a una evolución natural, según las circunstancias del propio mercado, sin la intervención de otros agentes o controles gubernamentales que pudieran lastrar su libre crecimiento.

Con el curso del tiempo y teniendo en cuenta las coyunturas históricas, observamos que el Derecho constitucional clásico se sustentaba en la praxis del Estado y la sociedad como sistemas distintos pero no separados. La sociedad se consideraba como un sistema autorregulado capaz de producir el me-

⁹ MESTMÄCKER, E.-J., «Poder, Derecho y Constitución Económica», *Estudios Públicos*, n.º 3, 1981, pp. 122-125.

¹⁰ DE CASTRO, C.; PEDREÑO, A., «La Gran Restauración: sociología económica de la crisis global y actualidad de la crítica de Karl Polanyi al liberalismo económico», *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 31, 2012, p. 7.

¹¹ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., pp. 38-39.

¹² HABERMAS, J., *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Ediciones Cátedra, Madrid 1973, p. 26.

¹³ DE VROEY, M., «El liberalismo económico y la crisis», *Lecturas de Economía*, n.º 70, 2009, pp. 13-14.

jor de los órdenes posibles con tal de que el Estado no interfiriera en su funcionamiento y garantizara libertad y seguridad. El modo de relacionarse el Estado con la sociedad era fundamentalmente la legislación. Así la ley se consideraba principalmente como *constitutio* y no como *actio*, es decir como creadores de un orden en cuyo marco se desarrollan las acciones de los individuos¹⁴. La concepción del liberalismo reside en esa determinación que tiene la sociedad para desarrollarse en libertad, sin que el Estado interfiriera. Crear esa atmosfera de seguridad jurídica, demandará crear un orden basado en el imperio de la ley, de ahí se infiere que la relación del individuo con el Estado sea precisamente a través de la legislación, entre la que tiene un papel determinante los textos constitucionales.

Hay diferentes modalidades de adhesión al liberalismo, pues se trata de posiciones normativas referentes a la manera ideal de organizar la sociedad en su dimensión económica. Lógicamente estas concepciones se desarrollaron en una dialéctica entre la evolución histórica y el discurso teórico de los economistas¹⁵. Por ello, es importante resaltar que el liberalismo describe las diferentes concepciones de organizar a la sociedad, dentro de una actuación económica que carece de juicios de valor, pero que exige un carácter normativo.

En este contexto de formación de la Constitución económica liberal, no podemos obviar que a la nobleza le sucede la burguesía como clase nacional, que desarrolla su cultura caracterizada por el racionalismo, la Ilustración y la unificación del orden jurídico. Además, hay que destacar que tal cultura tiene mayores posibilidades de extensión que las que poseían la cultura caballeresca de la nobleza, lo que implicó un progreso social, en el que tuvo una parte decisiva la acción administrativa del Estado¹⁶. La burguesía buscó ese ascenso cultural a través de una serie de principios y derechos, que sirven para dotar de contenidos a sus aspiraciones. En esa formación de los textos constitucionales reside gran parte de los elementos, que permitirá al burgués evolucionar como individuo y convertirse en ciudadano.

Si analizamos el contenido mínimo de la Constitución económica, comprobamos que se integra en preceptos constitucionales atinentes al régimen general de los bienes económicos, a la atribución y distribución de los mismos y a las relaciones de los ciudadanos y los poderes públicos, incluyendo la disciplina básica de los procesos de intercambios de los bienes y las reglas de funcionamiento de la institución. Es pues opinión mayoritaria, la doctrina favorable a considerar una aproximación al problema de la intervención de los poderes públicos en la economía, no como un fenómeno

¹⁴ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 123.

¹⁵ DE VROEY, M., «El liberalismo económico...», op. cit., p. 21.

¹⁶ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 42.

puntual sino como un proceso connatural a la vida de los poderes públicos¹⁷. Una situación que choca frontalmente con las primeras manifestaciones económicas en los textos constitucionales, cuyo desarrollo queda todavía muy alejado de los conceptos de Constitución económica, que entrado el siglo xx, se realizaría.

Hay que tener presente en este análisis, que la Constitución económica originaria respondía al modelo liberal, manteniendo una rígida separación entre el Estado y la Sociedad¹⁸. Los primeros inicios de esa Constitución económica venía influenciada por unos planteamientos alejados a una realidad pragmática de mayor efectividad, que vendría marcado por el devenir de los tiempos y el desarrollo de la sociedad y de los operadores económicos.

La Constitución económica podemos considerarla como una pléyade de disposiciones legales que resume el reparto del poder, con un alcance que se proyecta sobre la esfera política y también en el ámbito de las relaciones económicas de los sujetos. Analizar la economía permite estudiar la coexistencia de diversas cosmovisiones sobre el mercado y su funcionamiento. La concordancia entre el consenso económico-constitucional se apoya fundamentalmente en dos factores principales: el valor normativo efectivo del texto constitucional y la rigidez del modelo económico juridificado¹⁹. El modelo de Constitución económica liberal planteaba la necesidad de establecer un reparto del poder que formara una serie de normas básicas, que permita desarrollar un marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la economía. Esto sirvió para crear un consenso económico constitucional, que se apoyara sobre la rigidez del modelo económico y la conexión con el valor normativo que ofrece el marco constitucional.

Será en Alemania donde a finales del siglo xix y principios del xx surge el término «*Constitución económica*». Un concepto que ignora el propio concepto liberal de Constitución y que responde más a una necesidad económica. Esto nos hace definir la Constitución económica como «*conjunto de normas constitucionales que hacen referencia a una estructura y funcionamiento de la actividad económica*», entendida como una interpretación restrictiva, puesto que la razón de ser de la Constitución liberal es la economía²⁰. No podemos obviar que, partir de posicionamientos conceptuales restrictivos que interpretan la Constitución económica como norma sobre el funcionamiento de la economía, es una forma de limitar la proyección que puede en-

¹⁷ GARCIA LLOVET, E., «Constitución económica...», op. cit., p. 121.

¹⁸ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma constitucional», en VV.AA.: *Senado de la República. Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Edita PNUD, Santo Domingo, 2005, p. 136.

¹⁹ SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económicos-constitucionales...», op. cit., p. 7.

²⁰ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica...», op. cit., p. 137.

contrar en la Constitución liberal, cuya esencia es el desarrollo del individuo y, en consecuencia, de todos los aspectos económicos inherentes a él.

El caso alemán viene marcado por un conjunto de peculiaridades históricas que, especialmente en el periodo final de la Segunda Guerra Mundial, configuraron la Ley Fundamental Alemana como un texto provisional quedando aplazada la determinación constitucional de un modelo económico, lo que permitió un importante desarrollo jurisprudencial. Así, la Ley Fundamental no garantiza ni la neutralidad política económica de los poderes legislativos y ejecutivos, ni tampoco un modelo de economía social de mercado que sólo debe funcionar mediante instrumentos que sean conformes al mismo. Esa neutralidad político-económica de la Ley Fundamental, reside en que el legislador no se ha decelerado de ningún modo expreso a favor de un determinado modelo económico. Además, esa neutralidad que establece el Alto Tribunal Alemán, supone una flexibilidad que permite dar cabida a distintos modelos económicos, con ciertos límites²¹.

Tras la Primera Guerra Mundial encontramos que surge el concepto o idea de Constitución económica, y en el segundo conflicto bélico mundial se asentará y desarrollará. En esta etapa es donde vamos a poder encontrar su referencia como un conjunto de preceptos constitucionales con la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado, definiéndola como conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para el orden y proceso económico²². Otros autores entienden la Constitución económica como el conjunto de las disposiciones constitucionales que se refieren a las relaciones económicas²³. El concepto de Constitución económica es heredero de las Guerras Mundiales, como factor de crecimiento de las naciones en un contexto donde la economía toma un papel preponderante. En esta situación encontramos su definición como un conjunto de preceptos volcados en orientar la acción económica del Estado, en un intento por crear un marco jurídico adecuado para fomentar el desarrollo de la economía.

La modernización política y constitucional fue diversa, transcurriendo por diversos cauces, que tienen una serie de rasgos comunes y definatorios como la organización económica del sistema capitalista y la forma política del Estado liberal²⁴. El impulso político y constitucional, que el liberalismo generó en la sociedad de su época, determinó una organización económica

²¹ LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 7.

²² CANCIO MELIÁ, J., «La Constitución Económica...», op. cit., p. 52.

²³ DE VERGOTTINI, G., «La Constitución Económica Italiana: Pasado y actualidad», *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, UNED, 2012, p. 340.

²⁴ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., p. 24.

basada en el sistema capitalista, que además necesitaba la creación de unos pilares políticos necesarios para consolidar su proyección.

Al estudiar la evolución liberal de lo que se definirá como la Constitución económica, debemos tener en cuenta algunos factores. Así es necesario apoyarse en la correspondencia estructural del sistema de economía de mercado y el de derecho privado, una correspondencia que puede ser la base de una Constitución económica²⁵. En un primer momento, el sistema de economía de mercado se alimentó del propio sistema de derecho privado, que permitió relanzar el concepto de propiedad privada con una proyección mayor que la que habían obtenido en los primeros textos constitucionales o, al menos, que se acercaba más al valor que a esos derechos quería otorgarle la sociedad, dentro de un sistema de economía de mercado.

Las estructuras constitucionales están desprovistas de todo contenido informador, reflejando exclusivamente la organización de los poderes públicos y el estatuto de las libertades públicas. En este sentido, para caracterizar el constitucionalismo económico de la época, debemos atender a la fórmula tipológica del Estado liberal y sus elementos en el orden social y económico. Todo esto se traduce en una formulación, que se basa en la delimitación de las funciones estatales y del intervencionismo administrativo en la realidad de los hechos para fortalecer y consolidar la estructura capitalista. Esto implicará la construcción de infraestructuras, fomento del industrialismo, proteccionismo aduanero y fiscal, además de la creación de servicios educativos y asistenciales²⁶. Aunque el desarrollo constitucional se encuentra en la época liberal en un momento de gestación de las estructuras, que en años posteriores se consolidarán, no por ello debemos desmerecer los logros de las primeras constituciones. Si bien es cierto que, en muchos postulados, son más auténticas declaraciones de principios que el concepto contemporáneo que tenemos de los textos constitucionales, no es menos cierto que también supusieron el planteamiento normativo de futuras estructuras de regulación. En esta temprana época podemos advertir los intentos por organizar los poderes públicos, y una construcción basada en la delimitación de funciones estatales y la necesidad de fomentar el intervencionismo administrativo, si se quiere consolidar el modelo económico.

Uno de los aspectos que más contradicciones puede generar en las primeras formulaciones del Estado liberal, reside en sus propias limitaciones. El liberalismo transige en que el Estado asuma determinados cometidos en el orden económico y social, y no será hasta la Primera Postguerra Mundial cuando asistiremos a la proclamación de los Derechos sociales, y a las valo-

²⁵ MESTMÄCKER, E-J, «Poder, Derecho y Constitución...», op. cit., p. 128.

²⁶ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., pp. 24-25.

raciones constitucionales del orden económico²⁷. Hemos de señalar que el Estado liberal se verá envuelto en contradicciones que limitan su fondo de actuación, y que retrasará hasta el periodo de entreguerras la perpetración de un constitucionalismo basado en protección de los Derechos sociales y la conformación de una base económica en su articulado.

3. EL SISTEMA ECONÓMICO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL

El debate constitucional está abierto a importantes interpretaciones cuando abordamos el estudio del sistema económico. Así, debemos señalar que el Derecho toma referencia de las relaciones económicas, deduciendo de ellas elementos importantes para la satisfacción de reglas. Su interrelación, el reconocimiento de la acción libre o la necesidad de establecer restricciones, deben estar gobernados por patrones legales mediante la legislación y la interpretación de reglas²⁸. Esto significa que operar en el sistema económico, a través del derecho, implica crear unas reglas que regulen el sistema mediante textos legales. De ahí, se infiere que, si en un primer momento hablamos de principios liberales, el derecho creará todo un marco constitucional donde poder acoger el articulado referente a las cuestiones económicas.

En la evolución y extensión del liberalismo a las estructuras económicas de los diferentes países debemos atender a una serie de elementos que gestaron su desarrollo. En el liberalismo anglosajón de EE.UU e Inglaterra, no será hasta la Primera Guerra Mundial y la Gran Depresión, donde se apelará al intervencionismo estatal, manteniendo los caracteres puros de la economía de mercado. Sin embargo, en el resto de las naciones observamos cómo se utilizará el poder político estatal para el desarrollo del sistema capitalista como un elemento necesario en su expansión²⁹. El nuevo consenso económico-constitucional de finales del siglo XIX, intensificado tras la Primera Guerra Mundial, desarrolla un Estado que, utilizando parcialmente las propuestas teóricas social-liberales, expande sus funciones públicas hacia una evolución intervencionista³⁰. La proyección del Estado liberal a los sistemas económicos nacionales tuvo una concepción diferente en los países. Así podemos ver como en los territorios anglosajones, no se empezará a comprender la necesidad del apoyo de los Estados para superar las graves consecuencias de la Primera Guerra Mundial y las crisis del momento. Es en esos días de desesperación para las clases sociales, se comprueba como el Estado debe conver-

²⁷ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., p. 26.

²⁸ MESTMÄCKER, E.-J., «Poder, Derecho y Constitución...», op. cit., p. 129.

²⁹ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., p. 25.

³⁰ SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económicos-constitucionales...», op. cit., p. 7.

tirse en un factor de crecimiento para la economía, aplicando nuevas políticas que permitan el desarrollo de los países.

Uno de los aspectos a tener en cuenta en esta investigación es la necesidad de distinguir lo que es la Constitución económica liberal. Así podemos definirla por un carácter implícito, que pertenece a la esfera de la sociedad y que, por tanto, no necesita de la constitucionalización expresa del sistema económico, sino que basta simplemente con garantizar la libertad negativa de los individuos a la propiedad y a la libre elección de oficio. Frente a ello podemos oponer la Constitución económica del Estado social, entendida más como una forma de someter el poder económico al poder político o democrático³¹. De hecho, observamos como la Constitución económica liberal dota de libertad al individuo para decidir su destino pero sin una expresa constitucionalización del sistema económico, es decir sin que un exceso de técnica normativa obligue a legislar sobre todo el proceso económico o productivo.

En los países mediterráneos como Italia o España las oligarquías agroindustriales demandarán del Estado la necesidad de impulsar su débil industrialización. Otros países como esa Francia postrevolucionaria necesitará consolidar un modelo liberal político, con la supervivencia de una Administración centralista y autoritaria, que le permita construir la idea de «*interés público*» en el desarrollo de las actividades económicas privadas. Frente a ello los países germánicos, carentes de una burguesía liberal emprendedora, promocionarán el apoyo político para la construcción de una economía nacional, que impulse la industrialización sobre la base del proteccionismo y la concentración empresarial³². La Gran Depresión del XIX supuso el fin de la fe en la economía sin intervención, que presidía el consenso económico-constitucional durante el liberalismo clásico³³. Algunos países europeos encontrarán en el Estado el elemento para revitalizar sus maltrechas economías, determinando un modelo liberal político, que fomente la actividad privada y emprendedora. Es en estos momentos donde el apoyo político empezará a ser decisivo para crear riqueza en un país, y eso hará necesario también un cambio en los sistemas políticos, avecinando transformaciones en las estructuras socio económicas.

En este análisis no podemos tomar en un sentido estricto el término «*liberalizar*» entendido como «*desregular*». Más bien las liberalizaciones comportan el sometimiento de las actividades económicas a una regulación pública pero con el claro objetivo de tutelar y promover la competencia³⁴. La ley que protege a la competencia de las restricciones a ella, incorpora ciertos

³¹ CANCIO MELIÀ, J., «La Constitución Económica...», op. cit., p. 52.

³² BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., pp. 25.

³³ SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económicos-constitucionales...», op. cit., p. 13.

³⁴ DE VERGOTTINI, G., «La Constitución Económica Italiana...», op. cit., p. 346.

efectos autorreguladores de la competencia, en la medida en que ellos garantizan libertad de elección a los consumidores, limitan la libertad de acción de los competidores y coordinan decisiones independientes³⁵. Es por ello que cuando el Estado liberal busca ese consenso con el concepto de Constitución económica, lo que pretende es crear un campo de actuación con una mínima regulación que además estimule la libre competencia.

En la evolución y conformación del Estado liberal, encontraremos que el intervencionismo administrativo, se convertirá en una manifestación real de su «*Constitución económica material*», aunque en estos primeros momentos carentes de un constitucionalismo con principios informadores en el orden económico y social³⁶. No podemos obviar que, cuando utilizamos el concepto de «*Constitución*» o «*constituyente*», pretendemos dotar de trascendencia a esa coyuntura temporal, pues indica que los juristas están fraguando decisiones básicas para la convivencia humana de la sociedad, incidiendo en lo que se ha denominado como «*Constitución material*», es decir la esencia básica que opera en un modelo de convivencia política ordenada por el Derecho³⁷. Esto nos permite señalar que las Constituciones, como herederas de su tiempo, serán objeto de transformaciones y adaptaciones a la realidad del momento histórico en el que se gestan. Y todo ello implicará que los propios textos constitucionales presten, en su evolución, mayor atención a los aspectos económicos y a las garantías constitucionales.

No hay que olvidar, que el constitucionalismo sufrió una serie de transformaciones como consecuencia de los cambios políticos que supone la Primera Guerra Mundial. Las Constituciones evolucionan en su contenido como en el espíritu que las había gestado, lo que supuso que, en el periodo liberal, el orden económico y social fuera una realidad extraconstitucional³⁸. En el Estado liberal debemos destacar la labor de los juristas por crear una serie de ideales, que el constitucionalismo posterior desarrollará como verdaderos derechos. El liberalismo estaba dotado de utopía, de un espíritu creador que significaba más en la intención de desarrollar legislativamente conceptos filosóficos, que una realidad positivista materializada en verdaderas garantías. Ese déficit evolutivo implica que el orden económico y social fuera más una aspiración constitucional a tener en cuenta, que una verdadera realidad.

En este contexto debemos destacar que una parte de la doctrina ha definido la Constitución económica como el marco jurídico fundamental, dentro de la estructura y funcionamiento de la actividad económica. Sin embargo, como

³⁵ MESTMÄCKER, E-J., «Poder, Derecho y Constitución...», op. cit., p. 129.

³⁶ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., p. 26.

³⁷ GRANADO HIJELMO, I., *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997, p. 21.

³⁸ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., p. 26.

establecen más acertadamente otros sectores doctrinales la Constitución económica se entenderá por un lado como «*el conjunto de normas referidas directa o indirectamente a la economía*», y por otro como «*preceptos, principios y valores que aparentemente no tendrían que ver con la economía, pero que influyen poderosamente en la misma*»³⁹. Esta última referencia mucho más completa desde el punto de estudio de configuración de la Constitución económica nos aporta una dinámica mayor de estudio. No podemos ceñir el estudio de la Constitución económica como un proceso de análisis de la estructura y funcionamiento de la economía en un contexto jurídico, ya que adolecería de un defecto formal en su estudio al no abarcar todo el espectro que realmente genera. Sin embargo, es más acertado entenderla desde un concepto más aperturista, en el que junto a ese estudio normativo, analizamos una serie de preceptos, principios y valores que influyen en la economía. Y en esa esencia es donde podemos encontrar algunos de elementos que inspiran propiamente la Constitución económica liberal.

Los nuevos Estados gestaron unas estructuras constitucionales en el que el factor económico social pasa a tener un especial protagonismo. De estas circunstancias históricas surgirá el concepto de «*Constitución económica*», como una realidad sustantiva e ideológica concurrente con la idea tradicional de Constitución, pasando a denominarse como «*Constitución política*»⁴⁰. La gestión económica y la participación social en los textos constitucionales adquieren un mayor impulso, como consecuencia del periodo bélico, que produjo una serie de cambios de gran transcendencia en la mentalidad de la época. Eso implicará una serie de elementos que tomarán forma en el nuevo concepto de «*Constitución económica*».

Pese a todo y en el avance del tiempo, no hay que obviar que el declive de la Constitución económica del Estado social se manifestó en el abandono fáctico que expresó las intenciones socializantes que contenían las Constituciones europeas de la Segunda Postguerra Mundial, y también en los límites constitucionales que querían limitar la capacidad de endeudamiento de los poderes públicos⁴¹. Es por ello que se hace necesario un estudio revisionista de los contenidos de los textos constitucionales, cuyas nuevas necesidades implicaron una caída de las aspiraciones de la Constitución económica del Estado social.

En la Constitución económica reside una forma de control del poder. El objetivo del Derecho es establecer una regulación económica descentralizada que complete el comportamiento empresarial. Esto nos permite delinear la peculiaridad metodológica de la Constitución económica, permitiendo desa-

³⁹ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma...», op. cit., p. 137.

⁴⁰ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema...*, op. cit., p. 26.

⁴¹ CANCIO MELIÁ, J., «La Constitución Económica...», op. cit., p. 53.

rollar soluciones de política económica que contienen reglas legales y constitucionales⁴². El Derecho actúa como un parámetro de control del ejercicio del poder, a través de una regulación que aporte las líneas mínimas de actuación legal donde enmarcar la política económica.

El establecimiento de límites rígidos a la discrecionalidad política, con la consiguiente fórmula que coarta la democracia, establecerá nuevos parámetros normativos, que abrirá el debate a un replanteamiento de la influencia económica del mercado⁴³. Las reglas naturales del mercado van a establecer límites en la discrecionalidad política, y eso implicará nuevas regulaciones, que evolucionen con el tiempo, determinando un control constitucional, que servirá para evitar déficits y endeudamientos excesivos por parte de los Gobiernos.

4. ELEMENTOS DIFERENCIADORES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA LIBERAL Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA SOCIAL. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

El estudio de la Constitución económica liberal nos lleva a reducir el papel del Estado a un mero instrumento que garantiza la igualdad en el ejercicio de la actividad económica, la libertad de circulación y la ausencia de perturbaciones externas e internas. Además, hay que destacar que, indirectamente también se protege a la Sociedad Civil, a través de la garantía institucional de mercado y los derechos fundamentales a la propiedad privada y a la libertad de empresa⁴⁴. Para la Constitución económica liberal es determinante que la actividad económica se haga en condiciones igualitarias sin ningún factor externo o interno, que pueda altera esa libre competencia. Eso va a permitir reforzar el papel de la propiedad privada y la libertad de empresa como derechos que sirven para consolidar el libre mercado.

Frente a la Constitución económica liberal podemos señalar que posteriormente surgieron nuevos movimientos que cuestionaban estas tesis. Así, la nueva forma de Estado social fue consecuencia de la ruptura del principio liberal de separación de las esferas de la política y la economía. Esta situación supuso cambios importantes entre los que podemos destacar la vincula-

⁴² MESTMÄCKER, E-J., «Poder, Derecho y Constitución...», op. cit., p. 130.

⁴³ CANCIO MELIÁ, J., «La Constitución Económica...», op. cit., p. 54.

⁴⁴ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución», en VV. AA: *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*, Edita Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, República Dominicana, 2014, p. 551.

ción de la Constitución económica al Estado social. Todo ello significa que, de conformidad con esta doctrina, la Constitución económica del Estado social tiene su fundamento legitimador en la preeminencia normativa de las disposiciones referidas a la forma del Estado, traducidas en la configuración del Estado social como la decisión constitucional fundamental, que impone una relación de funcionalidad, y un vínculo social como fuente de definición y límite al mercado⁴⁵. Frente al liberalismo, que impulsaba el individuo y promulgaba una separación entre economía y política, debemos ver las transformaciones, que implica la Constitución económica social, en la que se establecen unas nuevas bases y un modelo de constitucionalismo diferente.

En este análisis debemos tener en cuenta que en las Constituciones del periodo de entreguerras no se regulaban como derechos inviolables, la propiedad e iniciativa económica como en las Constituciones burguesas del siglo XIX. Por un lado, existían cierto favor o preferencia por la propiedad e iniciativa económica pública y al mismo tiempo unos elementos condicionantes de la iniciativa privada. A pesar de la existencia de residuos de los principios básicos del liberalismo, aparece esa orientación en diversas cláusulas constitucionales⁴⁶. De alguna manera en esos incipientes textos constitucionales de los periodos posteriores a las Guerras Mundiales, observamos una temprana tendencia a buscar el apoyo público en la iniciativa privada, superando reminiscencias del liberalismo.

Cuando hablamos de medios de producción debemos tener en cuenta que nos encontramos con un reconocimiento de la propiedad, que conlleva la libre iniciativa privada⁴⁷. El reconocimiento de la propiedad privada está íntimamente ligado a los medios de producción, de ahí que el intervencionismo de los poderes públicos debe ser el mínimo, tan solo para garantizar cierto ámbito de protección constitucional que permita el desarrollo de esa iniciativa privada en libertad.

De este modo, la propiedad individual tiene como límite los intereses generales de la comunidad ciudadana y los sectoriales de los que participan en hacerla productiva. Así, mientras el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se mantenía en una justicia distributiva, es decir mientras que uno era fundamentalmente un Estado legislativo el otro es un Estado gestor cuyas condiciones deben someterse las modalidades de legislación⁴⁸. Por tanto, no es posible hablar de un concepto de propiedad que no tenga ciertos límites, pues la seguridad jurídica que puede ofrecer el Estado precisamente reside en un sometimiento a la legislación.

⁴⁵ LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho...*, op. cit., p. 4.

⁴⁶ DE VERGOTTINI, G., «La Constitución Económica Italiana...», op. cit., p. 340.

⁴⁷ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma...», op. cit., p. 137.

⁴⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 26.

También se debe señalar que el reconocimiento de la propiedad privada se extiende a los medios de producción. La libertad de empresa conlleva la libertad de iniciativa privada, que deben ser inmunes a la acción de los poderes públicos y además respetar el contenido esencial de esos derechos⁴⁹. No podemos hablar de libre mercado sino respetamos los contenidos básicos del derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa. Esto permite crear un clima adecuado para el desarrollo de la actividad económica e impulsar las acciones necesarias para su consolidación, según argumenta la filosofía liberal.

El liberalismo propugna una economía de mercado no capitalista, compuesta de productores independientes o empresas autogestionadas. Se trata de un sistema basado en la propiedad privada y en la cual las decisiones de producción se hacen por iniciativas descentralizadas de los agentes económicos. Lógicamente para que este sistema funcione es necesario la búsqueda del interés personal⁵⁰. Es por ello que las revoluciones liberales supusieron ese impulso para garantizar la búsqueda de ese interés personal, con un claro exponente en el crecimiento de la burguesía y el desarrollo de los derechos del individuo en los primeros textos constitucionales.

Hay que recordar que en la temprana *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789* se consagró el derecho de propiedad privada como «un derecho inviolable y sagrado». Sin embargo, esa caracterización propia de los movimientos revolucionarios no puede encajar en la evolución posterior donde el derecho de propiedad se ha transformado internamente por su funcionalización en la realización del interés general y la libertad de empresa. De hecho, las reglas de la función de los poderes públicos se observa desde dos perspectivas, es decir por un lado la actividad de ordenación del mercado y la disciplina de la competencia en su seno como garantía de su correcto funcionamiento, y por otro la actividad de producción de bienes como una actividad industrial en mano pública⁵¹. El desarrollo original que las revoluciones liberales impregnaron a los textos constitucionales o a las primeras Declaraciones de Derecho nada tiene que ver con la evolución que posteriormente se asigna a esos tempranos conceptos jurídicos. Un ejemplo de ello es la evolución de los términos propiedad privada en virtud del cual pasó de ser un derecho inviolable a convertirse en un factor integrante en la libertad de empresa.

El pensamiento liberal ha cuestionado los referentes sociológicos y políticos, aunque siempre ha destacado la libertad para ejercer una profesión, así

⁴⁹ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos...», op. cit., p. 552.

⁵⁰ DE VROEY, M., «El liberalismo económico...», op. cit., p. 14.

⁵¹ GARCIA LLOVET, E., «Constitución económica...», op. cit., p. 125.

como la libertad para comerciar, enajenar la capacidad de trabajo y desarrollar a la joven burguesía. Y precisamente en esa remoción de obstáculos a la libertad del individuo, será donde podamos encontrar las bases del liberalismo⁵². El encuentro de la ideología liberal permite desarrollar al individuo y por tanto a los factores económicos que le rodean, de ahí se infiere el gran impulso que, a partir de esos momentos, alcanzará la burguesía.

Para hablar propiamente de un reconocimiento de la libertad privada se debe ejercer dentro de un contexto inmune a la acción de los poderes públicos. La actuación de intervención de dichos poderes debe ser muy restringida, con medidas destinadas a compatibilizar ese ejercicio que respeta los derechos de libertad privada con otros derechos o bienes constitucionales, dotados de protección⁵³. El crecimiento de esos factores de la libertad privada exige una actuación muy definida de los poderes públicos, con objeto de no limitar el contenido esencial de ese libre crecimiento. Y esa aspiración tan sólo se consigue otorgando un régimen jurídico, es decir un marco legal en el que poder dotar de protección legislativa y constitucional que permita asegurar el disfrute de dicho derecho por múltiples titulares.

Es llamativo comprobar como el Derecho comunitario ha concurrido a la revalorización de los componentes de la Constitución originaria inspirado en los principios liberales, que habían sido difuminados por las lecturas en clave socialista, que había realizado la legislación y la jurisprudencia⁵⁴. Los principios liberales han inspirado los textos constitucionales y en esa esencia hemos determinado la fuente que ha permitido relanzar otras especializaciones jurídicas como el Derecho comunitario. Es por tanto de vital importancia no negar el beneficio implícito que la Constitución económica liberal desarrolló en las futuras generaciones como inspirador de un modelo dotado de garantías.

Los ámbitos de libertad privados, son inmunes a la acción de los poderes públicos. Esto exige a dichos poderes un esfuerzo para respetar el contenido esencial de los derechos de libertad de que gozan los titulares⁵⁵. Hemos de destacar que desde los años 70 y tras la catástrofe de las dos Guerras Mundiales, se ha vuelto a recoger postulados del liberalismo a través del capitalismo en lo que se conoce como neoliberalismo. En este sentido y dentro del devenir de los acontecimientos podemos señalar que las élites sociales, cansadas del control social de las actividades económicas y de la extensión de la propiedad pública, se han revelado. Esto ha supuesto revitalizar la vieja utopía

⁵² CARVAJAL BAEZA, R., «Liberalismo, democracia y ordenamiento territorial», *Cuadernos de Administración*, vol. 15, n.º 22, 1996, p. 126.

⁵³ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma...», op. cit., p. 137.

⁵⁴ DE VERGOTTINI, G., «La Constitución Económica Italiana...», op. cit., p. 345.

⁵⁵ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma...», op. cit., p. 137.

liberal de situar el mercado en el centro de la sociedad y subordinar las instituciones políticas a las leyes del mercado⁵⁶. El liberalismo volvió a tomar sentido, a pesar de las críticas recibidas, tras los desastres humanos de las Guerras Mundiales, porque en los postulados liberales sobre un mercado sin restricciones en el fondo se determinaba una forma de impulsar el desarrollo de la nación, a expensas del control del poder sobre la economía.

Por otro lado, no podemos obviar que la penetrante regulación pública de la economía es coherente con la liberalización. Así, podemos destacar que liberalizar es derogar las disposiciones que limitan o impiden la competencia como aquellas que subordinan el desarrollo de la actividad a la expedición de medidas administrativas o un hecho equivalente como el silencio positivo⁵⁷. Liberalizar implica desarrollar una serie de actividades que, en definitiva, permiten el crecimiento de la actividad económica evitando aquellas medidas que coarten su avance.

Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la propiedad privada se extiende a los medios de producción⁵⁸, esto significa que nos encontramos ante una forma de reconocer la libertad de empresa. A pesar de que autores como Marx, Durkheim o Weber, entre otros, realizaron una contundente crítica a la economía de mercado y al liberalismo económico, contribuyendo así a cambiar el rumbo de la organización política y los sistemas económicos, no podemos negar que la economía política liberal estructuró las relaciones sociales y políticas de la modernidad⁵⁹. Por ello, debemos destacar el valor del liberalismo en la articulación de las relaciones sociales y políticas, dentro de un contexto en el que subyace la economía como elemento de evolución de la sociedad.

5. VALORACIONES FINALES

La Constitución económica del modelo liberal proclamaba la rígida separación entre Estado y sociedad, es decir, la intervención estatal se reduce a su mínima actuación, estableciéndose una garantía institucional del mercado. Además, los poderes públicos deben de garantizar que el mercado funcione en condiciones de economicidad, asegurando la igualdad de los agentes económicos y la libre competencia de los mismos. Eso significa que las decisio-

⁵⁶ DE CASTRO, C.; PEDREÑO, A., «La Gran Restauración: sociología económica de la crisis global y actualidad de la crítica de Karl Polanyi al liberalismo económico». *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 31, 2012, p. 5.

⁵⁷ DE VERGOTTINI, G., «La Constitución Económica Italiana...», op. cit., p. 345.

⁵⁸ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma...», op. cit., p. 137.

⁵⁹ DE CASTRO, C.; PEDREÑO, A., «La Gran Restauración: sociología económica de la crisis global...», op. cit., p. 6.

nes de las unidades económicas no deben basarse en decisiones de los poderes públicos sino que estarán orientadas al beneficio económico. El mercado a través de la oferta y la demanda determina el comportamiento económico⁶⁰. No hay que olvidar que el Estado liberal en sus diferentes niveles adoleció de los recursos y la voluntad política necesaria para crear una red de protección social⁶¹. En el contexto liberal se proclama la separación Estado y sociedad, y se establecen unas normas de regulación del mercado sin apenas intervención estatal. Según esta filosofía los flujos económicos no los tienen los poderes públicos sino que viene determinado por la oferta y demanda de las unidades económicas, en un claro ejercicio de la libre competencia.

Cuando hablamos de la influencia de la Constitución económica liberal en la formulación de las estructuras económicas de un país, debemos tener en cuenta que a los poderes públicos y especialmente al legislativo se les exige que garanticen que el mercado funcione en igualdad entre todos los agentes, garantizando la libre competencia de los mismos. Esto implica que el mercado funcione en condiciones de economicidad, pero también debemos tener en cuenta que su comportamiento no puede basarse en decisiones de los poderes públicos, sino que buscarán el beneficio económico a través de la oferta y la demanda⁶². Esto significa que el mercado se basa en una serie de reglas propias del capitalismo, en la que la intervención de los poderes públicos será más el de un regulador operativo que garantice un correcto funcionamiento del mercado. Para que ese mercado funcione con regularidad es importante garantizar una igualdad entre todos los actores económicos, entendidos como los sujetos activos que mueven la economía de un país. Por tanto, el poder legislativo deberá crear una atmósfera normativa que permita el crecimiento económico, pero sin mayor intervencionismo ya que de lo contrario, una actuación de los poderes públicos en beneficio de determinados intereses podría viciar el sistema de crecimiento y sería desigual, provocando competencia desleal.

El estudio de la literatura económica nos arroja un indubitado consenso acerca de la superioridad del sistema de mercado, frente a otras formas alternativas de organización económica. Esto supone que haya sectores que motivan la intervención del Estado para proporcionar una mejora del bienestar, frente a otras posturas que consideran que el Estado no debe expandirse más allá de una estructura mínima⁶³. La supremacía del mercado determinará las

⁶⁰ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales...», op. cit., p. 551.

⁶¹ ESTEBAN DE VEGA, M., «La asistencia liberal en la España de la Restauración», *Revista de la Historia de la Economía y de la Empresa*, n.º 4, 2010, p. 52.

⁶² GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma...», op. cit., p. 136.

⁶³ SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económicos-constitucionales...», op. cit., p. 8.

relaciones entre el Estado y la sociedad, marcando los límites de su intervención, bien para crear un contexto jurídico en el que desarrollarse o simplemente con la intención de promover una intervención más activa en el comportamiento de los agentes económicos.

Los posicionamientos liberales mantienen la unidad económica nacional y la unidad de mercado, que implica la libertad de circulación de capitales, servicio y mano de obra. Así mismo se plasma la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Esto determina que la garantía institucional del mercado conlleva que los poderes públicos y, en concreto, el poder legislativo respeten una serie de instituciones o figuras de derecho privado. Lo que nos lleva a mantener que la legislación en su intervención reguladora no puede ni debe desfigurar los contenidos esenciales del mercado⁶⁴. El poder legislativo se somete a los intereses del mercado en un intento por garantizar esa libertad de circulación de capitales y servicios. El mercado se regula por sus propias normas intrínsecas y es por ello que, para garantizar las condiciones de ejercicio de la actividad económica, se deban respetar sus condiciones de funcionamiento.

La doctrina liberal, desde el momento que distingue entre Estado y Sociedad Civil, asume el desenvolvimiento del hombre como ciudadano en el Estado e individuo de la sociedad. Eso significa que solo la propiedad, entendida como un derecho civil natural, hace a los hombres capaces de los derechos políticos⁶⁵. El hombre se desarrolla como ciudadano dentro de la estructura del Estado, y será allí donde empiece a crecer como ente dotado de derechos. Una formulación en la que subyace el concepto de dominio o propiedad, que implícitamente suscita la presencia de derechos o principios económicos.

Hay que concluir que desde la teoría política-constitucional europea, el consenso económico-constitucional liberal, inspirado en el pensamiento de la corriente liberal hegemónica durante la mayor parte del siglo XIX, defendía la libertad sobre la igualdad, considerando el mercado como fuente de riqueza. Por ello, las declaraciones de derechos de los textos constitucionales del liberalismo clásico sancionan explícitamente el derecho de propiedad, apostando por la libertad de empresa⁶⁶. La filosofía liberal hace un desarrollo de la libertad de creación de estructuras empresariales como factor de crecimiento, en un contexto en el que el consenso económico-constitucional-liberal promoverá la liberalización de los mercados. Y precisamente sobre esa

⁶⁴ GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales...», op. cit., pp. 551-552.

⁶⁵ CARVAJAL BAEZA, R., «Liberalismo, democracia y ordenamiento...», op. cit., p. 123.

⁶⁶ SANZ ARCEGA, Eduardo: «Los consensos económicos-constitucionales...», op. cit., p. 7.

base, la Constitución económica liberal creará el marco jurídico adecuado para la transformación de una sociedad, dotándola de derechos fundamentales y garantías normativas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
- CANCO MELIÁ, J., «La Constitución Económica: Promesas Incumplibles», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7, 2002, pp. 49-101.
- CARVAJAL BAEZA, R., «Liberalismo, democracia y ordenamiento territorial», *Cuadernos de Administración*, vol. 15, n.º 22, 1996, pp. 117-146.
- DE CASTRO, C.; PEDREÑO, A., «La Gran Restauración: sociología económica de la crisis global y actualidad de la crítica de Karl Polanyi al liberalismo económico», *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 31, 2012, pp. 5-7.
- DE VERGOTTINI, G., «La Constitución Económica Italiana: Pasado y actualidad», *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, UNED, 2012, pp. 339-354.
- DE VROEY, M., «El liberalismo económico y la crisis», *Lecturas de Economía*, n.º 70, 2009, pp. 11-38.
- DÍAZ REVORIO, F. J., «Cádiz e Iberoamérica: Sobre las influencias medievales y contemporáneas en la Constitución de 1812... y en Iberoamérica», en VV. AA: *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESTEBAN DE VEGA, M., «La asistencia liberal en la España de la Restauración», *Revista de la Historia de la Economía y de la Empresa*, n.º 4, 2010, pp. 49-62
- GARCÍA GUERRERO, J. L., «Integración económica y reforma constitucional», en VV.AA.: *Senado de la República. Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Edita PNUD, Santo Domingo, 2005.
- GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embaite al concepto racional normativo de Constitución», en VV. AA.: *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*, Edita Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, República Dominicana, 2014.
- GARCIA LLOVET, E., «Constitución económica y Constitución territorial económica», *Autonomías: Revista Catalana de Derecho Público* n.º 22, 1997, pp. 121-154.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, 1977.
- GRANADO HIJELMO, I., *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.
- HABERMAS, J., *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Ediciones Catedrá, Madrid, 1973.
- LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2011.
- MESTMÄCKER, E.-J., «Poder, Derecho y Constitución Económica», *Estudios Públicos*, n.º 3, 1981, pp. 122-135.

- PARRA, J. F., «Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político», *Política y Cultura*, n.º 24, 2005, pp. 31-61.
- RASMUSSEN, H., *La Constitución de la Comunidad Económica Europea*. Editorial Trivium, Madrid, 1990.
- RUIZ JIMÉNEZ, J., «Derechos humanos y estructura socioeconómicas en un régimen constitucional democrático», en VV.AA.: *Constitución, economía y regiones*. Edita Ibérico Europea de Ediciones, Madrid, 1978.
- SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económicos-constitucionales: diagnóstico y afa-nes de la política económica», en *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, n.º 1, 2015, pp. 1-19.
- VV.AA., *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*. Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*, Edita Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, República Dominicana, 2014.
- *Constitución, economía y regiones*. Edita Ibérico Europea de Ediciones, Madrid, 1978.

TITLE: The liberal economic Constitution as a guarantee of free market. Private property rights and freedom of enterprise

RESUMEN: La Constitución económica liberal proclamaba la rígida separación entre Estado y sociedad para desarrollar el libre mercado. El debate jurídico implica interpretaciones en el estudio del sistema económico y su proyección como norma. Las Constituciones Europeas se preocupan por definir la libertad como garantía jurídica, una vez superado los desafíos de las Guerras Mundiales. En esos momentos surgen derechos como la propiedad privada y la libertad de empresa, que se incorporan a los textos constitucionales contemporáneos. Este artículo analiza la influencia de las revoluciones liberales en la configuración de los derechos económicos.

PALABRAS CLAVE: Política, Constitución, propiedad, economía, libertad de empresa.

ABSTRACT: The liberal economic constitution proclaimed the rigid separation between State and society to develop the free market. The legal debate involves interpretations in the study of the economic system and its projection as standard. The European Constitutions are concerned with defining freedom as legal guarantee, once overcome the challenges of the World Wars. In those moments arise rights as private property and free enterprise, incorporated to contemporary constitutional texts. This article analyzes the influence of the liberal revolutions in shaping economic rights.

KEY WORDS: Politics, Constitution, property, economy, freedom of company.

*RECIBIDO: 03.06.2016
ACEPTADO: 22.06.2016*

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA SOCIALISTA Y SUS FUNDAMENTOS¹

Lisette Pérez Hernández

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp61-95

SUMARIO: 1. ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS. 2. FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE TIPO SOCIALISTA. 2.1. *Intervención estatal en la economía*. 2.2. *Intervención estatal en la economía*. 2.3. *Intervención estatal en la economía*. 2.4. *Intervención estatal en la economía*. 2.5. *Intervención estatal en la economía*. 3. EL MODELO SOCIALISTA DE EUROPA DEL ESTE. UN BREVE REPASO A ALGUNAS CAUSAS ECONÓMICAS DE SU DERRUMBE. 4. PARTICULARIDADES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ECONOMÍA EN LA REPÚBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM. 5. CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONALES ESENCIALES DEL MODELO ECONÓMICO CUBANO. 6. ALGUNAS LÍNEAS PARA LA REFLEXIÓN EN POS DEL PERFECCIONAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CUBANA. 7. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA SOCIALISTA EN EL SIGLO XXI. 8. CONSIDERACIONES FINALES.

1. ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS

Los postulados constitucionales se sitúan como punto de intersección entre la política y el Derecho y como cauce democrático de la legalidad. En

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R). Investigadores principales: José Luis GARCÍA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN.

ese contexto la Constitución puede ser concebida como punto de llegada de un proceso político, como punto de partida de los ordenamientos jurídico y también como fundamento jurídico y político de la organización estatal, de los principios que rigen determinada sociedad y marcan los derroteros por donde deben transitar las relaciones del Estado con los individuos.

De la misma forma, existe una relación dialéctica y compleja muy estrecha, entre política, derecho y economía. LENIN consideró al respecto, que la política es expresión concentrada de la economía, y le concedió mucha importancia a la legislación en la realización de la política económica, asumida como algo que concierne a todos², mientras БИКОВ³, analizando los presupuestos marxistas relacionados con el tema en cuestión, aseguró que las relaciones económicas son en sí misma, el resultado de la unidad del contenido económico y la forma jurídica que provee el derecho como instrumento organizativo.

De manera general, los propios preceptos constitucionales corroboran esas posiciones, en tanto, abordar las constituciones solo desde la tradicional división metodológica que contempla un preámbulo, una parte orgánica, otra parte dogmática y una cláusula de reforma, puede resultar hoy día insuficiente, si se tiene en cuenta que uno de los signos más característicos del constitucionalismo contemporáneo se centra en la constitucionalización de los principios reguladores de la economía, ordenadores del marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica⁴.

El referido marco jurídico se expresa por medio de normas, principios y valores que de forma dispersa o integrando una parte de la normativa constitucional, ofrecen el contenido de lo que doctrinalmente se reconoce como «Constitución económica», preceptos específicos, que tienen la función de habilitar y orientar la acción económica, sin perjuicio, de que consideremos además muy difícil, encontrar una norma o sección constitucional en la cual no influya alguna proyección de la economía, lo que sucede porque las políticas públicas, forman parte de su tiempo histórico, su trazado responde a condicionamientos diversos, entre los que figuran con notable fuerza los económicos.

Las constituciones modernas se caracterizan por diseñar un modelo de sociedad que cristalizan en tres ejes fundamentales muy relacionados entre

² LENIN, V.I., *Obras completas*, 2.ª edición, 1971, Buenos Aires, t. 34, p. 364; Ídem, t. 35, pp. 549-550, Ídem, T. 36, pp. 441-442. Ídem, t. 35, p. 320.

³ БИКОВ, А.; LAJNÓ, P., *El derecho y el mecanismo económico en la URSS*, Ed: Progreso, Moscú, 1988, p. 7.

⁴ BREWER-CARIAS ALLAN R., «Reflexiones sobre la Constitución económica», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Ed: Civitas, Madrid, 1991, pp. 3840-3842.

sí: el sistema político, el sistema económico y los derechos y deberes fundamentales, lo que trae como consecuencia que crezcan las expectativas acerca del papel que debe desempeñar el Estado: debe ser eficaz y legítimo en las decisiones que toma, en las actividades que ejecuta, en la selección de los instrumentos que utiliza para implementar las políticas públicas, así como, en la exigencia de responsabilidad al funcionario público en el uso eficiente de los recursos del Estado, todo ello garantizando el ejercicio y disfrute de los derechos ciudadanos.

En ese sentido, de forma global y extrema, hoy día las administraciones estatales se encuentran ante la alternativa de decidir su proyección estratégica en dos direcciones fundamentales, siguen el curso de tendencias neoliberales que estimulan a reducir la participación estatal en las economías nacionales, o se inclinan por reforzar su intervención pública; mientras que, independientemente de la opción estatal que se siga, los ciudadanos exigen cada vez con mayor fuerza, el aumento de la eficacia y responsabilidad estatal en la atención a las políticas sociales.

Lo anterior significa que todo Estado tiene que adoptar por fuerza una política económica, incluso, cuando decide no intervenir en la actividad económica, y como esta no se manifiesta fuera de los marcos normativos, no sólo es importante cuántos recursos se tiene, sino también cuáles son los límites para su uso. Es por ello que la constitucionalización del trabajo de los principios que inspiran la actividad financiera, de los derechos económicos y sociales, entre otros elementos relacionados, muestra que los procesos económicos y hasta el mercado requieren de institucionalización para su organización, y de un análisis jurídico especial que permita profundizar de forma reflexiva en las normas con notabilidad económica.

La Constitución económica, al establecer la estructuración, los principios rectores y las pautas de actuación de la economía, implanta un modelo específico de Estado. Relacionado con ello, la doctrina ofrece diversas clasificaciones de los modelos económicos, en su mayoría diferenciadas por características esenciales que se destacan en su regulación y funcionamiento. De ellas, consideramos pertinente reconocer como principales⁵ los siguientes modelos económicos constitucionales: el de economía de mercado (priman las leyes económicas ciegas de oferta y demanda), propio de los sistemas económicos liberales, el de economía centralizada, con mayor intervencionismo y economía planificada y el de economía mixta donde se toman elementos compatibles de los anteriores y se procura satisfacer ciertos estándares de vida a los ciudadanos, aunque en realidad es una forma históricamente evolucionada y un reacomodo táctico del modelo de economía de mercado.

⁵ COSCULLUELA MONTANER, L.; LÓPEZ BENITEZ, M., *Derecho Público Económico*, tercera edición, Ed: Iustel, Madrid, 2009.

Con los mismos indicadores, autores como PAREJO ALFONSO⁶, consideran que la economía se distingue a partir del papel del Estado en ellas, y plantean que desde ese punto de vista las principales formas extremas que se han presentado son: la economía planificada y la economía de mercado, la primera descansa en la centralización en el Estado como propietario único de los medios de producción, de las decisiones económicas fundamentales, articuladas mediante planes periódicos de objetivos y cobertura de necesidades, que limitan la iniciativa privada; mientras la segunda, reposa sobre el principio de autonomía privada bajo la forma de libertades de empresa, profesión y oficio y contratación y propiedad privada; descentralización de las decisiones económicas.

Los distintos modelos como alternativas diferentes del ejercicio económico, se articulan sobre la base de la combinación resultante de diferentes ejes⁷, a saber: la propiedad dominante, las formas de gestión de la propiedad, las fuentes y bases materiales de acumulación, los mecanismos de regulación de la producción social, la organización económica del Estado, las características de los mercados y las fuentes y formas de distribución de los ingresos.

Como es fácil apreciar desde esa línea de análisis, cuál es el papel del Estado en la economía, cómo se caracteriza el régimen de economía; cómo se definen el sistema de propiedad y las disposiciones orgánicas relacionadas con las atribuciones que norman los principales instrumentos para actuar en materia económica, son elementos que concretan la tipología de los sistemas económicos, le otorgan sentido a los proyectos económicos y conllevan determinada política social.

Con el objetivo de conducir el análisis hacia lo que consideramos debe ser la esencia constitucional que fundamente los vínculos entre el Estado y la economía permitiendo –o exigiendo– su juridicidad, hemos seleccionado como presupuesto para el análisis, la cadena lógica de razonamiento que propone la Dra. HERNÁNDEZ⁸, sintetizándola de la siguiente forma:

El objetivo básico de cualquier política pública es contribuir a la satisfacción de las necesidades de la población, para conseguir tal objetivo, se han utilizado diferentes procedimientos a lo largo de la historia. Cuando las fuerzas del mercado se dejan en completa libertad puede aumentar la eficiencia

⁶ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden Económico y sectores de referencia*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 19.

⁷ AA.VV., *Aprendiendo economía en Cuba. Nociones para no economistas*. Universidad de La Habana, 2013, La Habana, p. 81.

⁸ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, O., Ponencia presentada en: X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18-21 Oct. 2005. <http://old.clad.org/congresos/congresos-antecedentes/x-santiago-2005>, consultado el 5 de julio de 2015.

técnico-productiva, pero se generan desequilibrios, desigualdades y tensiones que ninguna sociedad mínimamente desarrollada puede tolerar, por tanto, es necesario intervenir para reducir, corregir o compensar tales ineficiencias. La intervención pública, por su parte, también implica ineficiencias, despilfarros y opacidades que hacen necesario someterla al cumplimiento de requisitos básicos tales como: eficacia, eficiencia y transparencia. Hay, pues, que establecer normas que regulen el funcionamiento del mercado, y hay, pues, que establecer mecanismos que controlen el funcionamiento de la intervención pública. A ambos efectos es necesario: renunciar a la construcción de fórmulas universales, establecer una cierta combinación de Estado y mercado, promover una cierta «complicidad» entre Estado y mercado y proceder, en todo caso, a la evaluación de políticas públicas.

En correspondencia con lo anterior, el presente trabajo se propone un análisis desde la perspectiva del derecho constitucional, una reflexión sobre algunos de los fundamentos del constitucionalismo socialista y el papel del Estado como regulador en ese contexto, sobre la base de una tesis esencial: el Estado debe tener como objetivo primero, procurar no solo riquezas, sino el bienestar de la población, por lo que debe a la par que promueve el desarrollo, reforzar su capacidad de supervisión y control, para garantizar con ello, que las leyes económicas operen en consonancia con ese fin, porque al decir de BIDART CAMPOS: «Es indudable que, aun sin ser economistas, no resulta audaz sino obligatorio aportar criterios éticos, políticos y jurídicos, en una mínima interdisciplinarietà bien tramada, para armar un sistema económico que resulte apto a la dignidad de la persona humana»⁹.

2. FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE TIPO SOCIALISTA

En este apartado vale la pena un poco de descripción, teniendo en cuenta la poca difusión de los contenidos constitucionales socialista, en particular los que en dimensión temporal, adquieren naturaleza histórica.

El sistema económico¹⁰ socialista descansa a partir de los fundamentos marxistas que le sirven de base y los postulados de la constituciones al respecto: en la propiedad estatal sobre los medios de producción fundamentales, en la planificación como regulación directa de la actividad económica y en la distribución con arreglo al trabajo aportado, «de cada cual según su capaci-

⁹ BIDART CAMPOS, G. J., *La Constitución económica*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003, México, p. 37.

¹⁰ Entendido el sistema económico, como el sistema de normas y principios que tienen por objeto establecer el marco regulatorio que le permite al Estado dirigir o participar como actor en los principales procesos económicos de un país.

dad; a cada cual, según su trabajo,» conforme al modelo propio que en correspondencia con determinadas condiciones, cada país ha puesto en marcha.

La naturaleza de la economía que diseña el sistema socialista demanda la integración del derecho a la vida económica. En ese contexto, el Derecho es resorte de la producción y la economía, motivo por el cual, los postulados de tipo socialista se caracterizan por la regulación, planificación y control central de la actividad económica, la existencia de decisiones de autoridad que debe erigirse sobre la base de las necesidades del ciudadano y por un sistema de propiedad, en el que prevalece la propiedad estatal sobre otros tipos de propiedad que con ella pueden convivir. Veamos algunos de los principios cardinales en los que se asentaron la mayoría de las Constituciones socialistas, en particular, hasta la década de los 90 del pasado siglo:

2.1. *Intervención estatal en la economía*

La intervención estatal en la economía socialista se aprecia con connotación particular. Se traduce en el dominio por parte del Estado del espacio económico al serle atribuidas constitucionalmente las funciones económicas y de regulación social, a órganos que lo conforman. El papel económico del Estado como centro político y económico del sistema, se corresponde con la naturaleza de la producción y la participación de sus organismos en la gestión de la economía.

La dirección de la economía consagrada en las constituciones socialistas, conjuga la administración centralizada, con cierta independencia e iniciativa económica de las empresas y otras entidades. LENIN¹¹ escribió al respecto, enfatizando en la necesidad de asegurar la autonomía de las empresas en la disposición de los recursos financieros y materiales, con indicación precisa sobre la garantía de los derechos de las empresas y la responsabilidad que recae en las instituciones centrales por frenar la iniciativa local o apoyarla insuficientemente.

El Estado asume funciones como la salud, la educación, la seguridad social, comunicaciones, transporte, etcétera y mantiene una fuerte intervención en la actividad jurídico privada, por medio de técnicas administrativas como la ordenación, la promoción, el fomento y la fiscalización de la actividad económica, extendiendo su accionar fuera de los marcos que conceden otros sistemas económicos sociales.

En consecuencia, es atribución estatal, regular, disciplinar y ejecutar la política económica y la planificación, con el objetivo de equilibrar las necesidades sociales y los recursos materiales disponibles, mediante las diferen-

¹¹ LENIN, V. I., *Obras Completas*, 2.^a edición, 1971, Buenos Aires, t. 35, pp. 322-324.

tes políticas estatales y normativas jurídicas relacionadas con aspectos del quehacer económico. La legislación estatal provee el marco normativo e institucional dentro del cual se desempeña la economía, a partir de la cual, el Estado asume de forma directa la prestación de los servicios esenciales y se responsabiliza con el aseguramiento de las condiciones de vida y las necesidades básicas de la población. A modo de ejemplo, los principios que sostienen el modelo económico cubano al respecto, pautan el grado, extensión e intensidad de la intervención. El texto constitucional preceptúa reglas de intervención, específicas, explícitas y positivas que crean títulos habilitantes en los poderes públicos en relación con la materia económica, o sea, la Constitución se convierte en norma autorizante y legitimadora de acciones que concluyen los entes administrativos y que pueden traducirse en limitaciones para los individuos¹².

Las Constituciones socialistas en su totalidad, legitiman la intervención del Estado en la economía al concederle al Estado la responsabilidad por el desarrollo económico del país, a partir de promover el crecimiento de la economía y propiciar la redistribución del ingreso. En sus textos se identifican los fines en materia económica, con el propósito de salvaguardar el interés público y garantizar un desarrollo sostenible. Algunas constituciones socialistas pueden fundamentar lo anterior: la Constitución de la URSS de 1936¹³, regulaba en su Art. 11, que los fines económicos de la URSS eran aumentar la riqueza social, elevar continuamente el nivel material y cultural de los trabajadores..., En la República Democrática alemana, (RDA) la Constitución de 1968¹⁴, (Art. 2), regulaba como centro de los intereses estatales el aumento del nivel de vida material y cultural del pueblo, sobre la base del desarrollo de la producción socialista, el aumento de la eficacia, el progreso científico-tecnológico y el crecimiento de la productividad.

La Constitución cubana¹⁵ por su parte, establece como fines estatales en su Art. 16: fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el

¹² MATILLA CORREA, A., «Constitución y Administración Pública: algunas ideas sobre las bases constitucionales del régimen jurídico-administrativo cubano», en HUCK, Winfried y PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, *Derecho, Economía y Sociedad en el Siglo XXI*, II Simposio Germano-Cubano de Derecho, 2013, La Habana, Cuba, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, Alemania, 2013, pp. 319-334.

¹³ Constitución de la URSS, 1936, consultado el 5 de julio de 2015 en: <https://www.marxists.org/espanol/tematica/histsov/constitucion1936.htm>

¹⁴ Constitución de la República Democrática Alemana, promulgada el 8 de abril de 1968. Edición conjunta de la Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik y la Verlag Zeit im Bild, RDA, 1968.

¹⁵ Constitución de la República de Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular, 2005, artículo 16.

desenvolvimiento de la persona humana, de su dignidad, el avance y la seguridad del país, para lo cual el Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que debe garantizar el desarrollo programado del país.

De las normas señaladas, se pueden constatar los objetivos generales de la intervención estatal y la propensión de la actividad administrativa directa, fundamentada por el régimen de propiedad imperante y la esencia política-ideológica del Estado socialista.

Podría resumirse este elemento constitutivo de las constituciones económicas socialistas de la siguiente forma: un Estado regulador, planificador y ordenador de la actividad económica, además controlador, en pos de la realización de los principios de justicia social, que se reserva determinados servicios y participa de forma directa como empresario en la actividad económica.

Lo anterior no obsta para que la constitucionalización económica de las bases socialistas deba apostar por un Estado eficiente, cohesionado con la ciudadanía, que transfiera poder hacia las bases de la sociedad, descentralizando y regulando la auto-organización de los trabajadores.

2.2. *La propiedad socialista y sus formas*

En opinión que se ha convertido en referencia obligada en este tema, MARX escribió, «... no cabe pensar en ninguna producción, en ninguna sociedad, donde no exista ninguna forma de propiedad.»¹⁶ De conformidad con ello, sobre fundamentos marxistas, las Constituciones socialistas colocan a la propiedad estatal como cimiento del sistema económico social, en tanto consideraciones de MARX y ENGELS: «la revolución comunista es la ruptura más radical con las relaciones de propiedad tradicionales, nada de extraño tiene que en el curso de su desarrollo rompa de la manera más radical con las ideas tradicionales»¹⁷.

La propiedad estatal y las relaciones vinculadas a ella, han constituido el eje fundamental del desarrollo socialista y referente para organizar, articular y dirigir la actividad económica. La propiedad estatal se ha configurado a partir de la comunión de los más importantes medios de producción, los recursos materiales y financieros y las riquezas naturales.

Se reconocen en las distintas constituciones socialistas además, otras formas de propiedad que son distinguidas entre sí, por su objeto.

¹⁶ MARX, C., «De los manuscritos económicos de 1857-1858». MARX, C.; ENGELS, F.: *Obras completas*, tomo 12, p. 714.

¹⁷ MARX, C.; ENGELS, F., *Manifiesto del Partido Comunista*. Ed: Política, 1982, La Habana, p. 42.

En la Constitución de la URSS de 1977¹⁸, la propiedad del Estado fue definida como patrimonio común de todo el pueblo y forma fundamental de la propiedad socialista, caracterizada por el grado más alto de socialización. Gracias al fondo único de la propiedad estatal, se consideraba que era posible que el Estado dirigiera eficazmente el fomento de la economía nacional y aplicar la política económica trazada, expresando los intereses de todo el pueblo. En ese país, al igual que en el resto de los países socialistas, la propiedad socialista surgió principalmente por dos vías: mediante la nacionalización¹⁹ de la propiedad privada y mediante la cooperativización, de la socialización voluntaria de los instrumentos y medios de trabajo de los campesinos y artesanos, lo que trajo como consecuencia que se reconocieran en la Constitución de ese país, dos formas de propiedad socialista: la propiedad del Estado y la propiedad cooperativa-*koljosiána*. Ambas formas se caracterizaron por su procedencia –del trabajo– y por la imposibilidad de ser medio de explotación del hombre por el hombre.

La propiedad estatal tiene como peculiaridad, que su disposición o transferencia constituye el contenido patrimonial de las relaciones económicas. Al transferirse de unos organismos económicos a otros, no se transfiere el derecho de propiedad, sino los de administración operativa, manteniendo el Estado su propiedad²⁰.

En la URSS la segunda forma de propiedad socialista, provenía de la pequeña propiedad privada que pertenecía antes de la Revolución, a los campesinos y artesanos. Además de los *koljoses* también eran titulares de ese tipo de propiedad, las sociedades de consumo y las cooperativas de construcción de viviendas, entre otras²¹. Consistía en la propiedad de la comunidad creada mediante la agrupación de ciudadanos en un *koljós* o cooperativa.

También en la URSS se reconoció la propiedad personal²² sobre la base de los ingresos provenientes del trabajo, constituidos por los utensilios de menaje y uso cotidiano, los bienes de consumo y comodidad personal, los

¹⁸ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Documentos constitucionales y textos políticos*. Ed: Nacional, Madrid, 1982, pp. 149-207.

¹⁹ En la década del 50 del pasado siglo surge el principio de «autodeterminación económica» plasmado en la Resolución 626 (VIII) de 21 de diciembre de 1952. Años después, la Asamblea General de la ONU, en su XVIII período de sesiones, aprobó la Resolución 1803, bajo el título «Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales» que amplía y desarrolla el derecho de «autodeterminación económica».

²⁰ Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS: *Introducción al Derecho Soviético*, Ed: Progreso, Moscú, 1988, p. 186.

²¹ EFIMOV, M., *La Constitución de la URSS*. Ed: Agencia de Prensa Nóvosti, 1979, Moscú, pp. 44-45.

²² Artículo 13 de la Constitución de la URSS, de 1977. EFIMOV, Mijail. Ob. cit. p. 45.

objetos de la hacienda doméstica auxiliar, la vivienda y los ahorros procedentes del trabajo.

En relación con este particular, el elemento común de todas las constituciones socialistas de Europa del Este, consistió en el reconocimiento del papel rector de la propiedad estatal en la economía, regulando otras formas de propiedad que también estructuraban el sistema económico, que no obstante, revelar algunas particularidades, en esencia se parecían mucho: a modo de ejemplo: tanto en la Constitución de la RDA 1968 (Art. 10), como en la Constitución de la República Popular de Bulgaria, de 1971²³, (Art. 14), se reconocieron expresamente como formas de propiedad: la estatal, la cooperativa, la propiedad de las organizaciones sociales y la propiedad personal. En la Constitución de la República Socialista de Rumania, 1965²⁴, (Art. 6), se reconoció como propiedad socialista, la propiedad estatal y la propiedad cooperativa, también se garantizó la propiedad de los talleres propios a los artesanos (Art. 11).

A diferencia de los ejemplos anteriores, en la Constitución de la República Socialista Checoslovaca de 1968²⁵, aunque se establecía que la economía de la República Socialista se desarrollaría sobre la base del sistema económico, en forma planificada y conforme a las condiciones del mercado socialista unitario; (Arts. 4 y 10), no existió mención expresa a las formas de propiedad, sin embargo, del texto pueden inferirse características similares a las constituciones descritas anteriormente.

Reviste particular interés, por sus peculiaridades, la Constitución de la República Federativa de Yugoslavia, de 1963²⁶, reconocida como «carta de la autogestión»²⁷, por las características especiales y contenidos de sus preceptos. De forma atípica en relación con las constituciones socialistas de la época, consagró además de la propiedad social sobre los medios de producción y los medios de trabajo, el trabajo asociado libre, la autogestión y la decisión directa de los trabajadores y de todos los ciudadanos, la libre obtención y reparto autónomo de las ganancias de acuerdo al trabajo. De manera que la propiedad social fue reconocida como un derecho que situaba a todos lo hombre en iguales posibilidades de usarla y gestionarla libremente, en el

²³ Constitución de la República Popular de Bulgaria, aprobada por referéndum el 16 de mayo de 1971, Ed: Sofía-Press, 1971.

²⁴ Constitución de la República Socialista de Rumania. Ed: Meridiane, Bucarest, 1965.

²⁵ Ley Constitucional 143/1968 de la Federación Checoslovaca (27 de octubre de 1968).

²⁶ Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, promulgada el 7 de abril de 1963. Secretaría Federal de Informaciones, Beograd, 1963.

²⁷ DELEON, Aser, *La Constitución Yugoslava. ¿Qué es lo que garantiza, qué obligaciones impone?*, Beograd, 1964, p. 10.

campo de la producción, en la disposición de los frutos del trabajo y en la regulación de las relaciones entre los hombres y sus relaciones recíprocas.

En relación a la forma de propiedad cooperativa, los fundamentos marxistas transitan por la necesaria colectivización de la propiedad en el sistema socialista. Al respecto MARX consideró que: «...si la producción cooperativa (...) ha de sustituir el sistema capitalista; si las sociedades cooperativas unidas han de regular la producción nacional con arreglo a un plan común, tomándolo bajo su control y poniendo fin a la constante anarquía y a las convulsiones periódicas, consecuencias inevitables de la producción capitalista, ¿qué será eso entonces, caballeros, más que comunismo, comunismo realizable?»²⁸

Se perseguía la constitucionalización de una forma socializada de la propiedad, —«...si pudiéramos organizar en cooperativas a toda la población, ya estaríamos con ambos pies en suelo socialista, pues...cuando los medios de producción pertenecen a la sociedad, cuando es un hecho el triunfo de la clase del proletariado sobre la burguesía, el régimen de los cooperadores cultos es el socialismo»²⁹. Sin embargo, en la práctica se centró la atención en el uso, disfrute y disposición del patrimonio de la cooperativa, en detrimento de sus intrínsecos principios de funcionamiento a lo interno y a lo externo, desvirtuándose de esta forma, a la figura jurídica, sin que se obtuvieran de ella, en todos los casos, los resultados esperados³⁰.

En la experiencia socialista posterior a LENIN, el cooperativismo fue asumido en su sentido estrecho, como instrumento de socialización de la economía privada individual campesina y urbana. El socialismo de base cooperativa preconizado por Lenin no negaba, sino presuponia un Estado proletario fuerte que concentrara la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, pero explotados por colectivos laborales en posesión colectiva³¹.

Como otra forma de propiedad, la propiedad personal se defendió teórica y jurídicamente en el constitucionalismo socialista, en oposición a la propiedad privada que genera capital sobre la base del trabajo ajeno, de la explotación del hombre por el hombre. «El derecho de propiedad personal del ciudadano soviético —sostuvo JÁLFINA— es su derecho de poseer, utilizar y disponer

²⁸ MARX, Carlos, *La guerra civil en Francia*, en <http://www.marxist.org/espanol/m-e/1870s/gcfran/guer.htm>, consultado en septiembre de 2010.

²⁹ LENIN, Vladimir I., *Sobre la cooperación*, en Obras escogidas en tres tomos, t.3, Ed: Progreso, Moscú, 1961, p. 778, 784 y 781.

³⁰ RODRÍGUEZ MUSA, Orestes, *La cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional diferente al agropecuario*. Ed: Dykinson. S.L. Madrid, 2012, p. 48.

³¹ FIGUEROA ALBELO, Víctor, *Economía Política de la transición al socialismo. Experiencia cubana*. Ed: Ciencias Sociales, La Habana, 2009, p. 171.

de los bienes otorgados a él, como consecuencia de la distribución del producto social –principalmente en calidad de distribución según el trabajo– para satisfacer sus necesidades materiales y culturales»³². «Así pues, el derecho de propiedad personal surge como resultado de la distribución organizada por la sociedad, de los artículos de la producción social y encarna una de las formas de satisfacción de las necesidades individuales»³³.

En el socialismo pueden convivir armónicamente, la propiedad estatal y la propiedad privada, el reconocimiento constitucional pasado y presente, la urgencia de los reacomodos tácticos socialistas y las nuevas condiciones en las que construyen este tipo de sociedades, lo constatan. El predominio de la propiedad privada supone el predominio del capital sobre el trabajo y el predominio del mercado sobre la sociedad. En consecuencia, en una sociedad socialista, lo primero y fundamental que debe quedar resuelto constitucionalmente es el predominio de la propiedad socialista y el establecimiento de regulaciones y límites a la propiedad privada.

2.3. *La planificación de la economía*

Otro elemento importante que caracteriza los fundamentos económicos constitucionales socialistas, es la realización de la dirección económica sobre la base de planes estatales para el desarrollo económico y social, que conjugan el principio territorial y de ramas económicas, así como la dirección centralizada, con la independencia administrativa e iniciativas propias de las empresas y otras agrupaciones. La planificación es un instrumento regulatorio de las relaciones en la esfera de la economía.

La planificación es concebida como el eslabón central de la gestión económica de la sociedad socialista. Comprende la elaboración de diferentes planes de la economía nacional, de distintas ramas, empresas y también de los territorios en los distintos niveles. Al respecto, señalaba Carlos Rafael RODRÍGUEZ, que «no es una mera operación técnica, a pesar de su contenido económico: es ante todo una operación política. Detrás de cada acto de planificación hay una filosofía social, una proyección socioeconómica de carácter histórico»³⁴.

En el socialismo los intereses empresariales se subordinan a objetivos más generales. De este modo, la función de la planificación socialista es armonizar la actividad económica en beneficio de la sociedad en su conjunto,

³² JÁLFINA, R., *El derecho de propiedad del Estado en la URSS*, Ed. Progreso, Moscú, 1981, p. 7.

³³ *Ídem*.

³⁴ RODRÍGUEZ, C. R., *Problemas prácticos de la planificación centralizada*. Revista Comercio Exterior, México, Vol. 30, n.º 11, Noviembre 1980, p. 1215.

por ello, autores soviéticos reconocían que «la planificación del Estado, científicamente fundamentado, asegura en el grado máximo: primero, la acertada coordinación en el desarrollo de todas las ramas de la economía nacional del país; segundo, el constante progreso técnico de la sociedad; tercero, la distribución racional de las fuerzas productivas y el aumento de la productividad del trabajo; cuarto, la elevación del bienestar de los trabajadores»³⁵.

La planificación es un proceso complejo, dinámico, emancipatorio, a través del cual se fijan los indicadores de la actividad económica, constituye una forma de dirección de la economía, para un período de tiempo determinado, orientado en beneficio de la sociedad, como construcción colectiva desde los colectivos laborales, y las diferentes comunidades.

La planificación es esencialmente una cuestión de intereses, no debe identificarse con una técnica determinada. Constituye, ni más ni menos, una expresión de la forma en que se distribuye el poder económico y político en una sociedad. Precisamente por ello, afirmó el Che que la planificación era el modo de ser y de desarrollarse la sociedad socialista; lo que él llamaba su categoría definitoria, sin la cual no existiría el socialismo³⁶.

De esta forma los mecanismos de la producción social, como formas a través de la cual se lleva a cabo la planificación, se erigen como rasgos característicos del modelo, donde lo óptimo se presenta a partir de la interrelación de instrumentos directos (designación de tareas y asignación de recursos, que deben someterse a un plan y a normas previamente definidas) e instrumentos indirectos (conducen el mercado a través de políticas fiscales, monetarias, etc. incentivando o desestimulando el actuar de los distintos agentes económicos).

Las Constituciones socialistas europeas reconocieron el papel de la planificación, de forma muy similar, veamos algunos ejemplos: En la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968, el sistema económico vinculaba la planificación y la dirección central de los aspectos básicos del desarrollo social por el Estado, a la responsabilidad individual de los productores socialistas y de los órganos estatales locales (Art. 9). La Constitución búlgara de 1871 estableció que el Estado dirigía la economía nacional y los demás sectores de la vida social de acuerdo con los planes únicos de desarrollo social-económico, apoyándose en el desarrollo de esta actividad en las iniciativas y labor creadora de los colectivos de trabajadores, de los institutos científicos y de las organizaciones sociales (Art. 22). En la República Socialista de Rumanía, se estableció constitucionalmente que toda la actividad del

³⁵ DENISOV, A.; KIRICHENKO, M., *Derecho Constitucional soviético*. Ediciones de lenguas extranjeras, Moscú, s/f. p. 122.

³⁶ GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, A., *La planificación en la brecha. Cuba: Investigación Económica*, n.º 1. Enero-Marzo 2002, p. 3.

Estado, tenía como fin el desarrollo de la sociedad... para esto, «organiza, planifica y dirige la economía nacional...» (Art. 13).

En el caso cubano, el plan de desarrollo económico constituye la principal herramienta macroeconómica, en un contexto en el que el funcionamiento de la economía, se caracteriza por la utilización de las relaciones monetario-mercantiles y los mercados. La consideración de que ello es posible es el fundamento del camino socialista. «Esa capacidad debe ser vista como un complejo de acciones combinadas: regulaciones jurídicas, económicas, organizativas, ideológicas, políticas, culturales, comunicacionales. No se trata solamente de una justa y proporcionada política impositiva sobre todo tipo de actividad económica, sino de la integración de acciones en una misma dirección: regular el mercado, con la fortaleza fundamental del predominio de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción de bienes y servicios»³⁷.

Aunque la planificación se erige como mecanismo de dirección económica en el socialismo, pueden encontrarse actividades de este tipo en el capitalismo, sobre todo en modelos con mayor intervención del Estado en la economía, de igual modo en el sistema socialista no se excluyen las contradicciones que se presentan con la convivencia de plan y mercado, donde «el mercado es un conjunto de relaciones económicas vinculadas con la realización de las mercancías, con el paso de las mismas desde los productores hasta los consumidores; un cambio mercantil organizado planificadamente, en interés del desarrollo proporcional de la economía nacional y de una satisfacción más plena de las necesidades sociales»³⁸ y puede contribuir al logro de una adecuada correspondencia entre las necesidades sociales y los recursos productivos, así como, servir de instrumento para coordinar la actividad económica de las empresas con las exigencias del Estado y de la población cuando se realiza de forma planificada.

Los debates sobre este tema están estrechamente relacionados con la adopción de modelos y los niveles de centralización y descentralización que deben considerarse idóneos³⁹.

³⁷ MACHADO RODRÍGUEZ, D., *Equidad, igualdad e igualitarismo: A propósito del VII congreso del PCC*. [http://api.ning.com:80/files/bGawF3RRkaeyZmyhdO7MaKftWIP8cacolNdptBhvnyzyEE8nMu2avaEdmylFiJXn7cNfB-MknvEyspo7ycGZ3*ngmtfgNZAI/RCBaez_Cubaloquevadeayerahoy.JPG](http://api.ning.com:80/files/bGawF3RRkaeyZmyhdO7MaKftWIP8cacolNdptBhvnyzyEE8nMu2avaEdmylFiJXn7cNfB-MknvEyspo7ycGZ3*ngmtfgNZAI/RCBaez_Cubaloquevadeayerahoy.JPG?width=560), consultado en agosto de 2015.

³⁸ BACHURIN A. V., *Métodos de dirección de la economía planificada*, Ed: Ciencias Sociales, La Habana, 1979, pp. 193-194.

³⁹ ODRIÓZOLA GUITART, J., «Plan y mercado: reflexiones sobre un debate no zanjado», en COBO ROURA, Narcizo et al. *Temas de Derecho Económico*, Ed: Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 60-83.

2.4. *La administración operativa de los bienes*

Como resultado del reconocimiento de la propiedad socialista (estatal en varias constituciones), como propiedad fundamental, y de la gestión de la misma casi de forma exclusiva por el Estado, se deriva la concepción de la administración estatal de la economía y la participación directa del Estado en la misma. La economía queda conformada constitucionalmente como un conjunto único, integrado por la producción social, la distribución y el intercambio, organizada conforme al principio de centralismo democrático, principio que se formula normativamente a partir de la combinación entre la dirección centralizada de la gestión económica y la iniciativa y autonomía de los eslabones de la base, a partir de la responsabilidad de los órganos y funcionarios estatales por las tareas encomendadas.

La Constitución de la URSS (1977), en su artículo tercero establecía que la organización y la actividad del Estado soviético se estructuraba centralizadamente; de la siguiente forma: electividad de todos los órganos de poder estatal de abajo arriba, deber de rendir cuentas al pueblo de su gestión, y obligatoriedad de las decisiones de los órganos superiores para los inferiores; subrayaba la importancia de la autogestión financiera para el desarrollo de la economía.

Como contenido esencial de la administración operativa de los bienes, el eslabón básico de producción a priorizar en el sistema de gestión de la economía nacional, es la empresa; regularidad objetiva de la economía socialista. La idea defendida al respecto por constitucionalistas y economistas, puede resumirse de la siguiente forma: «Indistintamente del número de eslabones y subsistemas que contenga el sistema de gestión de la producción, se prioriza como cualitativamente distinto a los demás a la empresa, eslabón donde se crean directamente los valores materiales, se prestan los servicios y donde el productor está vinculado con el consumidor, todo ello, sobre la base del resultado final del trabajo, que pasa a la esfera de la distribución y el intercambio»⁴⁰.

Las empresas y organizaciones utilizan directamente los bienes públicos bajo determinados derechos y deberes, en correspondencia con el lugar que ocupan en el sistema de la producción social. En particular el derecho de administración operativa incluye la facultad de poseer, usar y disponer de los bienes adscritos a las empresas y organizaciones en los términos que señala la ley. De la misma forma, se establece en la ley el contenido del derecho de administración operativa y las características esenciales del marco, dentro del cual se ejerce el mismo.

⁴⁰ Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS. Ob. cit, p. 158.

No obstante lo dicho, una de las formas jurídicas que expresan la compleja estructura de la propiedad del Estado socialista, es la separación de la responsabilidad del Estado y las empresas y organizaciones estatales, las que deben responder independientemente de sus obligaciones. En ese sentido, de conjunto con el estatuto de aprobación, el balance de la persona jurídica constituye un documento para definir la situación patrimonial y los resultados financieros de su actividad. El Estado obra como sujeto inmediato en esferas muy reducidas de relaciones de propiedad. La realización de los derechos y obligaciones en las relaciones de propiedad concierne a órganos que actúan en representación del Estado⁴¹.

A modo de ejemplo, en la ley constitucional de la Federación Checoslovaca, se establecían las competencias específicas del Estado según el ámbito concreto de las relaciones. En el caso de las empresas socialistas, la República tenía competencia para la regulación de las relaciones jurídicas, el procedimiento de las organizaciones económicas, los principios de la regulación de las Empresa cooperativas y menores; la regulación de las relaciones económicas entre las organizaciones socialistas; la regulación de la protección de la producción y del comercio, así como, de la participación de los consumidores, y en especial de la regulación de los derechos industriales, de la normalización, de la supervisión estatal y de la inspección estatal; así como, de los principios de la producción y de la explotación de la riqueza minera, (Art. 24).

Por su parte, la Constitución de la República Popular de Bulgaria, establecía en su artículo 17, la creación por el Estado de organizaciones económicas y de otros tipos, en ejercicio de su derecho de propiedad, y su participación en empresas estatal-cooperativas, a las que confiaba bienes para que los administraran, De igual manera el Estado podía en virtud de la normativa constitucional, conceder determinados bienes de su propiedad en concepto de usufructo a organizaciones cooperativas y sociales, así como a ciudadanos.

En ese contexto, la empresa estatal no pertenece a la colectividad de los trabajadores involucrados con la misma, sino a toda la sociedad, salvo algunas diferencias de la regulación constitucional yugoslava, que como se planteó, se mantuvo la misma concepción acerca de la propiedad, pero con peculiaridades importantes en torno al derecho de autogestión de los trabajadores a decidir acerca del ingreso económico de las empresas, en correspondencia con el trabajo y las obligaciones de las empresas con la comunidad social, sobre la base de que las libertades y la posición de los hombres dependían precisamente de ello.

⁴¹ JÁLFINA, Raisa: Ob. cit. pp. 55-62.

2.5. *Los derechos socioeconómicos y las políticas públicas*

Como consecuencia de relaciones jurídicas existentes entre los individuos y el Estado, es deber jurídico fundamental de este último, garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos del titular de la soberanía.

En Cuba, del análisis del primer artículo constitucional se infiere la obligatoriedad estatal de reconocer y garantizar los derechos individuales y sociales, toda vez que establece el mencionado artículo que el Estado se organiza para el disfrute de la libertad política, la justicia social y el bienestar individual y colectivo.

En cualquier país, la inclusión de los derechos en el texto constitucional ha de ser expresión del alcance soberano y resultado de conquistas democráticas. Por consiguiente, el ejercicio real de los derechos y su protección pueden considerarse directamente proporcionales a la legitimación del aparato estatal, en relación con derechos y deberes de sujetos jurídicos que, en plano de igualdad jurídica, tributan activamente al logro del consenso y estabilidad política de una sociedad.

Los contenidos económicos de la Constitución deben vincular el proyecto económico, las políticas económicas sociales y las disposiciones orgánicas en relación con las mismas. En ese sentido, las políticas públicas como formas de actuación de los poderes públicos que penetran en las relaciones económicas de producción y en las necesidades sociales, construyendo los grandes servicios públicos y organizando la economía, constituyen garantías materiales del ejercicio de los derechos ciudadanos.

En el caso particular que nos ocupa, los derechos socioeconómicos y culturales, con más fuerza que otros, requieren precisamente de las prestaciones positivas que debe brindar el Estado para garantizar trabajo digno, facilitar la salud, brindar educación, proteger y desarrollar el arte y la cultura, entre otros, generando obligaciones estatales de resultados y de conducta, para lo que cual se requiere una distribución de los recursos de forma equitativa.

Lo anterior se convierte en factor determinante del diseño constitucional de la economía socialista, vinculada al predominio de la propiedad estatal sobre otras formas de propiedad, en tanto, la distribución de los ingresos se debe corresponder con la calidad, cantidad y resultados del trabajo, a la vez que se garantice por parte del Estado, la seguridad social, la asistencia social y la protección, seguridad e higiene del trabajo, si se tiene en consideración que la satisfacción de los intereses materiales y espirituales de los individuos es junto a la propiedad socialista y la planificación de la economía, elementos constitutivos del modelo socialista.

De manera que este tipo de constituciones, por la esencia de la finalidad estatal que consagran, regulan la prevalencia en el modelo económico de las formas socialistas de distribución, a la vez que reconocen la responsabilidad

estatal en la garantía de la prestación de los servicios o la supervisión y control de los mismos, según sea el caso.

Uno de los derechos sociales que mejor ilustra el planteamiento anterior, es el derecho al trabajo. Veámoslo a partir de la regulación de la Constitución cubana de 1976, donde es regulado con una triple connotación: como derecho, como deber y como motivo de honor, en compañía del derecho al descanso retribuido, garantizado por la jornada laboral de 8 horas, el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas, la protección adecuada a todo trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad, así como a la familia, en caso de muerte del trabajador, mediante el sistema de Seguridad Social. De la misma forma, se garantiza la protección e higiene del trabajo, mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales.

Con el objetivo de consolidar y perfeccionar las regulaciones que garantizan la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes, derivados de la relación jurídico-laboral establecida entre los trabajadores y los empleadores, fortalecer los mecanismos para exigir una mayor disciplina y reafirmar la autoridad y responsabilidad de la administración, se promulgó la Ley n.º 116, Código de Trabajo que regula como principios fundamentales que rigen el derecho al trabajo, los siguientes: el trabajo es un derecho y un deber social del ciudadano, la igualdad en el trabajo; todo ciudadano en condiciones de trabajar tiene derecho a obtener un empleo atendiendo a las exigencias de la economía y a su elección, tanto en el sector estatal como no estatal; sin discriminación por el color de la piel, género, creencias religiosas, orientación sexual, origen territorial, discapacidad y cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana; igualdad en el salario; el trabajo se remunera sin discriminación de ningún tipo en correspondencia con los productos y servicios que genera, su calidad y el tiempo real trabajado, donde debe regir el principio de distribución socialista de cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo,

prohibición del trabajo infantil y la protección especial a los jóvenes que se incorporan al trabajo, con el fin de garantizar su desarrollo integral; el derecho de los trabajadores a la capacitación y superación, en las condiciones específicas que establece la legislación; el derecho de los trabajadores al descanso diario, semanal y de las vacaciones anuales pagadas; el derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo mediante la adopción de medidas para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; el derecho de los trabajadores y sus familias a recibir la protección de la seguridad social de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente; los derechos de trabajo y de seguridad social que se confieren a la trabajadora, para proteger su maternidad y facilitar su atención médica, el descanso pre y post natal y el cuidado de los hijos menores; el derecho de los trabajadores

a asociarse voluntariamente y constituir organizaciones sindicales, de conformidad con los principios unitarios fundacionales, sus estatutos y reglamentos que aprueban democráticamente; y actúan con apego a la ley y el derecho de los trabajadores a promover acciones ante los órganos, autoridades e instancias competentes, para el reconocimiento y cumplimiento de los derechos de trabajo y de seguridad social consagrados en la legislación.

La obligación del Estado entraña entonces el reconocimiento legal de los derechos, así como, la creación de garantías materiales y jurídicas que permitan el real ejercicio de los mismos.

3. EL MODELO SOCIALISTA DE EUROPA DEL ESTE. UN BREVE REPASO A ALGUNAS CAUSAS ECONÓMICAS DE SU DERRUMBE

Precisamente, en la misma medida que los fundamentos económicos analizados, le dan contenido y realización concreta al sistema socialista, su disfuncionalidad sistémica, unido a otros múltiples factores de diversa índole, bajo paradigmas dialécticos marxistas, incidieron en el derrumbe del modelo europeo.

Teniendo en cuenta la profundidad insuperable de su análisis sobre este tema, hemos tomado como guía y sistematizado ideas esenciales del profesor Julio Fernández Bulté⁴² para ofrecer algunas causas económicas del derrumbe del sistema socialista europeo, a saber:

La economía socialista evidenció enormes incapacidades para afrontar el desafío de igualar o superar a la economía capitalista. El llamado socialismo real procuró competir con el capitalismo ofreciendo a los hombres los mismos valores y hasta los mismos resultados del capitalismo, pretendiendo que además fueran para todos. Es socialismo se visualizó como el arte de socializar para todos la posibilidad de acceso a una vida burguesa y eso no es posible ni en el capitalismo, ni en el socialismo, para todos.

Aunque lograr la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, requería de una previa estatalización de esa propiedad; se confundió en la realización práctica socialista, socialización con estatalización. No se alcanzó la sustitución de la propiedad privada capitalista, por la propiedad social, como fue concebido por los clásicos del marxismo.

Existió una altísima centralización burocrática de la disposición sobre la propiedad socialista, en conjunción, con otro fenómeno, evidentemente contradictorio, a partir del cual existía un sentimiento popular de no-propiedad,

⁴² FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho*. Tomo I. Ed: Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 169-184.

o de que nada es propiedad de nadie, que produjo una fuerte alienación de las masas en su relación con la propiedad estatal.

Como elementos concurrentes se dio una planificación altamente centralizada y burocrática y la ineficiencia en el aparato de gestión, que no obtenía intereses directos en el resultado de la producción.

Se evidenció falta de mecanismos de estimulación que sirvieran de palanca, micro y macroeconómica, a la producción y a los servicios.

Estas inconsecuencias del modelo económico no pueden desligarse de su unidad dialéctica con su manifestación política, es decir, con la forma en que se organizó ese Estado que debía propender –después de ser el propietario de los medios fundamentales de producción– a que esa propiedad se convirtiera en propiedad social de todo el pueblo.

La situación de hostigamiento y bloqueo que tuvieron que enfrentar, producto entre otros factores, de la guerra fría, obligaron a la centralización y fortalecimiento del Estado y con ello a que se anularan en gran medida, las iniciativas y la capacidad de autenticidad política de grandes sectores de la sociedad civil. No hubo verdadera participación y se creó un divorcio entre la dirección política y estatal y las masas. No se vertebraron las esenciales libertades individuales, las aspiraciones subjetivas de la ciudadanía, ni se engarzaron coherentemente con un proyecto social absorbente.

De los elementos anteriores, puede deducirse, que el socialismo científico tal cual lo postularon los clásicos del marxismo, nunca ha sido refutado, ni fracasó en Europa del este. Es evidente que allí en el socialismo real, naufragó una adulteración del ideario del marxismo.

De hecho el discurso podría ser totalmente contrario: los adelantos, logros y conquistas sorprendentes de los países socialistas de Europa del este, se alcanzaron casi a pesar del modelo exclusivamente económico, apoyándose en otras cualidades del sistema, como sus fundamentos políticos, éticos y la formación de nuevos valores morales, pero no precisamente en los propios resortes económicos constitucionalizados.

ENGELS, lo había analizado: «El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y sobre su base económica. No es que la situación económica sea la causa, lo único activo, y todo lo demás, efectos puramente pasivos. Hay un juego de acciones y reacciones, sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, en última instancia»⁴³.

⁴³ ENGELS, F., Carta a W. Borgius en Breslau, de 25 de enero de 1894, Revista Der Sozialistische Akademiker, *Obras escogidas*, tomo III, Ed. Progreso, Moscú, 1980, p. 284. De igual forma, la carta de Engels a J. Bloch, *Obras escogidas en dos tomos*, tomo II, Ed. Progreso, Moscú, 1971, p. 490.

Evidentemente, se hizo depender la construcción socialista, de la realización económica y se minimizó la importancia de los seres humanos y la creación de instituciones y mecanismos que le permitieran al ciudadano auto transformarse.

4. PARTICULARIDADES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ECONOMÍA EN LA REPÚBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM

Al comparar los textos constitucionales vietnamitas de 1959⁴⁴ y de 1992⁴⁵, puede apreciarse dentro de marcos socialistas expresamente declarados, un replanteamiento de los contenidos económicos de la Constitución en el último de ellos, que acentúan el carácter atípico de los postulados constitucionales en relación con el resto de las constituciones socialistas de Europa del Este.

No obstante, la propiedad estatal de todo el pueblo o propiedad estatal desempeñar el papel dirigente en la economía, desde la promulgación del texto de 1959, convivieron esta forma de propiedad y los intereses colectivos de las masas trabajadoras, con formas privadas de propiedad de los medios de producción, lo mismo por parte de artesanos y otros trabajadores individuales, que de capitalistas nacionales reconocidos expresamente, siempre que esta forma de propiedad no fuera usada para desorganizar la vida económica de la nación o para sabotear los planes económicos del Estado.

En la Constitución de 1992, el Estado promueve una economía mercantil bajo la administración del Estado y siguiendo una orientación socialista, con la liberación de todo el potencial productivo, el desarrollo de todas las posibilidades latentes de todos los componentes de la economía —el sector estatal, el sector colectivo, el sector privado individual, el sector capitalista privado y el sector capitalista del Estado en diversas formas— empujando con la construcción de las bases materiales y técnicas, la ampliación de la cooperación económica, científica, técnica, las relaciones con los mercados mundiales. (Art.15 y 16). Mientras el Estado ejerce la gestión única de las tierras, de acuerdo con la planificación física y las leyes, asegurando su uso justo y eficaz, (Art. 18).

Se promueve la economía familiar y la economía colectiva a expensas de los recursos financieros y físicos de los ciudadanos, destinados a la coopera-

⁴⁴ Constitución de la República Democrática de Viet-Nam, 31 de diciembre de 1959, s/e, s/f, s/l.

⁴⁵ Constitución de Viet-Nam, 1992. http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=183902 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO), consultado el día 5 de julio de 2015.

ción de la producción y a operaciones comerciales, las que son promovidas para su desarrollo. El Estado facilita la consolidación y ampliación de las cooperativas eficientes.

No existen límites para que los sectores capitalistas individuales y privados, puedan seleccionar su forma de producción y comercialización y crear empresas en las ramas y profesiones beneficiosas para la vida económica del país. (Art. 21).

Resulta de trascendental interés que los ciudadanos puedan participar de forma directa como propietarios, en los asuntos del Estado y se regule expresamente la responsabilidad ciudadana en la protección de los bienes colectivos, derechos e intereses legítimos, en la preservación de la seguridad nacional, el orden y la seguridad social, y en la organización de la vida comunitaria.

Un programa sistemático de reforma económica, que se inició en 1986 y que se conoció con el nombre de *doimoi* ('Renovación Vietnamita'), impulsó la competencia, la apertura del mercado y la inversión extranjera, con el objetivo de restablecer la prosperidad económica y de emular a las economías con fuerte crecimiento de Asia. Vietnam se ha convertido en la segunda economía de más rápido crecimiento de Asia después de China, con una media del 6,9% de alza en el último quinquenio⁴⁶.

5. CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONALES ESENCIALES DEL MODELO ECONÓMICO⁴⁷ CUBANO

La Constitución cubana regula los contenidos correspondientes a la constitución económica de manera difusa⁴⁸: Se incluyen en algunos artículos dispersos por el texto, principalmente como parte del capítulo I, sobre los

⁴⁶ PIB de Vietnam 2015 consultado el 2 de julio de 2015 www.datosmacro.com/pib/vietnam.

⁴⁷ En su aplicación al campo de la economía, un modelo es «una construcción del pensamiento que ilustra de manera simplificada el funcionamiento o el desarrollo de la economía nacional o de una parte de esta». DREWNOWSKI, J., *Pequeño diccionario económico*, Polgos, Varsovia, 1958. «El término de modelo económico se emplea para expresar de forma sintética los principios, el modo de funcionamiento y los mecanismos de gestión de un sistema económico. Así, por ejemplo, se habla de capitalismo de libre competencia, o de capitalismo monopólico; de planificación material centralizada, etc.». GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, A., *Plan y mercado aspectos estratégicos en el perfeccionamiento del modelo de planificación*. Cuba: Investigación Económica n.º 3 Julio – Septiembre 2000, p. 3.

⁴⁸ Las constituciones revolucionarias de América Latina con vocación social, le destinan un espacio específico a los contenidos económicos. (Capítulo IV, Soberanía económica, Constitución de la República de Ecuador, 20 de octubre de 2008); (Título VI del Sistema Socioeconómico, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

«Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado», así como, en el Preámbulo, donde se regulan algunos elementos esenciales que fundamentan el proyecto económico del Estado.

En Cuba el proyecto económico constitucionalmente trazado, es la comunión de aspectos políticos e ideológicos. La Constitución otorga los límites fronterizos al marco de actuación y define los principios para la concreción de los objetivos del socialismo y del sistema político y social revolucionario establecido en la Constitución, con el propósito de garantizar su sostenibilidad. Este elemento le concede cierta rigidez al sistema económico, en tanto el socialismo que es su plataforma, a partir de la reforma constitucional del año 2002 resultó consagrado como irrevocable. De manera, que sus posibles modificaciones estarán condicionadas a la expresión del contenido específico atribuible al socialismo mismo.

El texto constitucional regula reglas de intervención específicas, autoriza y legitima acciones de los entes administrativos, que pueden traducirse en limitaciones para los individuos, cuestión que constituye expresión inmediata de todos los valores que fundamentan al régimen desde una perspectiva iusfilosófica⁴⁹.

A diferencia de otros modelos constitucionales, la Constitución cubana después de la reforma constitucional del año 1992, posibilita el desarrollo de actividades privadas para que actores no estatales, sean colectivos o individuales, ejerzan la iniciativa económica sobre la base de los fundamentos marxistas de la propiedad individual y de los principios del sistema político socialista, sustentado en el principio de complementariedad: el Estado mantiene su rol de actor principal de la economía, traza los postulados y estrategias en su conducción, encauza las acciones de todos al cumplimiento de sus objetivos en aras de garantizar el bienestar común; en armonía con otros sujetos quienes, con su participación en la gestión económica, deben colaborar en imprimirle mayor eficiencia y eficacia al socialismo.

El régimen económico resulta específicamente asentado a partir de los principios y valores que consagra el artículo 1 constitucional⁵⁰, ya mencionado, al establecer que el Estado es socialista y prescribir como sus objetivos, el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana. Con la misma delineación principista la Constitución consagra el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción, la

⁴⁹ PÉREZ MARTÍNEZ, Y., *Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en Cuba*. La Habana, 2014, p. 93.

⁵⁰ Constitución de la República de Cuba de 1976, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Especial No. 2, de 24 de febrero de 1976. Ley de Reforma Constitucional, de 12 de julio de 1992, *Gaceta Oficial de la República* No.6, de 13 de julio de 1992.

distribución socialista «de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo», la supresión de la explotación del hombre por el hombre, así como, la regulación de supremacía del interés público frente al interés privado en las relaciones económicas.

Sobre la base de una orientación ideológica definida, la Constitución promueve la intervención del Estado en la economía con carácter regulador, planificador y controlador de la actividad económica, reservándose la prestación de determinados servicios y los principales instrumentos de fomento para impulsar el desarrollo del país. La enumeración de los bienes que conforman el patrimonio público (Art. 15) constituye, entre otras, un reflejo de la proyección intervencionista del Estado en la actividad económica, con el objetivo de garantizar las condiciones que propicien la realización del principio de igualdad (Art. 44) y promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país (Art. 16).

Por definición constitucional, el Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo y puede crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por normas infraconstitucionales. (Art. 17).

La Constitución le atribuye al Estado la función de organizar, dirigir y controlar la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país; administrar directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley, así como, dirigir y controlar el comercio exterior (Arts. 16, 17 y 18c).

La Constitución cubana reguló varias instituciones inspiradas en los postulados reconocidos por otras constituciones socialistas, de todas, fue la propiedad una de las que recibió mayor influencia. Constitucionalmente la propiedad es reconocida como parte integrante de los fundamentos políticos, sociales y económicos. No se regula expresamente como derecho, aunque, en algunas de las modalidades reguladas, es ineludible inferir esa condición.

Se reconocen en la Constitución, de forma expresa, seis formas de propiedad además de la propiedad estatal socialista; la propiedad de los agricultores pequeños sobre las tierras que legalmente les pertenecen y los demás bienes inmuebles y muebles que les resulten necesarios para la explotación a que se dedican, la propiedad de las cooperativas de producción agropecuaria, la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás

bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona, la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley y la propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales sobre los bienes destinados al cumplimiento de sus fines.

Se destaca la propiedad estatal socialista, regulada en el Art. 14 constitucional que le confiere la plataforma socialista al régimen socio-económico cubano. Está conformada por los bienes colectivos que integran el patrimonio del Estado para garantizarlos intereses primordiales de la comunidad en su conjunto. Por su carácter colectivo y socializador pueden ser reconocidas también como propiedad de contenido socialista, los tipos de propiedad regulados como, propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales y propiedad cooperativa.

Las organizaciones políticas, de masas y sociales son consideradas sujetos de relaciones jurídicas y en ese sentido, poseen patrimonio propio, determinado éste por los estatutos o reglamentos que establecen los fines que se proponen y que se cumplimentan con sus bienes, únicos sobre los que tienen el derecho de propiedad.

Por su parte, la propiedad cooperativa recae sobre los bienes que sus miembros aportan, constituye una forma de colectivización que destina su producción no sólo al beneficio de los cooperativistas, sino también al desarrollo de la producción. En la constitución esta forma de propiedad quedó reservada de forma exclusiva a la cooperativización agrícola, imposibilitando que esta forma asociativa expandiera todas sus posibilidades en la vida social del país. En la actualidad sin reconocimiento constitucional aun, se regula para distintas modalidades, por otras disposiciones normativas⁵¹ como una forma avanzada y eficiente de producción socialista.

En la regulación del artículo 21 de la Constitución cubana confluyen la concepción soviética de la propiedad personal, reducida al ámbito del consumo, y la noción marxista de propiedad individual sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, vinculado a la producción o la prestación de servicios.

La Constitución cubana de 1976 proscribió la propiedad privada sobre los medios de producción, excepto los poseídos por los pequeños agricultores y un sector de transportistas individuales. Con la reforma de 1992, sin reconocimiento expreso, la propiedad privada individual sobre medios de producción, recibe un reconocimiento elíptico⁵² en el artículo 15al admitirse, en el

⁵¹ Decreto Ley n.º 305 del Consejo de Estado, de 15 de noviembre de 2012. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, n.º 53, año 2012.

⁵² AZCUY, H., *Análisis de la Constitución cubana y otros ensayos*, Ed: Ruth Casa, La Habana, 2010, p. 51.

párrafo segundo, que los bienes socialistas pueden transmitirse a personas naturales o jurídicas –tal título de transmisión sólo puede ser el de propietario privado individual–, categoría que hay que considerar a partir de aquí como constitucionalmente reconocida. El propio párrafo consigna el carácter excepcional en cuanto a la transmisión de estos bienes a personas naturales y jurídicas, y los requisitos establecidos para ello, reafirmando que la irreversibilidad, no fue eliminada de manera absoluta, se tradujo en excepcionalidad, conforme a los términos del nuevo artículo 15.

La Constitución cubana reformada en 1992, regula como otra forma de propiedad, la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones extranjeras que se constituyen con acuerdo a la ley, con el objetivo de fundamentar jurídicamente la inversión extranjera en la economía nacional, luego del derrumbe del campo socialista y la crisis económica en la que se vio envuelta el país.

A partir de la reforma constitucional de 1992, con el reconocimiento del carácter reversible de la propiedad estatal (artículo 15) y la inserción de la propiedad de las empresas mixtas (artículo 23), cobran mayor fuerza las relaciones monetario mercantiles, mientras se abren nuevas interrogantes para las relaciones de planificación, las que no deben manifestarse igual ante sujetos y sectores que responden a formas de propiedad distinta. La planificación como mecanismo rector de la dirección económica se reorienta, desaparece el Plan Único de Desarrollo Económico Social y se transita hacia niveles importantes de descentralización de la planificación.

En la actualidad, se experimenta una heterogenización social, tendencia que se deriva principalmente del surgimiento de un sector reconocido como informal, donde aparecen como nuevas figuras: los propietarios-empleadores, pequeños propietarios de negocios de restaurantes y cafeterías, de talleres de reparación de automóviles, y otros, vinculados con formas de propiedad diferentes. En consecuencia con ello, el sector laboral se ha dividido entre los que se vinculan laboralmente con los sectores habituales y los que trabajan en los sectores emergentes, estos últimos, con nuevos métodos de estimulación del trabajo, que suponen ventajas materiales, monetarias o de otro tipo.

6. ALGUNAS LÍNEAS PARA LA REFLEXIÓN EN POS DEL PERFECCIONAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CUBANA

El Sistema económico cubano tiene formulación constitucional socialista en cualquiera de los ámbitos objeto de análisis, en la esfera económica, en tanto, la propiedad socialista prevalece sobre otras formas de propiedad, se establece la administración estatal de forma directa sobre los bienes que integran la propiedad socialista, se regula la creación de empresas estatales y la dirección y control del comercio exterior, asentado en los principios de regu-

lación, planificación y control estatal centralizado de los medios de producción y de la actividad económica. En el ámbito político social, al regularse como garantías materiales del modelo económico, que la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado (Art. 3). Todo ello fundamentado en los valores y principios de justicia social, de igualdad, el bienestar individual y colectivo, la libertad política, la solidaridad humana, la legalidad y la democracia socialistas (Arts. 1, 3, 10, 66y 68).

El texto Constitucional sometido a la dinámica de la vida no puede enmarcarse en normas estáticas e invariables dado que la realidad es siempre cambiante; debe existir coherencia entre las normas constitucionales, la realidad y la legislación complementaria, la cual desarrolla y viabiliza la realización de los mandatos constitucionales en la vida social. Cuba se encuentra en un momento de reformas administrativas y actualización de su modelo económico, guiadas por los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el VI Congreso del PCC de abril de 2011.

En el proceso de actualización del modelo económico cubano, se abre un espacio de reconfiguración de la relación Estado-Derecho y Economía, en el que los conceptos jurídicos irrumpen en el debate económico de forma protagónica. En ese sentido se impone como tema estratégico, reflexionar sobre el indispensable proceso de reforma constitucional e identificar al menos en líneas generales algunos aspectos conceptuales a repensar en materia de constitución económica, que combinen la propiedad social de los medios de producción, la producción social organizada por los trabajadores con el objetivo de satisfacer necesidades individuales y colectivas; locales y nacionales.

1. ¿Será viable reconocer constitucionalmente distintos tipos de propiedad, (6 tipos), de acuerdo a los titulares de las mismas, o resulta más conveniente calificar la propiedad a partir de los diferentes regímenes jurídicos aplicables? En la actualidad confluyen en un mismo espacio, bajo el régimen de derecho público, dos regímenes de propiedad diferentes.
2. El sector emergente requiere regulación constitucional expresa, reconocimiento que puede dirigirse en función del fomento y promoción de la actividad económica de carácter privada que realiza con interés público, en tanto constituye una fuente de empleo y de generación de riquezas para toda la sociedad.
3. La Constitución indistintamente denomina el tipo de propiedad fundamental, como propiedad socialista de todo el pueblo (Art. 14) y propiedad estatal socialista de todo el pueblo (Art. 15). Se impone concertar el lenguaje teniendo en cuenta el contenido esencial a garantizar y el alcance atribuible a la mencionada forma de propiedad, que en nuestra consideración debe convocar al reconocimiento de la propie-

dad como «propiedad social», reflejo de una mayor profundización democrática.

4. Al amparo del socialismo, pueden coexistir diferentes formas de propiedad. Lo que debe quedar claramente definido, es la responsabilidad del Estado con el control, supervisión y fiscalización de los agentes (estatales y no estatales) que desarrollan su actividad en la sociedad, con el objetivo de ordenar las relaciones socioeconómicas.
5. A través del proceso de planificación habrá que potenciar la producción de alimentos y asegurar el dinamismo necesario de los sectores que pueden incrementar la riqueza económica del país: la industria, la energía y el turismo, entre otros⁵³. La planificación en este nuevo contexto debe sustituir sus caracteres burocráticos por otros de esencia más democrática y articularse con el mercado.
«La sociedad a través del Estado revolucionario y de la participación social real debe solucionar paso a paso en función de mantener regulada la acción del mercado, las contradicciones entre la propiedad social y la privada, el mercado y la planificación, el interés individual y el interés social, el interés nacional y el del capital de las transnacionales, contradicciones que pueden y deben convertirse en oportunidades para superar social y políticamente al mercado»⁵⁴.
6. No consideramos que la cooperativa deba ser entendida como una forma de propiedad. De esa manera se reduce su naturaleza jurídica al patrimonio que administra. Las cooperativas son entes asociativos que deberán extender su regulación constitucional a otros sectores y formas de gestión.
7. Hoy día, el país está inmerso en cambios profundos, estratégicos, endógenos, del sistema económico. En materia de constitución económica algunos de los temas más trascendentales a debate, pudieran ser: la necesidad de regular la descentralización de las empresas estatales, la legalización de la pequeña y mediana empresa, potenciar espacios asociativos empresariales y territoriales (cooperativas, asociaciones municipales, la iniciativa privada, etc.), la cogestión y participación obrera, tendentes a reforzar proyectos sociales, y alcanzar una efectiva autonomía territorial, sobre la base de valores y alternativas más populares. Se requerirá una distribución de competencias con perspectiva descentralizadora, donde especialmente con vistas al control, pueda identificarse y exigirse la responsabilidad concreta, a la par que se garantice el control popular efectivo de la gestión pública.

⁵³ AA.VV., *Aprendiendo economía en Cuba...* Ob. cit. p. 19.

⁵⁴ MACHADO RODRÍGUEZ, D., Ob. cit.

A nivel local el desarrollo debe partir de su potencial endógeno en función de las necesidades y características propias de cada localidad, y de principios como la auto organización, la autogestión y el autofinanciamiento, sobre bases jurídicas, económicas y políticas coherentemente definidas.

8. Es necesario diferenciar las funciones públicas de las puramente económicas, para lo cual se requeriría deslindar el régimen jurídico relacionado con la administración estatal directa, del aplicable a las empresas estatales.
9. Teniendo en cuenta que la normativa vigente establece la obligación de todos a contribuir con los gastos públicos, en tanto el tributo constituye un instrumento de política económica general y ha de responder a las exigencias del desarrollo económico y social del país, resulta indispensable, en pos de la coherencia del ordenamiento jurídico, regular de forma expresa en la Ley Fundamental⁵⁵, el deber de tributar sobre la base de los principios de generalidad, equidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, en correspondencia con los principios de justicia social e igualdad, de manera que se estimule el trabajo y la producción. Igualmente puede ser pertinente reconocer los fines de los tributos: recaudatorio y extrafiscal.
10. En la actualidad no están instrumentados mecanismos judiciales especiales para la protección de los derechos constitucionales. Regular soluciones a este fenómeno, tiene un impacto social que trasciende el ámbito jurídico en tanto responde a una necesidad social y al correcto funcionamiento del sistema político jurídico del país. Propiciar vías para la defensa de los derechos, constituye un instrumento de credibilidad y confianza en las estructuras estatales y políticas en la búsqueda de hegemonía, fortalezas y auto reproducción del sistema político.

En un contexto como el cubano, es difícil concretar dónde y en cuáles magnitudes sería permisible la desigualdad, cuán justificable pudiera ser, no solo económicamente, sino también jurídica y éticamente, dimensiones para las cuales no puede encontrar sustento. Resulta imprescindible definir el contenido y alcance del concepto de seguridad social básica. La seguridad social básica se refiere no solo al pago de las jubilaciones, la protección de las personas con discapacidad, la protección de la maternidad, la protección laboral, los ancianos sin amparo filial, los grupos vulnerables, sino también a los

⁵⁵ Estos fines y algunos de los principios se encuentran positivados en la Ley 113, pero su constitucionalización es algo importante.

subsidios que se consideren necesarios y posibles en el terreno del suministro de agua, de electricidad, de alimentos básicos, de las medicinas, etc. y a las formas de organizar y canalizar ese subsidio⁵⁶.

El desafío político social de base, permanece centrado en cómo perfeccionar el modelo económico, de manera que resulte más justo, eficiente y participativo, sin renunciar a las conquistas sociales alcanzadas, y multiplicar a su vez en las nuevas generaciones, el compromiso con el modelo socialista. En correspondencia con ello, la prestación de los «servicios públicos básicos» debe garantizarse sobre la base de los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad, reduciéndose al mínimo las distorsiones del mercado, si se prestaren de forma compartida, aunque, desde nuestro punto de vista, su garantía más esencial continúa siendo la permanencia de los mismos bajo un régimen de Derecho público de control y regulación.

Desde esta perspectiva, reconocer y promover formas no estatales en la gestión económica⁵⁷ constituye un cambio de paradigma en la concepción sistémica socialista, pues exterioriza la necesidad de articular, componer y encauzar a sujetos con intereses disímiles, incorporar al ciudadano a la construcción de la realidad social, de manera que se socialice el poder y la economía.

7. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA SOCIALISTA EN EL SIGLO XXI

El Socialismo del siglo XXI es concebido constitucionalmente⁵⁸ como un sistema de organización social, política, normativa, económica y cultural que busca la libertad y la justicia, armonizando para ello los recursos materiales, institucionales e intelectuales de la sociedad, con el objeto de conseguir la igualdad de capacidades personales, la libertad de individuos y colectivos, la solidaridad entre los miembros de la comunidad, el respeto medioambiental,

⁵⁶ «En el socialismo, el criterio determinante para la distribución, fuera de la educación, la atención médica y la seguridad social básica, tiene que ser el aporte individual a la sociedad, es decir, la cantidad y calidad del trabajo que cada quien haga. De igual modo, la sociedad en su conjunto desarrollará sus capacidades y dispondrá de recursos y riquezas en dependencia de la capacidad y posibilidades de producción de sus integrantes.» *Firmeza de principios y cambio de mentalidad*, MACHADO RODRÍGUEZ, D., Periódico Granma, 19 de Marzo de 1994, p. 3.

⁵⁷ Lineamiento de la política económica y social del Partido y la Revolución. VI Congreso del PCC, aprobado el 18 de abril de 2011, n.º 2 del Modelo de Gestión Económica., p. 10.

⁵⁸ MONEDERO, J. C., «Socialismos en el siglo XXI. La experiencia de América Latina», en CORAGGIO, J. L.; LAVILLE, J.-L., *Reinventar la izquierda en el siglo XXI. Hacia un diálogo Norte-Sur*, Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, 2014, p. 223.

la paz entre las naciones y la defensa de la identidad de los pueblos; un modo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral, para lo cual es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todos posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familia, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos sociales, políticos y culturales⁵⁹.

En Venezuela, al igual que en otros países de América Latina, se han producido cambios para transformar el panorama político, económico e institucional, con destacada impronta constitucional. Muchos de los cambios se han dirigido hacia la democratización y descentralización del Estado con el objetivo de crear una relación de nuevo tipo entre el Estado y la Sociedad Civil, en el ámbito nacional regional y, sobre todo en el local. Esta transformación no está solamente dirigida a que el Estado reduzca su tamaño, ni a que los ciudadanos asuman responsabilidades propias de él; busca especialmente, profundizar en la conciencia sobre sus derechos ciudadanos, a la vez que aspira también a dotar, de legitimidad a las instituciones públicas.

Al respecto SEN subraya, que en el mundo de hoy existen dos maneras de percibir el desarrollo. Aquella que lo considera como un proceso esencialmente económico, una expansión acelerada y sostenida del Producto Interno Bruto per cápita, posiblemente con el requisito de que los frutos de esa expansión lleguen a todos los sectores de la población. En contraste, otra noción que lo considera como un proceso que enriquece la libertad real de los involucrados en la búsqueda de sus propios valores y cuya característica esencial es la expansión de la capacidad humana⁶⁰.

Precisamente, luego de la promulgación en 1999 de la Constitución en la República Bolivariana de Venezuela quedó consagrado un nuevo paradigma de conceptualización, organización y funcionamiento del Estado, el cual consecuentemente determina un cambio en los mecanismos de gestión de los asuntos públicos. Se reconoce, que no es posible resolver los problemas del desarrollo, ni aprovechar sus oportunidades, sin la participación, el compro-

⁵⁹ Ley Orgánica del Poder Popular, artículo 8 numeral 14; Ley de la Comunas (Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21-12-2010); Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno artículo 3 (Gaceta Oficial N° 39.416 de fecha 14 de mayo de 2010). Todas ellas referentes a la definición de Socialismo.

⁶⁰ LINARES, C., «Centralidad de la cultura en las dinámicas de transformación local», en GUZÓN CAMPORREDONDO, A., *Desarrollo Local en Cuba. Retos y perspectivas*, Ed: Academia, La Habana, 2006, pp. 112 y 113.

miso y la corresponsabilidad de la Sociedad Civil. De esta forma, la eficacia en la acción del Estado depende en buena parte, del empuje con que actúen las organizaciones de la sociedad civil, para que los ciudadanos ejerzan sus derechos y cumplan con sus responsabilidades.

Por consiguiente, la Carta Magna de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referéndum popular el 15 de diciembre de 1999⁶¹, define un nuevo modelo de las relaciones Estado – sociedad, fundamentado en una democracia participativa y descentralizada, tal como se señala en los artículos constitucionales 4 y 6: «La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

El sistema económico diseñado constitucionalmente en la República Bolivariana de Venezuela recibe una definición flexible, de carácter mixto, que económicamente pretende equilibrar los intereses estatales (en representación de la sociedad) con el mercado, consagrándose principios de justicia social, eficiencia, democracia, libre de competencia e iniciativa, defensa del ambiente, productividad y solidaridad, que sientan las bases de una economía de respeto a la acción individual, donde el Estado tiene un papel fundamental como regulador de la economía (Art. 299).

La Constitución de 1999 prevé la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la consecución de los valores supremos. A los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales se han creado nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades.

La corresponsabilidad es un principio sugerente y novedoso que incorpora en su seno el texto constitucional. Parte del rompimiento de la clásica dicotomía liberal Estado-sociedad civil. La esfera pública no se circunscribe exclusivamente a la burocracia del Estado, pues allí se involucra directamente la sociedad organizada. La responsabilidad por los asuntos públicos no atañe exclusivamente al Estado, pues afecta a todos. No pueden atenderse ni resolverse sólo con las instituciones del Estado, pues exigen la participación organizada de la sociedad⁶².

⁶¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela GO n.º 5 extraordinario, 24 de marzo de 2000.

⁶² COMBELLAS R., *La Constitución de 1999 y la reforma política: implicaciones para la gobernabilidad democrática*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002.

En este sentido Juan Carlos MONEDERO considera, que el socialismo no puede construirse solo desde el Estado, y mucho menos desde el Estado burgués; la abolición de toda la propiedad privada es igualmente, tras cinco siglos de capitalismo, una simpleza que condena al estrangulamiento económico. Por último, la separación entre socialismo científico y socialismo utópico hurtó a la izquierda aquellos aspectos de la vida humana (curiosamente, los más gratificantes) que, por no ser materiales (amor, amistad, armonía, empatía, etc.), quedaron fuera de foco y fueron tirados por la borda. De cualquier forma, el socialismo del siglo XXI lo es porque se sitúa de manera clara y definida contra el capitalismo y la explotación que conlleva, incorporando a la transformación cualquier tipo de dominación⁶³.

8. CONSIDERACIONES FINALES

La Unión Soviética, paradigma histórico para el resto de los países socialistas, en su concepción de socialismo real y Estado de todo el pueblo, se desvió a la larga, respecto al auténtico socialismo, abandonó en la práctica ideas muy arraigadas en la tradición marxista-leninista, el modelo en su realización práctica fue según opinión de TROTSKY⁶⁴ un Estado obrero con deformaciones burocráticas.

En las diferentes etapas y contextos constitucionales particulares, se revelan contenidos específicos en la unidad dialéctica propiedad social-propiedad individual. Aunque continúa siendo determinante para la base económica socialista la constitucionalización del papel rector del Estado en la economía, a través de su intervención directa y el protagonismo de la propiedad socialista, es imprescindible la búsqueda de respuestas en función de cada construcción socialista particular, en correspondencia con las condiciones histórico-concretas que se deben razonar para elucidar las particularidades del fenómeno⁶⁵.

⁶³ MONEDERO, Juan Carlos, Ob. cit.: p. 227.

⁶⁴ TROTSKY, L., *La revolución traicionada: ¿qué es y adónde va la URSS?*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2001, p. 82.

⁶⁵ Reputar como ciencia sabida al socialismo constituyó un equívoco reconocido: «Una conclusión que he sacado al cabo de muchos años: entre los muchos errores que hemos cometido todos, el más importante error era creer que alguien sabía de socialismo, o que alguien sabía de cómo se construye el socialismo». CASTRO RUZ, F., Discurso pronunciado en el acto por el aniversario 60 de su ingreso a la universidad, efectuado en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, el 17 de noviembre de 2005. Versiones Taquigráficas-Consejo de Estado. Disponible: <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/2005/esp/fl171105e.html> Transcurridos cinco años, el líder de la Revolución cubana reiteró la idea. CASTRO RUZ, Fidel: Mensaje a los estudiantes, 17 de noviembre de 2010. Disponible: <http://www.cuba.cu/gobierno/reflexiones/2010/esp/m171110e.html>. En va-

Las Constituciones económicas socialistas, a tenor con los fundamentos marxistas, convocan a través de la formalidad técnico-legislativas a solucionar las contradicciones que se generan entre los procesos de enajenación y emancipación; entre los intereses colectivos y los privados. Muchas no lograron su realización plena en la dialéctica objetiva del proceso de producción –apropiación– reproducción de la vida social por los individuos. Los trabajadores debían de haber estado a la vanguardia del progreso social, como protagonistas del proceso productivo en su planificación, organización y ejecución.

En las constituciones, –sin dejar de ser socialistas por ello–, pueden coexistir, diferentes formas de propiedad. Su realización es posible, apegados a los fundamentos marxistas, condicionada a los requerimientos propios de la intervención estatal, de manera que sea posible ordenar las relaciones sociales de producción con criterios socialistas. El Estado debe ser responsable del control, supervisión y fiscalización de los agentes no estatales que desarrollan su actividad en la sociedad; a partir de la armonización de intereses entre el sector público y la esfera privada.

«Para alcanzar armonía entre el sector público y la esfera privada dentro de los marcos del sistema socioeconómico cubano, es necesario que los diferentes sujetos que producen y se apropian en la sociedad, contribuyan directamente a la socialización de la riqueza obtenida en un ámbito de descentralización política-administrativa, donde se conjugue la intervención del Estado con la participación ciudadana»⁶⁶.

Los fundamentos marxistas del constitucionalismo socialista propenden a una lógica aún no alcanzada, en la que la dialéctica producción-distribución-consumo se caracterice por la propiedad social de los medios de producción, (diferente a la propiedad estatal) y la producción social se organice por los trabajadores, con el objetivo de alcanzar el disfrute individual y colectivo, –una democracia profunda⁶⁷–, en la cual se incremente la capacidad de las personas de autogestionarse democráticamente, a través de mecanismos participativos –medios necesarios– para alcanzar el compromiso que asegure realmente, el protagonismo de los trabajadores, y el desarrollo consciente de una sociedad civil socialista.

rias ocasiones, el actual presidente del Consejo de Estado de la República de Cuba, volvió sobre aquellas palabras para significar su vigencia. CASTRO RUZ, R., Discurso pronunciado en las conclusiones de la primera sesión ordinaria de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Palacio de las Convenciones, La Habana, 11 de julio de 2008. Disponible: <http://www.cuba.cu/gobierno/rauldiscursos/2008/esp/r110708e.html>. Todos ellos consultados el 2 de diciembre de 2013.

⁶⁶ PÉREZ MARTÍNEZ, Y., Ob. cit.: p. 140.

⁶⁷ LEBOWITZ, M., *El socialismo no cae del cielo. Un nuevo comienzo*. Ed: Ciencias Sociales, La Habana, 2009.

Es preciso ubicar en perspectiva política los cambios económicos en curso. Ese pensamiento que postula: «resolver primero el tema económico y después ver lo político» contiene la ingenuidad de separar la economía de la política. La única garantía de poder aspirar a mantener una orientación socialista de la economía radica en el predominio de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción y servicios, una legalidad que lo ampare y un Estado que la articule eficientemente, junto con una regulación colectiva de los trabajadores en cada unidad productiva o de servicios. Todo ello con el correlato ideológico de la actividad política y cultural que postule y promueva los valores humanistas del socialismo⁶⁸.

TITLE: The Socialist Constitution and economic fundamentals

RESUMEN: Existe una relación dialéctica y compleja muy estrecha, entre política, Derecho y economía, elementos que se articulan en distintos modelos como alternativas diferentes del ejercicio económico. La naturaleza de la economía que diseña el sistema socialista demanda la integración del Derecho a la vida económica. En ese contexto, los postulados de tipo socialista se caracterizan por la regulación, planificación y control central de la actividad económica, la existencia de decisiones de autoridad que debe erigirse sobre la base de las necesidades del ciudadano y por un sistema de propiedad, en el que prevalece la propiedad estatal sobre otros tipos de propiedad que con ella pueden convivir.

PALABRAS CLAVE: Constitución económica, sistema económico, propiedad, socialismo.

ABSTRACT: There is a very complex, narrow and dialectic relation between politics, Law and economics, elements that are articulated in different models as dissimilar alternatives in the economics exercise. The nature of the economy that designs the socialist system demands the integration of Law in the economy's life. In that context, the socialist's postulates are featured by the regulation, planning and central control for the economic activity, the existence of authority decisions must be based on the necessities of the citizens and by a property system, in which prevails the Estate property over the other types of property that may coexist with it.

KEY WORDS: Economic Constitution, economic system, property, socialism.

RECIBIDO: 03.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

⁶⁸ MACHADO RODRÍGUEZ, D., *¿Es posible construir el socialismo en Cuba?*, segunda edición, Ed: Pueblo y Educación, La Habana, 2006, pp. 91-92.

LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: APROXIMACIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA A LAS CAUSAS PARA UNA RACIONALIZACIÓN, ESTADO DE SITUACIÓN Y RESULTADOS

Alberto Oehling de los Reyes y
José María de Benito Aramburu

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp97-136

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ANTERIOR VERSIÓN DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN, NORMATIVA Y PRAXIS CONEXA. 3. MÁS RAZONES PARA UNA MODIFICACIÓN: CRISIS E INTERACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. DESARROLLO Y RESULTADOS.

I. INTRODUCCIÓN

El crecimiento y el desarrollo económico ofrecen aspectos que pueden ser objeto de estudio del Derecho constitucional. Tenemos la concepción de la Constitución económica, en sus dos perspectivas: como conjunto de preceptos de la Constitución que determinan cierta «homogeneidad, continuidad y regularidad de la actividad económica del Estado»¹, y, a su lado,

¹ «El concepto de Constitución económica es similar al concepto de Constitución política. También se determina como una matización y reflejo de una Constitución pero en el marco de la economía. En este caso, la noción de Constitución económica se ciñe al sentido efectivo del término: es la determinación de lo económico. En este

más específicamente, como normas constitucionales que relacionan el desarrollo del proceso económico con determinados fines del Estado, en particular el principio del Estado social y la realización de los derechos fundamentales²; a saber, *grosso modo*, en la Constitución de 1978, los artículos 31, 33 y el Título VII³. Tenemos el estudio de los principios básicos que rigen el régimen económico de las Comunidades Autónomas, sobre la base de los artículos 156, 157 y 158 de la Constitución. Tenemos la implementación normativa de la integración económica europea, el desarrollo de la Unión económica, en particular desde el Tratado de Maastricht de 7 de diciembre de 1992⁴. La aparición de la globalización, de la hibridación de los procesos de intercambio económico, como apuntaran Günther⁵ y De Vega⁶

sentido, lógicamente no se ha de identificar con cualquier tema de mera dirección económica de índole menor, sino más bien con la perfilación de cierta homogeneidad, continuidad y regularidad de la actividad económica de un grupo en la relación de espacio y tiempo». Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer, Stuttgart, 1966, pp. 575 y 576.

² Peter BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 10.

³ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español*, Universidad Nacional de Trujillo, Lima, 1995, p. 23.

⁴ Ingo Von MÜNCH / Ute MAGER, *Staatsrecht I*, Kohlhammer, Stuttgart, 2009, p. 33. Precisamente, en España sólo ha habido una modificación de la Constitución de 1978, y fue precisamente por la aparición del Tratado de la UE. Se realizó a través del procedimiento llamado general, parcial o simple establecido en el 167 de la Constitución. Se trataba de reformar el artículo 13.2 de la Constitución y fue llevada a cabo el 27 de agosto de 1992, consistiendo simplemente en la intercalación en el texto de tal artículo la frase «y pasivo». Por dicho Tratado de Maastricht y a través de dicha modificación se establecía que los ciudadanos de la Unión Europea residentes en un Estado miembro del que no fueran nacionales tendrían derecho a ser electores y elegibles en las elecciones municipales. Consecuentemente, se pidió al Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 95.2 de la Constitución, que se pronunciase sobre la coherencia de la redacción del artículo 8 del Tratado Constitutivo, dado por el Tratado de la UE, (Maastricht, 7 de febrero de 1992) con el artículo 13.2 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en efecto, avaló tal incoherencia, en relación al sufragio pasivo (a la posibilidad de ser elegibles) y posteriormente se realizó la modificación. Sobre ello, por ejemplo, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 77, CEPC, Madrid, 1992, pp. 57-93.

⁵ Klaus GÜNTHER, «Pluralismo jurídico y código universal de la legalidad: La globalización como problema de Teoría del Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 4, Universidad Complutense, Madrid, 2003, p. 225.

⁶ Pedro DE VEGA GARCÍA, «En torno a la crisis de representación y de legitimidad en la democracia actual», en *Temas de Derecho público*, n.º 42, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 9 y 10.

—la interacción de causa y efecto de la situación política en Grecia o del mercado chino en nuestra economía e incluso en nuestro futuro político— han además ahondado después en una incluso necesidad de mayor especialización del científico del Derecho Constitucional en determinados aspectos en materia económica, pues la Constitución y el Derecho constitucional quizás puedan suponer ahora un elemento adicional de previsión, estabilidad y control a tales efectos. Y es precisamente sobre esta base en la que cabe suscitar la pregunta de si a través de una reforma de la Constitución, en una situación generaliza de crisis, de desaceleración y contracción de la actividad económica, como la que se ha dado hasta hace poco, se puede, si no solventar en gran manera los problemas que dicha coyuntura conlleva, si al menos estimular o propiciar una mejora, aunque sea mínima, de esta situación.

II. LA ANTERIOR VERSIÓN DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN, NORMATIVA Y PRAXIS CONEXA

Las limitaciones del Ejecutivo para emitir deuda pública y contraer crédito ya venían determinadas en la anterior versión del artículo 135 de la Constitución que indicaba dos exigencias al respecto plenamente interconectadas: por un lado, que el Gobierno tenía que «estar autorizado por ley para emitir deuda pública o contraer crédito»; por otro, que «los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de deuda pública del Estado» se entenderían «siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrían «ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión»⁷. A grandes rasgos esto quería decir, que para hacer nacer operaciones de deuda pública regía el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución⁸, como se desprendería también del propio tenor del artículo 94 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; aparte, era aquel mismo artículo el que determinaba que el instrumento para cifrar el límite de saldo de la deuda del Estado de cada ejercicio presupuestario era la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado anual⁹. Ahora bien, la falta de

⁷ Véase Isabel MELADO LIROLA, «Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales del Estado», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 19, UNED, Madrid, 2007, pp. 187, 189 y 190.

⁸ Luis María CAZORLA PRIETO, «Artículo 135 de la Constitución», en Fernando GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 2.347.

⁹ El artículo 94 de esta norma establecía lo siguiente: «1. La creación de Deuda del Estado habrá de ser autorizada por ley. A tal efecto, la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecerá el límite de la variación del saldo vivo de Deuda del Estado de cada

mayores precisiones y el carácter más o menos abierto del artículo 135 de la Constitución daba lugar a una interpretación laxa de este precepto y a que lo verdaderamente exigible en términos jurídico-constitucionales fuera la sola determinación del montante total de deuda a emitir en un año¹⁰. Y, en efecto, el Gobierno tenía la potestad de endeudar al Estado, bajo informe del Ministerio de Economía, dentro de ese límite, pero luego, por si acaso, por vía de la misma norma de Presupuestos, se preveía arteramente la posibilidad de revisión *a posteriori* –también por decisión del Ministerio de Economía– si se entendía que iban a producirse desviaciones en las previsiones de ingresos y variaciones de gastos o dependiendo de la evolución del déficit. Así, por poner un ejemplo, el artículo 46 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004 determinaba expresamente esta posibilidad¹¹; luego, las

ejercicio presupuestario, al que se ajustarán las operaciones financieras que impliquen creación de Deuda. Este límite se entenderá neto de las variaciones de las posiciones activas de tesorería mantenidas por el Estado en el Banco de España o en otras entidades financieras. El límite señalado en el párrafo anterior se entenderá automáticamente modificado como consecuencia del aumento o disminución bien de los pagos que, al amparo de previsiones legales, deban atenderse, o bien de los ingresos efectivamente recaudados respecto de los previstos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. 2. En desarrollo de la autorización legal de creación de Deuda para un año, el Ministro de Economía podrá disponer la creación de Deuda del Estado durante el mes de enero del año siguiente por un importe que no incremente la misma en más del 15 por ciento de aquella autorización. Dicho incremento se computará a efectos del cumplimiento del límite de creación de Deuda que legalmente se autorice para el conjunto del segundo de los años citados». *BOE* n.º 284, de 27 de noviembre de 2003, p. 42.105.

¹⁰ Así, Juan CALVO VÉRGEZ, «La Deuda Pública en la nueva Ley General Presupuestaria: aspectos sustantivos y procedimentales» en *Presupuesto y gasto público*, n.º 40, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2005, p. 234.

¹¹ Este artículo decía lo siguiente: «1. Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Economía, incremente la Deuda del Estado, con la limitación de que el saldo vivo de la misma a 31 de diciembre del año 2004 no supere el correspondiente saldo a 1 de enero de 2004 en más de 12.838.282,67 miles de euros. 2. Este límite será efectivo al término del ejercicio, pudiendo ser sobrepasado en el curso del mismo previa autorización del Ministerio de Economía, y quedará automáticamente revisado: a) Por el importe de las modificaciones netas de créditos presupuestarios correspondientes a los capítulos I a VIII; b) Por las desviaciones entre las previsiones de ingresos contenidas en esta ley y la evolución real de los mismos; c) Por los anticipos de tesorería y la variación neta de las operaciones extrapresupuestarias previstas legalmente; d) Por la variación neta en los derechos y las obligaciones del Estado reconocidos y pendientes de ingreso o pago. Las citadas revisiones incrementarán o reducirán el límite señalado en el apartado anterior según supongan un aumento o una disminución, respectivamente, de la necesidad de financiación del Estado». *BOE* n.º 313, de 31 de diciembre de 2003, p. 46814,

normas presupuestarias siguen señalando dicha facultad¹². Esta extensión, además, se realizaba incluso, a la chita callando, como ha mostrado claramente Cazorla, por vía de Real Decreto-Ley¹³.

En definitiva, aun cuando el artículo 135 de la Constitución determinaba la obligación de fijar por ley las vicisitudes de emisión de deuda pública, este precepto se interpretó con desaire, dependiendo de los criterios del Ejecutivo, entendiéndose que las exigencias del mismo sólo se referían a la determinación del total a emitir, quedando en manos del Gobierno la posibilidad de fijar las circunstancias de emisión de endeudamiento público, y más allá de reconsideración e incremento de las mismas. Como decía Barea, aunque la Ley de Presupuesto Generales fijaba el límite de variación del saldo vivo de la deuda del Estado de cada ejercicio, tal límite no suponía restricción presupuestaria ninguna, ya que ésta podía quedar modificada automáticamente por las propias previsiones que realizaba la norma y la ausencia de mecanismos de control a tales efectos¹⁴. En la realidad, por tanto, el límite de la variación del saldo vivo de la deuda no era realmente un máximo, ni un elemento de control del gasto y de búsqueda de la estabilidad presupuestaria, alcanzándose por la deuda emitida realmente, a veces, hasta el doble del déficit público¹⁵.

Al principio, cuando se desencadenó la crisis económica global, marcada en nuestro país con el pinchazo de la burbuja inmobiliaria y la consecuente fuerte caída de ingresos fiscales y la bajada de la actividad privada, el Gobierno –a efectos de compensar– adoptó una política expansionista del gasto, permitiendo a todas las administraciones incurrir en desequilibrios que, de manera conjunta supusieron alcanzar un déficit del -11% en el año 2009, frente al superávit del +2,2% que se había producido en 2006, tal y como puede observarse en el gráfico n.º 1.

¹² Véase, por ejemplo, con variación principalmente de los montantes, el artículo 46 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, y de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, artículo 48 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, artículo 50 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

¹³ Luis María CAZORLA PRIETO, «La crisis económica y la aportación de fondos públicos», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, n.º 28-115, Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 77-112.

¹⁴ José BAREA TEJEIRO, «La necesidad de transparencia en la gestión pública» en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n.º 33, Cámara de Cuentas de Andalucía, Sevilla, 2004, p. 23.

¹⁵ José BAREA TEJEIRO, «Dos Leyes Generales Presupuestarias en 25 años», *Revista española de control externo*, Vol. 6, n.º 18, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2004, p. 36.

Gráfico n.º 1. Evolución de la necesidad (-) capacidad (+) de financiación en términos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC)¹⁶



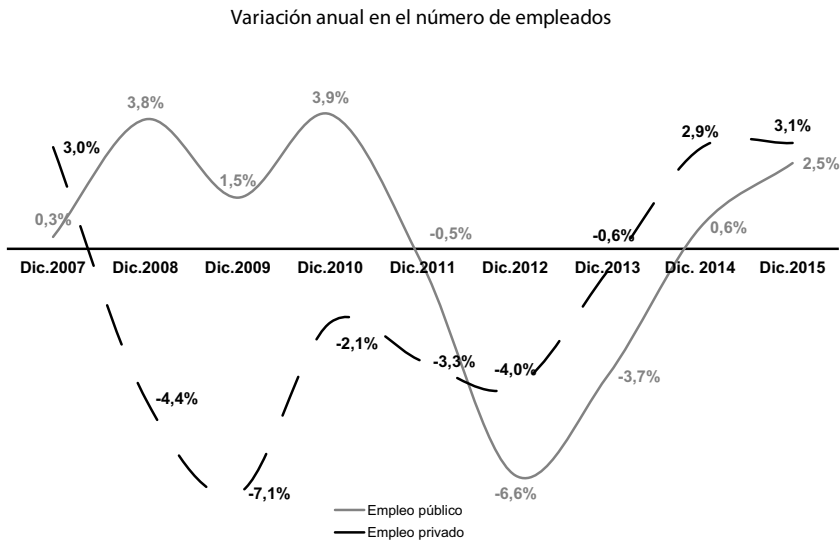
De esta manera, mientras la actividad privada estaba inmersa en unos duros ajustes, el sector público continuaba alimentando el gasto corriente, que se iba convirtiendo en estructural¹⁷, tal y cómo ponemos de manifiesto en

¹⁶ *Boletín Estadístico del Banco de España*, marzo 2016, p. 208 cuadro 11.2. El Sistema Europeo de Cuentas es el marco homologado de cálculo de comparación de economías entre países de la UE (nacionales y regionales) el SEC de 95 se establece por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales. Desde 2014, el Sistema vigente es el Reglamento UE 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010).

¹⁷ El gasto estructural del sector público tiene relación con el tamaño, el crecimiento del sector público y el gasto público dirigido a su financiación, en particular en lo que se refiere a los pagos del funcionariado y suministros a sedes y centros administrativos. Sobre el concepto de gasto estructural del sector público, véase, por ejemplo, Philip HARDWICK, Bahadur KHAN y John LANGMEAD, *Economía moderna*, Editorial Minerva, Madrid, 1992, pp. 211-215. Al respecto de la sobredimensión funcional en las Comunidades Autónomas en España y su efecto en la crisis, véase también, Javier TAJADURA TEJADA, Elviro ARANDA ÁLVAREZ, Josu DE MIGUEL BÁRCENA y José María ROMÁN PORTAS, «Cinco propuestas para la reforma constitucional en clave federal», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 5, FMGA de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2013, pp. 52 y 54.

los gráficos n.º 2 y n.º 3. Luego, a partir de 2010, se empezaría a plantear la idea de ir paliando esta situación buscando algunos sistemas de control de los desequilibrios de las Administraciones territoriales y locales. Por ejemplo, a través de condicionar la capacidad de endeudarse de las Comunidades Autónomas al cumplimiento de los objetivos de déficit, de forma que si se sobrepasaba el límite no se permitía la contratación de la financiación necesaria para sufragarlo¹⁸.

Gráfico n.º 2. Variación anual en el número de empleados



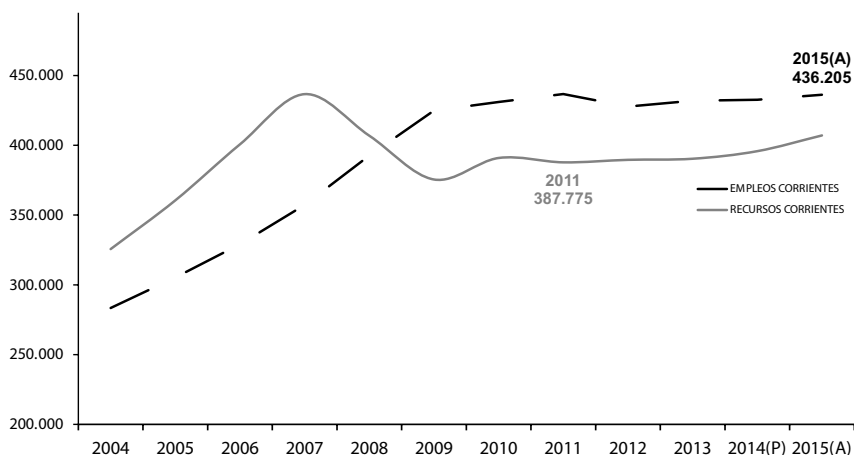
Fuentes INE y elaboración propia¹⁹.

¹⁸ Al respecto, véase la Nota de Prensa del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 15 de junio de 2010, en la que se detallan las restricciones al endeudamiento acordadas en el Consejo de Política Fiscal y Financiera celebrado ese mismo día.

¹⁹ Respecto de los datos del número de empleados, puede consultarse la información facilitada por el Instituto nacional de Estadística en la siguiente dirección: <http://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=982&capsel=984#>.

Gráfico n.º 3. Gasto corriente y gasto de inversión en el conjunto de las Administraciones Públicas en términos SEC

Empleos y recursos corrientes del conjunto de las AAPP
(en MM €)



Fuente: IGAE.

No obstante, este paliativo no tendría el efecto esperado, en buena medida porque solamente partía de un intento de control genérico del endeudamiento, pero no del gasto, lo que, a la postre, lejos de llevar a una intervención eficaz del déficit, acarreó un incremento de la deuda con proveedores debido a la infrafinanciación de los desequilibrios incurridos, ya que no se autorizaba por parte del Estado la contratación de deuda que permitiera liquidar el exceso de gasto realizado. Ante la falta de liquidez provocada por las medidas, la mayor parte de las comunidades autónomas y muchas Entidades Locales optaron por alargar los plazos de pago a sus proveedores, confundiendo el no gastar con el no pagar, generando un incremento significativo de su deuda comercial y un mayor nivel de morosidad de la Administración española, y, con ello, con grave riesgo de fiabilidad de nuestra economía a ojos internos y externos²⁰. En algunos casos, no

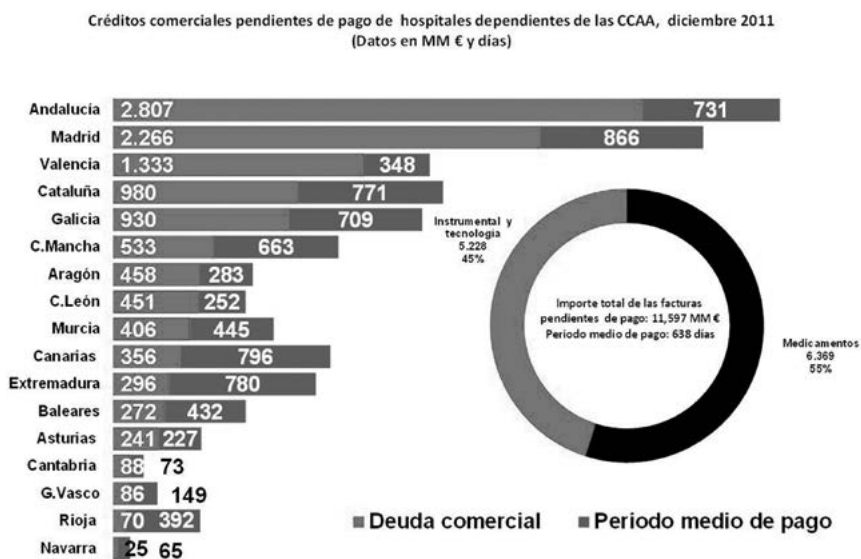
²⁰ La crisis económica tendría «un efecto muy negativo sobre las finanzas de las Administraciones Públicas españolas, que se concretó en un incremento significativo del déficit y la deuda pública. Un fenómeno asociado a este deterioro de las finanzas públicas ha sido el incremento significativo de los plazos de pago de las Administraciones Públicas a sus proveedores y, por tanto, de su deuda comercial. En particular,

obstante, esta situación se sucedía en sectores especialmente sensibles en términos sociales como la salud. Así a título de ejemplo, puede verse el gráfico n.º 4 donde se expone solamente la deuda comercial generada en concreto por las facturas de farmacia y material clínico (escáneres, impresoras, maquinaria quirúrgica, etc.) de los hospitales públicos de las Comunidades Autónomas, sobre datos de la asociación de empresas farmacéuticas y la asociación de empresas suministradoras de equipos médicos, correspondiente al cierre de 2011. Para poder comprender la dimensión de éstas cifras, deberemos ponerlas en relación a los gastos incurridos; de esta manera, las facturas de medicamentos equivalían al 21% de los consumos intermedios (gastos en bienes y servicios) del conjunto de las Comunidades Autónomas según criterio del Sistema Europeo de Cuentas y de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE); dicho de otro modo, el 33% de los gastos en bienes y servicios en el mismo periodo de tiempo según el detalle de la liquidación funcional del presupuesto del ejercicio facilitado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Y téngase en mente que estos números eran posiblemente controvertidos; de sobra es conocida la distorsión en las cifras de la liquidación funcional debido a la no imputación del gasto de entre 5.000 y 7.000 millones de euros en facturas contabilizadas en la cuenta de acreedores pendientes de aplicar al presupuesto de las que, a fecha de hoy, es sumamente difícil conseguir información exacta²¹.

el total de obligaciones pendientes de pago consolidadas de las Administraciones Públicas, partida contable que permite aproximar este tipo de deuda, alcanzó los 87,3 millones de euros en 2011 (8,1% del PIB), según las cuentas financieras de la economía española, frente a los 57,1 millones de euros de euros observados en 2007 (5,3% del PIB). El aumento de la deuda comercial durante este período, que fue generalizado en todas las administraciones, siguió concentrándose en mayor medida en las territoriales. Así, del total de la deuda comercial existente en 2011 cerca del 75% correspondía a las Comunidades Autónomas y Comunidades Locales». Mar DELGADO TÉLLEZ, Pablo HERNÁNDEZ DE COS, Samuel HURTADO y Javier J. PÉREZ, «Los mecanismos extraordinarios de pago a proveedores de las Administraciones Públicas en España», en *Documentos ocasionales del Banco de España*, n.º 1501, Banco de España, Madrid, 2015, p. 8.

²¹ Para mayor información véase, Manuel DÍAZ MENDOZA, Juan F. RUBIO-RAMÍREZ, Carmen MARÍN GONZÁLEZ y J. Ignacio CONDE RUIZ, «Descomposición de los Saldos Fiscales en las CC.AA. 2007-2014», en *Estudios sobre la Economía Española*, n.º 2015/22, FEDEA, documento disponible en red en <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2015-22.pdf>; José María DE BENITO ARANBURU y Javier PÉREZ GARCÍA, «Dificultades en la Interpretación de la Información Presupuestaria Suministrada por las Comunidades Autónomas: Principales Problemas Derivados de la «Torre de Babel» Normativa y Propuestas de Mejora», en *Estudios Sobre la Economía Española*, n.º 2014/02, documento en red en <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2014-02.pdf>.

Gráfico n.º 4. Deuda comercial de las Comunidades Autónomas por facturas de suministros farmacéuticos y de materia a 31-12-2011²²



Aparte, como es sabido las Comunidades Autónomas, podían realizar también operaciones de endeudamiento. Esta facultad devenía del artículo 14 de la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas para hacer frente a cubrir necesidades de gasto y tesorería. Los principales límites a tal efecto que tenían las Comunidades Autónomas eran: por un lado, que el importe total de las anualidades de amortización, por capital o intereses, no excediera del 25% de los ingresos corrientes de la Comunidad presupuestados del ejercicio; por otro, para el caso de que lo que pretendieran las Comunidades Autónomas fuera concretar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público²³, requerían autorización previa del Estado, cosa que se

²² Fuentes: Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria, de fecha de 30 de enero de 2013 y Farmaindustria de fecha 29 de enero de 2013, y elaboración propia.

²³ Este artículo, en su redacción original, establecía lo siguiente: 1. Las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo que se establece en el número cuatro del presente artículo, podrán realizar operaciones de crédito por plazo inferior a un año, con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería. 2. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán concertar operaciones de crédito por plazo superior a un año, cualquiera que sea la forma como se documenten, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) Que el importe

realiza a través de acuerdo del Consejo de Ministros²⁴. Asimismo, las operaciones concertadas a largo plazo sólo podrían destinarse a financiar inversiones²⁵. Ahora bien, fuera del que el techo de carga financiera del 25% era ya altísimo y no siempre sedaban situaciones de incumplimiento, en ocasiones sí se daban y, al igual que ocurría con el Estado central, la ausencia de autocontrol de las entidades autonómicas, la inexistencia de organismos de fiscalización realmente efectivos²⁶, la opacidad y maquillaje de sus operaciones de endeudamiento²⁷ y la carencia de sanciones para casos de incumplimiento de los máximos (sólo existía la capacidad del Gobierno para negar la toma de deuda). Así, la deuda de las Comunidades Autónomas pudo marcar hitos extraordinarios y alcanzar, a fecha de 2011, la increíble cifra de casi 145.000 millones de euros²⁸.

total del crédito sea destinado exclusivamente a la realización de gastos de inversión; b) Que el importe total de las anualidades de amortización, por capital e intereses, no exceda del veinticinco por ciento de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma. 3. Para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, las Comunidades Autónomas precisarán autorización del Estado. 4. Las operaciones de crédito de las Comunidades Autónomas deberán coordinarse entre sí y con la política de endeudamiento del Estado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. 5. La Deuda Pública de las Comunidades Autónomas y los títulos-valores de carácter equivalente emitidos por éstas estarán sujetos, en lo no establecido por la presente Ley, a las mismas normas y gozarán de los mismos beneficios y condiciones que la Deuda Pública del Estado. *BOE* n.º 236, de 1 de octubre de 1980, p. 21797. Sobre ello, véase, por ejemplo, Bernardino BENITO LÓPEZ, ISABEL BRUSCA ALIJARDE y Vicente MONTESINOS JULVE, «Análisis del endeudamiento de las Comunidades Autónomas», *Revista de contabilidad*, Vol. 7, n.º 13, *Asociación Española de Profesores Universitarios de Contabilidad*, Sevilla, 2004, pp. 85-112.

²⁴ STC 11/1984, de 2 de febrero.

²⁵ Las restricciones respecto del destino de los fondos de la deuda a largo plazo y el techo del 25% de la carga financiera, han sido transitoriamente suspendidas hasta 2020 por medio de la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

²⁶ Sobre el problema de la fiscalización efectiva, deberemos hacer la advertencia que el problema no está resuelto, pues nos podemos preguntar qué grado de eficacia puede tener un informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas emitido dos años después del cierre del ejercicio, como podemos observar con tan sólo repasar el programa anual de este organismo en <http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/pdf/Programa-Fiscalizaciones-TCU.pdf>

²⁷ Sobre ello, en detalle, José María DE BENITO ARANBURU y Javier PÉREZ GARCÍA, «La indeterminación del perímetro de consolidación en la información presupuestaria suministrada por las Comunidades Autónomas: Un problema de diversidad de criterios», en *Estudios sobre la economía española*, FEDEA, Madrid, 2014. Documento disponible en red en <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2014-02.pdf>.

²⁸ Véase sobre los excesos de deuda en las Comunidades Autónomas, desde el año 2007, Juan Aitor LAGO MONEO y María de las Nieves PÉREZ VERDU y otros, *La*

El hecho de que la agencia de calificación de riesgos de inversiones *Moody's Corporation*²⁹ y otras (Cuadro n.º 1) degradaran la calificación de la deuda de algunas Comunidades Autónomas, dando a entender al inversor las posibilidades que había de impago del principal y de nulidad de expectativas de inversión con la compra de estos bonos, dejaba entrever muy bien la necesidad urgente que había de establecer vías de contención de la amplia competencia de endeudamiento de las Comunidades Autónomas. Y el Estado en su conjunto podía recibir un varapalo similar, si nos atenemos al hecho de que la deuda de la Administración central en 2011 era de 624.238 millones de euros³⁰. En definitiva, la falta de una interpretación más racional del principio de legalidad del artículo 135 de la Constitución (antigua redacción), la falta de control a las posibilidades crediticias de las Comunidades Autónomas, había llevado a que, cada día de 2011, el Estado tuviera que destinar, nada más y nada menos, 22.342 millones de euros del Presupuesto (169.097 millones de euros total de gasto no financiero³¹ en 2011 con criterio SEC)³²

deuda pública 2015: Situación internacional, evolución esperada y revisión de la situación nacional y autonómica, EAE Business School, Madrid, 2015, pp. 38-46. Véase, asimismo, el documento del Banco de España, *Deuda según el Protocolo de Déficit Excesivo (PDE) por Comunidades Autónomas*. Disponible en red en <http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1309.pdf>. Para más datos, puede consultarse el documento *Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. Memoria de actuaciones 2014*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2014, p. 21.

²⁹ Véase el documento de *Moody's Rating Action: Moody's downgrades Spanish sub-sovereigns; negative outlook*, de 19 de octubre de 2011. Disponible en Internet en https://www.moody.com/research/Moodys-downgrades-Spanish-sub-sovereigns-negative-outlook--PR_228335. Sobre ello puede verse la noticia «Moody's degrada a Castilla-La Mancha a nivel de bono basura», en el rotativo *El Mundo*, edición de 20 de octubre de 2011, p. 49. *Spanish Regions Face Forceful, Immediate Cost Cuts If They Are To Avoid Structural Imbalances*, Standard & Poor's, informe de 17 de mayo de 2010, pp. 27 y 28.

³⁰ Véase, por ejemplo, el documento *Avance de la actuación económica y financiera de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2013, p. 66.

³¹ Aclaración: la contabilidad pública denomina «gasto no financiero» a la suma de los capítulos I al VII del presupuesto de gastos que, a pesar de que pueda parecer lo contrario, incluye los gastos por intereses (Capítulo III).

³² Fuente: Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), Presupuestos Generales del Estado, Liquidación del Presupuesto de 2011, p. 11, disponible en red en [http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/EjecucionPresupuestaria/Documents/LIQUIDACION%20ESTADO_2011%20\(INTERNET\).pdf](http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/EjecucionPresupuestaria/Documents/LIQUIDACION%20ESTADO_2011%20(INTERNET).pdf). Véase la noticia «España paga casi cien millones al día por los intereses de la deuda pública», en *ABC*, edición de 14 de noviembre de 2011, p. 82. Respecto a la cantidad a pagar en 2011, véase el Anexo I, in fine, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

75 millones de euros del Presupuesto³³ (en torno a 28.000 millones de euros en 2011) para hacer frente al pago de la amortización e intereses de la deuda. Así, aparte de la interpretación artera del principio de legalidad y de interdicción de los poderes públicos (artículos 9.3 y 135 de la Constitución), también había un paralelo efecto en el concepto de igualdad del artículo 14 de la Constitución, por violación del principio de equidad intergeneracional, al trasladar la carga de la deuda a generaciones futuras³⁴.

Cuadro n.º 1. Evolución de la valoración de las agencias independientes

Comunidad	Valoraciones 31-12-2009		Valoraciones 31-12-2010		Valoraciones 31-12-2011		Valoraciones 23-10-2012	
	Moody's	S&P	S&P	Moody's	S&P	Moody's	S&P	Moody's
Gobierno Vasco	Aaa	AAA	AA+	Aaa	AA+	Aa3	A	Baa2
Navarra	s.v.	AAA	AA+	s.v.	AA+	s.v.	A	s.v.
Castilla León	Aa1	s.v.	s.v.	Aa2	s.v.	A2	s.v.	Baa3
La Rioja	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.
Cantabria	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.
Canarias	s.v.	AA	AA-	s.v.	A+	s.v.	BBB-	s.v.
Asturias	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.	s.v.
Galicia	Aa2	AA	AA-	Aa2	AA-	A1	BBB-	Baa3
Madrid	Aa1	AA+	AA	Aa2	AA-	A1	BBB-	Baa3
Aragón	s.v.	AA+	AA	s.v.	AA-	s.v.	BBB-	s.v.
Extremadura	Aa1	s.v.	s.v.	Aa2	s.v.	A1	s.v.	Ba1
Andalucía	Aa2	AA	AA-	Aa2	AA-	A2	BBB-	Ba2
Murcia	Aa1	s.v.	s.v.	Aa3	s.v.	Baa1	s.v.	Ba3

.../...

³³ Véase la noticia «España paga casi cien millones al día por los intereses de la deuda pública», en *ABC*, edición de 14 de noviembre de 2011, p. 82. Respecto a la cantidad a pagar en 2011, véase el Anexo I, in fine, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

³⁴ Así Jesús RUIZ-HUERTA CARBONELL y Miguel Ángel GARCÍA DÍAZ, «El endeudamiento de las Comunidades Autónomas...», cit., p. 156.

.../...

Comunidad	Valoraciones 31-12-2009		Valoraciones 31-12-2010		Valoraciones 31-12-2011		Valoraciones 23-10-2012	
	Moody's	S&P	S&P	Moody's	S&P	Moody's	S&P	Moody's
Castilla La Mancha	Aa2	s.v.	s.v.	A1	s.v.	Ba2	s.v.	Ba3
Baleares	s.v.	AA-	A+	s.v.	A-	s.v.	BBB-	s.v. I
Cataluña	A1	AA-	A+	A2	A	Baa2	BB	Ba3
Valencia	Aa3	AA-	A+	A1	BBB-	Ba1	BB	B1
España	Aaa	AAA	Aaa	AAA	AA-	A1	BBB-	Baa3

En fondo sombreado contrapartes con pérdida del grado de inversión³⁵.

III. MÁS RAZONES PARA UNA MODIFICACIÓN: CRISIS E INTERACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Aparte de esta situación, que, desde nuestro punto de vista ya creemos suficientemente irregular, cual es la desconsideración de una fórmula más adecuada para cumplir con la exigencia reserva de ley e interdicción de la actuación de los poderes públicos de los artículos 9.3 y 135 de la Constitución, la falta de elementos de control, y continua generación de deuda por parte del Estado y las Comunidades Autónomas, endeudando cada vez más a las generaciones futuras; es obligado decir que la situación del país, fuera del factor de endeudamiento progresivo, se vería aún más que agravada por la especial coyuntura económica global de los últimos años, que incluyó un cierto descenso de atractivo de inversión en España, ralentización en la producción de bienes y servicios, prima de riesgo por las nubes, parálisis en la construcción, estancamiento económico, elevada inflación, reducción de salarios y destrucción de empleo, etc. En la práctica, el programa de Gobierno a estos efectos, muchas veces, era simple: financiación del déficit con cada vez más deuda, tratando de empujar la resolución del problema a quién le tocara la «patata caliente» de arreglar el desequilibrio estructural en la siguiente legislatura. En fin, que se llegó de alguna manera a reproducir aquella situación ejemplo, tantas veces explicada por José Barea y Velarde Fuertes, en la que la difícil coyuntura económica se retroalimenta, dando lugar a lo

³⁵ Fuentes: Moody's: <https://www.moody.com/> Standar&Poor's Rating Services: https://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/home.

que ellos llamaban «el octágono de la crisis»³⁶ y los efectos concatenados de la crisis³⁷, por lo que a mayor deuda, más desconfianza del inversor en las inversiones del país, bajada de cotizaciones bursátiles, parálisis empresarial, más desempleo; mayor inflación que eleva los costes de producción del país, más déficit, más deuda y cada vez más crisis. Todo lo cual, por fuerza tenía que acabar por afectar incluso las economías de nuestros vecinos del exterior, que, finalmente, buscarían vías para intervenir de algún modo en nuestra economía.

En efecto, aun cuando, sin duda todos estos factores económicos citados han sido los elementos que han motivado la reforma del artículo 135 de la Constitución, en cierto modo, no ha habido mayor causa que haya propiciado la modificación de nuestra Constitución que nuestra propia adscripción a la Unión Europea y a la moneda única, el Euro. Como es bien sabido, en virtud de los artículos 93 a 96 de la Constitución española, cabe contraer obligaciones con entidades supranacionales y la realización de cesiones importantes de soberanía. Cuando se firmó el Tratado de Adhesión de 12 de junio de 1985, el Tratado de Maastricht de 1992 y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea observamos no solo un cambio del epicentro de decisiones fundamentales (Consejo Europeo, Consejo, Comisión Europea) y de interdependencia de objetivos comunes (Política Exterior y Seguridad Común [PESC], Política Común de Seguridad y Defensas [PCSD], un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, etc.), sino que presupone una responsabilidad individual de cada Estado en el sentido de que sus acciones pueden afectar a todo el grupo como un todo. Consecuencia de ello, formamos también parte de una Unión Económica y Monetaria, con una moneda única en circulación en España desde 2002. Precisamente para entrar en aquella moneda y pasar a una nueva fase en la Unión Europea, en 1997 y 1998, el Gobierno trató de situar el déficit por debajo del 3% del PIB y el controlar el volumen de deuda pública y del nivel general de precios³⁸. Más allá, existe un Banco Central Europeo, por encima –al menos en cuanto a poder en los mercados–, que puede elevar o reducir los tipos de interés y, a través de sus

³⁶ José BAREA TEJEIRO, «El octágono de la crisis» en *Cuadernos de información económica*, n.º 78, Fundación de Cajas de Ahorro, Madrid, 1993, pp. 16-19; el mismo autor en «La Hacienda Pública española durante la vigencia de la Ley General Presupuestaria», en *Revista española de control externo*, Vol. 4, n.º 11, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2002, pp. 23-35.

³⁷ Véase, por ejemplo, Juan VERLARDE FUERTES, «Retos de la economía española ante un momento decisivo de nuestra Historia Contemporánea», *Cuadernos de pensamiento político*, n.º 22, FAES, Madrid, 2009, pp. 69 y ss.

³⁸ Sobre los criterios de convergencia y disciplina presupuestaria, véase José Luis VALVERDE LÓPEZ, *Europa una idea en marcha*, Ediciones del Parlamento Europeo, Granada, 1994, pp. 434 y 435.

operaciones de compra y venta de deuda pública, dotar de liquidez al sistema y es donde recaen mecanismos de intervención de política monetaria, e incluso indicar y sugerir reformas en el ámbito del mercado laboral³⁹. Y ello también explica –guste o no– nuestra sujeción a la tantas veces denostada Troika, que es la representación de la Comisión, del Banco Central Europeo y del Fondo Monetario Internacional⁴⁰.

Por tanto, la cuestión que suscita la reforma de septiembre de 2011, que viene a plantear que ésta supone una renuncia a nuestra soberanía, en tanto, han sido otros entes ajenos al Estado los que han exigido la reforma y puedan ser otros los que digan en qué grado y forma podemos gastar⁴¹, se ha de plantear no sólo desde las consecuencias de nuestra gestión de la crisis y de nuestro elevado déficit, sino también desde la lógica de participación en grupo de la Unión Europea, de la necesidad de la coordinación de la política económica en beneficio del conjunto. Aquí es donde cabe también recordar las políticas de desarrollo de la Unión Europea: Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), Fondo de Cohesión (FC), Fondo Social (FSE), Fondo Europeo Agrícola y de Desarrollo Rural (FEADER), etc. Por ello tampoco sorprenderá que cuando la acción de un Estado miembro pueda contagiarse a todo el cuerpo, y se debilite la estabilidad de la moneda frente a otras divisas, se atienda también desde la perspectiva del resto de la Unión Europea.

Es ese hecho el que, en definitiva, llevaría a una modificación del artículo 135 de la Constitución. En Europa, una vez llegados a la situación en la que, por un lado, la deuda estatal y autonómica había ya infringido en 2010 el techo designado en Bruselas (60% sobre el PIB) establecido en el Tratado de

³⁹ Véase Torsten MÜLLER, «Die Troika: Kontrolle der Kontrolleure», en Ulrich von ALEMANN, Eva G. HEIDBREDER, Hartwig HUMMEL, Doménica DREYER y Anne GÖDDE (Coord.), *Ein soziales Europa ist möglich*, Springer, Wiesbaden, 2015, pp. 261 y 269.

⁴⁰ A efectos de comprensión de este instituto, se define, «para unos, desde la política determinada por la Troika de criterios de austeridad y de reforma estructural a llevar a cabo en los países que no tenían otra alternativa para la superación de la crisis y que necesitaban de programas de ayuda; para otros se concibe como una imposición de una política neoliberal en la que lo primero son los intereses del capital». Así Torsten MÜLLER, «Die Troika: Kontrolle der Kontrolleure», cit., p. 262.

⁴¹ Sobre esta lectura y la renuncia de la soberanía, véase, por ejemplo, Luis JIMENA QUESADA, «La reforma del artículo 135 de la Carta Magna española», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, UNED, Madrid, 2012, pp. 350 y 351; José Luis REY PÉREZ, «La Reforma del artículo 135: una alteración del Título Preliminar 8 (Estatuto Social) por la puerta de atrás», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 24, 2011, p. 232; José MATEOS MARTÍNEZ, «Reflexiones sobre la validez y revocabilidad de la reforma de la Constitución española producida en 2011», en *Derechos y Libertades*, n.º 28, 2013, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 190 y 191; Manuel CABANAS VEIGA, «La reforma constitucional del 2011 y la Teoría del Poder Constituyente», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 18, 2014, pp. 151 y ss.

Maastricht⁴² y que algunas Comunidades Autónomas reconocían abiertamente que iban a seguir incumpliendo dicho mandato de control del déficit para finales de 2011⁴³, dando por cierta la indicación de *Moody's Corporation* que decía –no sin razón– que España no podía cumplir sus compromisos de control del déficit porque carecía además de instrumentos a tales efectos para contener los excesos presupuestarios de las Comunidades Autónomas⁴⁴; se empezaron a incrementar las críticas de nuestros vecinos de la Unión Europea y a propugnarse medidas de «acción directa» frente a nuestro país, en tanto estábamos incumpliendo de manera clara las coordenadas dictadas por la Unión Europea. Ya en 2010 se oía lo que estaba por venir, cuando el Ministro alemán de Hacienda Wolfgang Schäuble, propuso en Bruselas en mayo de 2010, endurecer el pacto de estabilidad e insertar en las Constituciones de los países de la Unión Europea la obligación de prohibir los déficits públicos⁴⁵, algo parecido al llamado «déficit 0» de Montoro de 2004. Cosa, que, por cierto, ya reconocía la Ley Fundamental alemana, desde la reforma de 27 de julio de 2009⁴⁶, en sus artículos 109, 115 y 143d, relativos a los «límites a la toma de créditos», estableciendo que el Estado no puede presentar déficits en sus cuentas públicas superiores al 0'35% del PIB. Esta misma cifra es el límite que autoriza la Constitución alemana para endeudarse, es decir, se pueden realizar operaciones de endeudamiento pero solo hasta el 0'35% del PIB. Y téngase en cuenta que estas limitaciones allí también se han de cumplir por los *Länder*, si bien es verdad que, además, las propias Constituciones de los *Länder* suelen tener limitaciones presupuestarias y de gasto⁴⁷. Incluso se llegó a plantear desde Europa el forzarnos a vender nues-

⁴² Artículo 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado de la Unión Europea: «Los valores de referencia que se mencionan en el apartado 2 del artículo 104 C del Tratado serán: 3% en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o real y el PIB a precios de mercado; 60% en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el PIB a precios de mercado. Para mayores especificaciones puede visitarse la página Web de asuntos económicos y financieros de la Comisión Europea en http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/index_es.htm.

⁴³ Véase, por ejemplo, la noticia «No nos comprometemos a cumplir», en el rotativo *El Mundo*, edición de 26 de julio de 2011, pp. 4 y 5.

⁴⁴ La información sobre el Informe de Moody's de 6 de junio de 2011 se puede ver en el documento *Moody's on Catalunya's 2011 budget*, Unicredit, pp. 1 y 2. Este documento está disponible en red en https://www.research.unicreditgroup.eu/DocsKey/credit_docs_2011_117450.ashx?EXT=pdf&KEY=n03ZZLYZf5miL7MI684Nj7YPnKGvuiPHI F2hBgAAVxA=.

⁴⁵ Véase la noticia «Berlín pide que todas las Constituciones prohíban el déficit», en *El Mundo*, edición de 18 de mayo de 2010, pp. 46 y 47.

⁴⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, de 29 de julio de 2009, BGBl. I S. 2248.

⁴⁷ Véase así, por ejemplo, la Constitución de Baviera, en su artículo 82, cuando dice que «solamente en casos de necesidad extraordinaria pueden adquirirse financiación por

tras reservas de oro y a poner en marcha un plan de privatización de bienes públicos para recortar el déficit⁴⁸; aunque técnicamente, de haberse llevado a cabo por ejemplo una operación de colocación pública de nuestro oro, no hubiera tenido por qué tener gran repercusión, pues ya entre 2005 y 2007, en la anterior legislatura el Ministerio de Economía había procedido a la venta de la mitad de reservas de oro del Banco de España⁴⁹. En cuanto a las empresas públicas, tras las privatizaciones llevadas a cabo por el Gobierno Aznar, poco o nada podía hacerse al respecto, pues salvo Loterías del Estado, Aena, el sistema portuario y poco más, el resto de las empresas y entes públicos los podemos calificar como difíciles de colocar en condiciones normales de mercado. En definitiva, que tampoco debería sorprender en exceso que si algún otro Estado miembro de la Unión Europea, por ejemplo los alemanes se habían impuesto a sí mismos parámetros de cumplimiento en este sentido, a fin de cumplir con las exigencias devenidas del Tratado de la Unión Europea, también nos indicaran a nosotros esta recomendación. También Austria ha limitado después por ley el control del déficit en un 0,35% del PIB para la Federación y un 0,1% para los *Länder* y Comunidades⁵⁰.

Aparte de este contexto, paralelamente, habría que ir dando mayor nivel de materialización a otras exigencias de la Unión Europea respecto al control de las cuentas públicas plasmadas en los denominados *Six Pack*, que consisten en 5 reglamentos y una directiva, que seguidamente detallamos: Reglamento (UE) n.º 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; Reglamento (UE) n.º 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; Reglamento (UE) n.º 1175/2011 del Parlamento

vía de crédito», y en similares términos se expresa el artículo 72.1 de la Constitución de Hamburgo; la Constitución de Bremen, en su artículo 131(a) dice «la toma de créditos no puede sobrepasar la suma de gastos por inversiones del presupuesto»; la Constitución de Schleswig-Holstein, en su artículo 59.2 afirma que «la toma de créditos no puede superar en un tercio el presupuesto de ingresos anuales previstos». Las Constituciones, por ejemplo, de Meckemburg-Vorpommern (artículos 65.1 y 2), de Sachsen (artículo 95) y Rheinland-Pfalz (116 y 117), recogen también limitaciones de similar tenor.

⁴⁸ «Alemania reclama a los periféricos que vendan su oro», *El Mundo*, 10 de agosto de 2011, p. 22.

⁴⁹ Véase la noticia «El oro español que Solbes vendió en 2007 vale hoy más del doble», en el diario *ABC*, edición de 22 de abril de 2011, pp. 34 y 35.

⁵⁰ Véase así el §2 de la Ley Presupuestaria Federal (Bundeshaushaltsgesetz 2013 – BHG 2013), redactada conforme a los criterios de la reunión trilateral (Bund, Länder y Comunidades), de 29 de noviembre de 2011, en Salzburgo y el artículo 5 del Österreichische Stabilitätspakt (ÖStP) de 2012.

Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) n.º 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; Reglamento (UE) n.º 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

IV. DESARROLLO Y RESULTADOS

A finales de agosto ya nos encontrábamos con el titular en los periódicos que venía a decir que Europa forzaba a España a cambiar la Constitución, para limitar el déficit⁵¹; de lo contrario, por lo visto, desde instancias de la Unión Europea no se apoyaría la compra de deuda española por el Banco Central Europeo para dotar de liquidez nuestra economía. La unión entre las dos grandes formaciones políticas, PSOE y PP, en pro de la reforma, pronosticaba no obstante una mayoría holgada para llevar a buen término la modificación del artículo 135 de la Constitución. La principal características que podemos destacar en la reforma del artículo 135 fue la rapidez con que fue realizada (12 días)⁵², de ahí que se haya dicho que se trataba de una *express*⁵³, consecuencia obvia del consenso de las dos principales fuerzas políticas en llevar la revisión a buen término. De hecho, si bien a finales de agosto –el día 24 de agosto de 2011, respectivamente– nos encontrábamos con esta exigencia de reforma desde instancias europeas publicada en los periódicos, en la madrugada del día 26 de agosto ya se presentó el texto de la proposición de nueva versión del artículo⁵⁴. Se daba además la peculiar circunstancia de que

⁵¹ Véase, por ejemplo, la noticia «Europa fuerza a Zapatero a cambiar la Constitución», en el rotativo *El Mundo*, edición de 24 de agosto de 2011, pp. 1 y 15.

⁵² Véase así, por ejemplo, Joan OLIVER ARAUJO, «La reforma de la Constitución es innecesaria y precipitada», en el *Diario de Mallorca*, edición de 11 de septiembre de 2011, pp. 12 y 13. Más brevemente, véanse las declaraciones del mismo autor hechas públicas en la noticia «La reforma constitucional consagra la sumisión al poder económico», *ibidem*, edición de 21 de septiembre de 2011, p. 11; José María COELLO DE PORTUGAL, «Una evaluación apresurada sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución», en *Foro*, n.º 14, UCM, Madrid, 2011, p. 147.

⁵³ Enrique ÁLVAREZ CONDE, «Encuesta sobre la reforma electoral», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 93, CEPC, Madrid, 2011, p. 161.

⁵⁴ *BOCG*, Congreso de los Diputados, n.º 329-I, de 26 de agosto de 2011, pp. 1 y 2.

el día 26 de septiembre coincidía la disolución de las Cortes para la celebración de elecciones el 2011⁵⁵. De ahí que la iniciativa o propuesta de reforma se sometería a la aprobación del Parlamento por vía de urgencia y lectura única (artículos 91 y 150 del Reglamento del Congreso y 133 y siguientes del Reglamento del Senado), para que estuviese lista antes del día 26 de septiembre de 2011. El 30 de agosto, se produjo la toma en consideración previa y se aprobó tramitar la reforma por una mayoría de 318 votos a favor y 16 en contra⁵⁶, la votación definitiva en lectura única en el Congreso sería el 2 de septiembre de 2011, con un total de 316 votos a favor, 5 en contra (2 PSOE, por error, 2 CC y 1 UPyD), 29 escaños no emitieron su voto, correspondientes a los nacionalistas y al Grupo IU. La aprobación se consumó en la Cámara Alta con 233 votos a favor, y 3 en contra⁵⁷, el 7 de septiembre de 2011.

Obviamente la requisitoria de la Unión Europea presupponía incluir a las Comunidades Autónomas en el deber de cumplimiento de un techo máximo de disciplina fiscal. Precisamente por eso, los partidos nacionalistas manifestarían su temor, desde el principio, a la reforma. El nuevo tenor del artículo 135 de la Constitución venía a suponer para ellos una restricción a las posibilidades financieras o como ellos decían un «ataque a su autogobierno»⁵⁸. En cambio, lo cierto es que la reforma no hacía distinciones y era aplicable por igual a todas las Comunidades Autónomas, independientemente del dispar régimen económico y fiscal que pudieran disfrutar⁵⁹. Además, esta postura chocaba con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que precisamente en julio de ese año, en su STC 134/2011, había vuelto a indicar la capacidad del Estado central de determinar objetivos de estabilidad presupuestaria, al entender esta determinación como una función propia estatal derivada del Art. 149.1.d de la Constitución⁶⁰.

⁵⁵ Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, *BOE* n.º 232, de 27 de septiembre de 2011.

⁵⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 269, de 30 de agosto de 2011, pp. 2 y 23.

⁵⁷ *Diario de Sesiones del Senado*, n.º 130, de 7 de septiembre de 2011, p. 7739.

⁵⁸ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 270, de 2 de septiembre de 2011, pp. 2, 6 y 10; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 269, de 30 de agosto de 2011, pp. 17 y 19.

⁵⁹ Véase Jorge DE ESTEBAN, «El desbloqueo de nuestra Constitución», en el diario *El Mundo*, edición de 27 de agosto de 2011, p. 10.

⁶⁰ Sobre la base de las SSTC 237/1992, de 15 de diciembre, 171/1996, de 30 de octubre, 103/1997, de 22 de mayo, y 62/2001, de 1 de marzo, el Tribunal incide en «la competencia del Estado para conseguir la estabilidad económica interna y externa», su «responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general», y de que «la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria se inscribe en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE, proyectándose sobre el triple nivel territorial de nuestro ordenamiento: esta-

Después, el cambio político producido tras las elecciones de noviembre de 2011 no trajo realmente una mayor tranquilidad a los mercados, puesto que el diferencial sobre el bono alemán continuó manteniéndose en niveles difícilmente sostenibles (véase el Gráfico n.º 5), lo que seguía dificultando el acceso al crédito del soberano español en un momento en que las necesidades de financiación eran acuciantes⁶¹. Como prueba de ello, el Fondo de Financiación para el Pago a Proveedores constituido en 2012 (Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores) se dotó no tanto con emisión de deuda en los mercados, sino por medio de la contratación de operaciones de préstamos «tradicionales» con la banca española por importe de 30.835 millones de euros⁶². Las tensiones que estaban sufriendo las cuentas públicas por la falta de financiación incluían, entre otras cosas, no sólo una demora notable en el pago de facturas a proveedores típicos, sino también a determinados ámbitos sociales sensibles, en particular de suministro de hospitales públicos (nuevamente nos remitimos al gráfico n.º 4), lo que conllevó incluso casos de amenazas de empresas farmacéuticas de corte de abasto de medicamentos básicos⁶³, como

tal, autonómico y local». Sobre la STC 134/2011, de 22 de julio, véase, por ejemplo, Miguel ESPARZA OROZ, «La jurisdicción constitucional sobre la legislación de estabilidad presupuestaria», en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 52, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, pp. 207-227.

⁶¹ «En línea con la evolución de las rentabilidades, las primas de riesgo soberano de un conjunto amplio de economías europeas alcanzaron máximos del año a finales de julio como consecuencia de la intensificación de las tensiones en los mercados de deuda. En el caso del bono español y del italiano, el diferencial de tipos de interés respecto al bono alemán alcanzó los 635 p.b. y los 534 p.b., respectivamente, en aquellos momentos (...). A mediados de septiembre, los diferenciales de tipos de interés respecto al bono alemán a diez años se situaban en 412 p.b. en España, 366 p.b. en Irlanda y 336 p.b. en Italia, lo que supone un descenso de 223 p.b., 198 p.b. y 141 p.b., respectivamente, en relación con los valores de finales de julio». Véase así, con gráficos adicionales, el informe «Los mercados de valores y sus agentes: situación y perspectivas», en el *Boletín de la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Trimestre 3, CNMV, Madrid, 2012, pp. 18, 19 y 45.

⁶² Véase nota de prensa del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 16 de mayo de 2012, en la que se detallan el importe asignado a cada entidad para cubrir las necesidades del mecanismo de liquidez.

⁶³ Ya en septiembre de 2011, la multinacional Roche advertía de que el periodo de impago de suministros en España rondaba cifras de entre 700 y 900 días. Véase la noticia «Las Comunidades Autónomas pagan a Roche con 700 días de retraso», en el diario *ABC*, edición de 20 de septiembre de 2011, p. 54. A mediados de 2012, las facturas impagadas con empresas farmacéuticas parece que llegaba a los 20.000 millones de euros, lo que llevó a alguna multinacional farmacéutica a plantearse endurecer las condiciones de pago del abastecimiento a aquellos centros de salud que acumulaban una mayor demora con la multinacional suiza. Véase así la noticia «Roche endurece el suministro a los 12 hospitales más morosos», en el rotativo *El País*, edición de 27 de mayo de 2012, p. 20.

ya había ocurrido en Grecia⁶⁴ y Portugal⁶⁵ y de ayudas sociales⁶⁶; luego le seguiría la aparición de noticias en prensa que anunciaban el retraso en el pago de las nóminas de empleados de las Comunidades Autónomas con problemas de tesorería⁶⁷. Todo esto suponía un riesgo añadido, pues dañaba en gran manera el aguante de la economía española y, lo que era peor, su credibilidad de devolución y pago a mayores niveles, espantando la posibilidad de renovación del flujo de inversión extranjero e incentivando la fuga de capitales⁶⁸, dando a vislumbrar que la crisis se podía extender *per saecula saeculorum*. Las turbulencias paralelas en el euro causadas por Grecia, Portugal e Italia, respectivamente, ahondaban todavía más en esa dificultad de recuperación, pues multiplicaban el volumen de la deuda y la desconfianza en la capacidad para frenar su escalada. Así pues, todavía en 2012, la economía española se situaba en un punto crítico.

Para que uno se pueda hacer una idea de lo que significa el coste de la prima de riesgos y su impacto en la «vida real», simplemente hay que pensar que si en el año 2016 sólo el Tesoro (sin tener en cuenta al resto de administraciones) tiene que realizar una emisión bruta de 221.694 millones de eu-

⁶⁴ Véase la noticia «Roche corta el suministro de medicinas a hospitales helenos» en el rotativo *ABC*, edición de 19 de septiembre de 2011, p. 32.

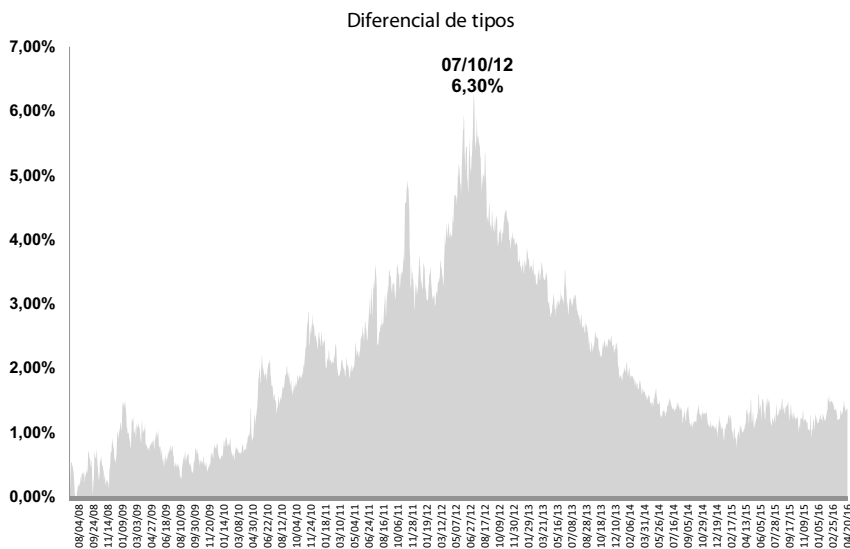
⁶⁵ Véase la noticia, «Roche retira el suministro a 23 hospitales lusos», en el diario *ABC*, edición de 29 de febrero de 2012, p. 53.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, la noticia «Cataluña no puede pagar la atención a los dependientes», en el rotativo *ABC*, edición de 31 de julio de 2012, pp. 36 y 37.

⁶⁷ Véanse, por ejemplo, las noticias «La Generalitat suscribe un crédito al 6% para pagar las nóminas», en *El Mundo*, edición de 29 de diciembre de 2011, p. 15; «Cataluña necesita 560 millones urgentes para septiembre», en el rotativo *ABC*, edición de 29 de septiembre de 2012, p. 20. En concreto, en relación con los pagos a la Universidad pública de Cataluña, véase la noticia «Cataluña es la única Comunidad Autónoma donde se han tenido que aplazar las nóminas», en *ABC*, edición de 16 de diciembre de 2012, p. 64. Respecto al «rescate» del Estado central, véase la noticia «Las cuentas de Cataluña bajo mínimos: El Gobierno anticipa 120 millones para pagar nóminas», en *ABC*, edición de 5 de septiembre de 2012, p. 22.

⁶⁸ «Sumados a los casi 31.000 millones que ya se habían fugado entre enero y febrero de 2012, en el conjunto del primer trimestre de 2012 se exiliaron 97.090,9 millones de euros —es decir, 12.350 euros por segundo—, un volumen sin precedentes (...). Lo más llamativo es cómo se desglosa esa cifra, puesto que 26.163,9 millones de euros proceden de la fuga de dinero desde España, es decir, por parte de ahorradores e inversores que tenían ese dinero en suelo español. Los otros 20.248 millones procedieron de la cantidad que los extranjeros sacaron de España». Así, la noticia «Fuga de capitales: España sufre en marzo la mayor salida de dinero de la historia», en el diario *El Economista*, edición de 31 de mayo de 2012, p. 12. Entre junio de 2011 y junio de 2012 un total de 296.000 millones de dólares habrían salido de España, lo que equivale al 27% del PIB de 2011. Véase así el informe del Fondo Monetario Internacional *Global Financial Stability Report, october 2012*, International Monetary Fund, Washington D.C., 2012, pp. 27 y 28.

Gráfico n.º 5. Diferencial del bono a 10 años español sobre el bono alemán a 10 años



Fuente: Bloomberg.

ros⁶⁹ para cuadrar el presupuesto (léase sufragar el déficit) y refinanciar vencimientos, una subida del 1% supondría aumentar en 2.217 millones de euros el pago de intereses; y, una de dos, o se recortan gastos del presupuesto o se incrementa la deuda por ese importe, salvo que haya una nueva subida de impuestos, con las negativas repercusiones que ello tendría. Teniendo en cuenta que el gasto no financiero consolidado de los Presupuestos Generales del Estado para 2016 asciende a 314.484 millones de euros, de los que el pago de intereses supone 33.554,52 millones de euros (10,4% del total)⁷⁰, queda muy clara la negativa repercusión de una hipotética subida de la prima de riesgos. Todo lo anterior, sin perjuicio del impacto en las economías domésticas: aumento del coste de los préstamos consumo, para adquisición de viviendas, a empresas, etc.

⁶⁹ Fuente: *The Treasury's Funding Programme for 2016*, p. 4. Documento disponible en: http://www.tesoro.es/sites/default/files/Presentacion/Kingdom_of_Spain.pdf

⁷⁰ *Informe Económico y financiero de los Presupuestos Generales del Estado para 2016*, p. 177 Disponible en red en http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE-2016Ley/MaestroDocumentos/PGE-ROM/doc/3/1/N_16_E_A_1_1.PDF

Ante tan malhadada situación, las medidas adoptadas por el nuevo Gobierno en el año 2012 se podrían clasificar en dos niveles diferenciados. El primer nivel de esta clasificación correspondería a las medidas normativo-presupuestarias y de tipo fiscal y, a su lado, casi en un apartado propio, las medidas tomadas respecto a las Administraciones territoriales. Por un lado, en lo que se refiere al Estado, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, se caracterizaría más que por el gasto público, que se contrajo moderadamente⁷¹, por determinar la mayor subida de presión fiscal en los últimos 25 años⁷². Por otro lado, en cuanto a las admi-

⁷¹ Para 2012, el Gobierno diseñaría unos presupuestos austeros. El objetivo era llegar a un déficit público del 3% del PIB en 2013, reducir el déficit del Estado en más de 17.000 millones de euros, 1,6 puntos de PIB. Respecto a los gastos presupuestarios se preveía su bajada en un 3,7% respecto a 2011. Entre otras medidas, destaca la reducción del gasto de los Ministerios en un 16,9%. En términos generales, el gasto público se redujo en especial en inversión pública, que se redujo su participación en el PIB en un 1,1 punto porcentual, hasta situarse en el 2,8%, siendo especialmente significativa la reducción de la inversión en las Administraciones Locales. El objetivo era adoptar las medidas de austeridad necesarias que permitieran cumplir con el límite de déficit para el Estado en 2012 del 3,5% del PIB, esto es, 36.976 millones de euros. Los Presupuestos para 2012 también contemplaron instrumentos de implementación de vías ya adoptadas en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Así, de conformidad con esta norma, se estableció una tasa de reposición del 0% en la Administración con la excepción de determinados colectivos, se amplió la jornada laboral a 37,5 horas semanales para los empleados públicos de todas las Administraciones Públicas, no se establecieron incrementos respecto a las retribuciones de 2011 y se redujeron las ofertas de empleo público. Así, en el marco del gasto del personal activo de la Administración, se consiguió llegar a una disminución del 2,6% respecto a los PGE de 2011. Véase así el documento *Actualización del programa de estabilidad. 2012-2015*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2015, pp. 31-36. Documento disponible en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/CDI/Programas%20de%20Estabilidad/Programas%20de%20Estabilidad%202012-2015.pdf>.

⁷² El total de ingresos impositivos previsto para 2012 se elevaba a 167.797 millones de euros, lo que representa un aumento de 6.907 millones, un 4,3% sobre la recaudación de 2011. Las principales medidas tributarias adoptadas para el año 2012 incidían especialmente en los impuestos directos. La primera medida, que ya se contemplaba en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, suponía la aplicación de un gravamen complementario, temporal y progresivo, a la cuota íntegra del IRPF. Este gravamen se aplicaría temporalmente, durante los ejercicios 2012 y 2013, con unos porcentajes que oscilan entre el 0,75% para las rentas más bajas, hasta el 7% para las rentas superiores a 300.000 euros. Asimismo, se establecía un gravamen complementario para las rentas del ahorro en porcentajes que oscilaban entre el 2% para los rendimientos de hasta 6.000 euros y el 6% para rendimientos superiores a 24.000 euros. Un segundo grupo de medidas, contempladas en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del

nistraciones territoriales, se endurecieron los objetivos de déficit, no permitiendo desequilibrios a las Entidades Locales, y reduciendo los anteriormente existentes para las Comunidades Autónomas⁷³. En efecto, a partir de 2012, se empiezan a dictar una serie de normas tendentes a materializar los objetivos planteados desde la reforma del artículo 135 de la Constitución de 2011 y dotar de fuerza a la Administración central frente a las Administraciones territoriales, a fin de garantizar un mayor control sobre el déficit y la deuda. Se aprueba así la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que recoge, en gran parte, lo dispuesto en la modificación constitucional, y, por otro, se puso además en marcha, como se ha dicho, el Fondo de Pago a Proveedores y el Fondo de Financiación Autonómico, a fin de solucionar el problema de la deuda comercial pendiente, así como para dotar de los necesarios recursos a las Comunidades Autónomas con mayores problemas de acceso al crédito⁷⁴. El segundo nivel se corresponde con la articulación de vías de control y transparencia por vía de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. A través de esta norma se determinan mecanismos

déficit público, iban dirigidas a aumentar la tributación efectiva de las personas jurídicas y el afloramiento de rentas. A tales efectos se modificaba el Impuesto de Sociedades para buscar una mayor exacción de parte de las grandes empresas. Entre otras cosas, se determinaban nuevos límites para la deducción de los gastos financieros empresariales, indicándose un límite de deducción de este tipo de gastos hasta el 30% del beneficio del ejercicio. Se introducía igualmente un gravamen especial para rentas provenientes del extranjero, también respecto a rentas de que permitieran la repatriación de dividendos. Asimismo, se venía a aprobar un programa para incentivar que los contribuyentes del IRPF, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no residentes pudieran regularizar su situación tributaria, a través de la declaración de bienes o derechos, hasta entonces, opacos a la Hacienda Pública. Véase así el documento *Actualización del programa de estabilidad. 2012-2015*, cit., pp. 31-37. Véanse, asimismo, los estudios *Los Presupuestos Generales del Estado para 2012*, del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2012, pp. 19-29, y *PGE de 2012 desde una perspectiva empresarial*, n.º abril, CEOE, Madrid, 2012, pp. 5 y 11. Disponible en red en http://www.cent7dias.es/BOLETINES/354/Informe_PGE-2012.pdf.

⁷³ Los esfuerzos de consolidación presupuestaria más intensos se producirían en los años 2012 y 2013, durante los que el déficit público tenía que reducirse hasta situarse en el 3% del PIB. En el periodo 2012-2013, la Administración Central debía llegar a reducir 2,6 puntos, las Comunidades Autónomas 2,4 puntos y las Corporaciones Locales y las Administraciones de Seguridad Social 0,4 y 0,1 puntos, respectivamente. *Actualización del programa de estabilidad. 2012-2015*, cit., pp. 39 y 38.

⁷⁴ La puesta en marcha de estos fondos afloró una deuda materializada en facturas pendientes, subvenciones no abonadas y deudas inter-administraciones, cuya regularización se ha prolongado incluso hasta 2015 con la puesta en marcha del Fondo de Financiación Local, a fin de que las Comunidades Autónomas puedan ir zanjando las deudas y débitos que también mantenían con las Administraciones locales.

que facilitaran el seguimiento mensual de las magnitudes financieras en todos los niveles de la Administración, haciendo públicas las cifras presupuestarias con una periodicidad inimaginable dos años antes. Se pasó de publicar las cifras de déficit en los meses de octubre/noviembre posteriores al cierre del ejercicio, a facilitar avances mensuales con un decalaje de dos meses sobre mes vencido, tanto del Estado, como de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, (respecto de éstas últimas, sólo en Entidades Locales que entran dentro del ámbito subjetivo de los artículos 111 y 135 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que son las que realmente son significativas). Esta facilidad se ha conseguido gracias a la ampliación de la información obligatoria legal de suministro de información prevista en la Ley Orgánica 2/201 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y su posterior desarrollo reglamentario⁷⁵. A pesar de que lo anterior ha supuesto un notable avance en la transparencia debida por parte de las administraciones hacia los ciudadanos y una potentísima herramienta para la toma de decisiones por parte del Gobierno, poniendo a España a la cabeza de todos los países de nuestro entorno, llamamos la atención sobre el hecho de falta de datos a estos niveles referidos a las provincias vascas, ya que la información del Ministerio se obtiene indirectamente vía diputaciones forales y, por lo que se ve, la coordinación no es todo lo eficiente que cabría esperar y no están disponibles los mismos datos que los publicados para los entes situados en territorio común.

Podemos preguntarnos si la reforma constitucional y las medidas complementarias citadas han alcanzado su objetivo, siendo tal objetivo obviamente la reducción del déficit. A pesar de la declaración del artículo 135 de la Constitución y de las medidas que contempla la Ley de rango orgánico 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que dota de instrumentos coercitivos al Gobierno para el control de los desequilibrios en las Administraciones territoriales, lo cierto es que en las Comunidades Autónomas la situación dista mucho de ser la ideal y pone en tela de juicio la posibilidad de que el artículo 135, en lo que se refiere al «principio de estabilidad presupuestaria» y de contención del déficit en los límites determinados por la Unión Europea, pueda cumplirse en sus estrictos términos. De hecho, desde la reforma de septiembre de 2011 y la aparición de la Ley Orgánica 2/2012 los gobiernos regionales han ido concatenando planes económicos financieros (de acuerdo a lo que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012) considerados idóneos por

⁷⁵ Véase Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

los respectivos Consejos de Política Fiscal y Financieros y, con la misma facilidad, se han ido incumpliendo uno tras otro sin ninguna consecuencia diferente a la necesidad de solicitar autorización al Gobierno para la toma de deuda, que puntualmente se les otorga tras la presentación de nuevas medidas teóricas, que, nuevamente, se vuelven a incumplir⁷⁶. Las únicas excepciones en materia de ajuste del déficit serían Canarias, Galicia y País Vasco, lo que probaría que las determinaciones del artículo 135 de la Constitución y las exigencias normativas de desarrollo no son un imposible en todo caso⁷⁷. Y lo mismo puede decirse en relación con las Entidades Locales, donde la aplicación estricta de la Ley Orgánica 2/2012 y de las disposiciones de resolución de la morosidad con proveedores en este tipo de Administraciones ha llevado a que en 2014 y en 2015 se pudieran cerrar sus cuentas con un superávit global, sin perjuicio de algunos casos puntuales aislados. Por ello, podremos, por lo tanto, afirmar que las Entidades Locales son parte de la solución, no del problema⁷⁸. En cuanto al Estado central, en los últimos dos años ha encajado, con alguna pequeña diferencia, sus desequilibrios en los límites comprometidos. Sin embargo, a nivel agregado, los resultados no han sido plenamente satisfactorios, según se puede inferir de la cuadro n.º 2, por lo que no podremos afirmar que no se ha ejecutado dentro de los límites pactados con la Unión Europea en los denominados «Programas de Estabilidad», dando así por no cumplido lo dispuesto en el artículo 135.2 de la Constitución en lo referente al Estado, que no en lo tocante a las autonomías⁷⁹.

⁷⁶ Véanse los seguimientos económicos a dichos estudios en los sucesivos Informes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de seguimiento de los Planes económico-financieros (2012-2015), en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/PEFSeguimientoComunidadesAutonomas.aspx>.

⁷⁷ Dentro del objetivo estatal del 0,7% del PIB, Canarias se encuentra en un -0,54, Galicia en un -0,57 y País Vasco con un -0,69. Véase así el documento *Déficit de las Administraciones Públicas 2015*, Ministerio de Hacienda (31 de marzo de 2016), p. 7. Disponible en red en <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/31-03-16%20DeficitAAPP2015.pdf>.

⁷⁸ En el 2011 esta posibilidad se veía como pura quimera, incluso por el propio Tribunal de Cuentas, que lo veía un imposible sobre la base de la opacidad de las mismas cuentas de las Entidades locales y lo elevado de su número (en torno a 8113 localidades). A fecha de 2015, en cambio, hay ya un superávit presupuestario del 97% en las entidades. Véase así la comparecencia del Antonio Beteta Barreda, Secretario de Administración Públicas en la Comisión de Entidades Locales en el Senado, el día 5 de mayo de 2015, p. 6. Para más detalles puede consultarle la página de Internet del Ministerio de la Presidencia: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/minhap/Paginas/2015/050515betetasenado.aspx>.

⁷⁹

Cuadro n.º 2. Objetivos de estabilidad y resultado alcanzado ⁸⁰

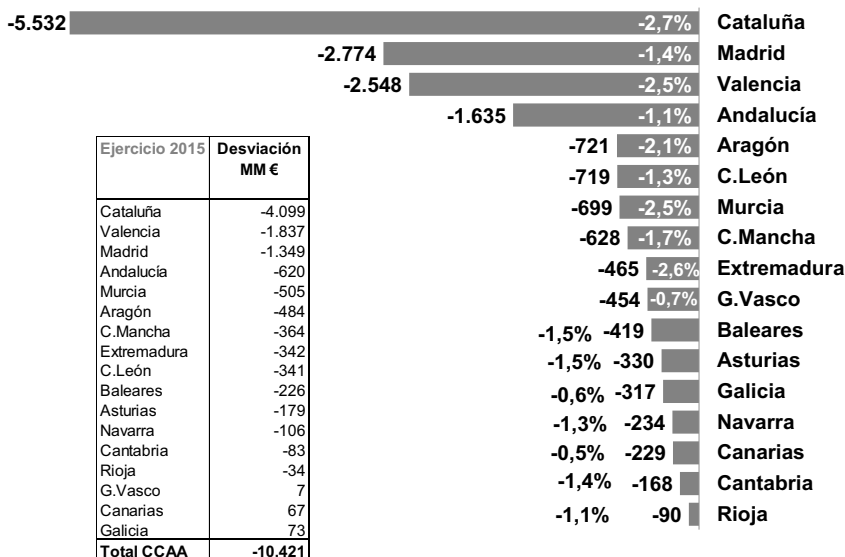
% PIB	2014		2015	
	Objetivo	Alcanzado	Objetivo	Alcanzado
Estado	-3,5%	-3,7%	-2,9%	-2,8%
Seguridad Social	-1,0%	-1,0%	-0,6%	-1,3%
CCAA	-1,0%	-1,7%	-0,7%	-1,7%
EELL	0,0%	0,6%	0,0%	0,4%
Total España	-5,5%	-5,9%	-4,2%	-5,2%

A finales de febrero de 2016, la Comisión Europea volvería a advertir a España que el déficit de conjunto de la Administración Estado-Comunidades Autónomas es de las más elevadas de la Unión Europea, en torno al 4,8% del PIB, en la ingenua impresión de que el Estado podrá llegar a contener de algún modo los desajustes en las Comunidades Autónomas que contabilizan un total de 17.672 millones de euros al cierre de 2015⁸¹, en particular de Cataluña que encabeza la lista del ranking de incumplimiento con -5.532 millones de euros, tal y cómo exponemos en el gráfico n.º 6, en el que, además, puede observarse el exceso sobre el objetivo marcado.

⁸⁰ Intervención General de la Administración del Estado: <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/ContabilidadNacional/infadmPublicas/Paginas/administracionespublicas.aspx> y Actualización del Programa de Estabilidad Reino de España 2013-2016 http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/Estadisticas%20e%20Informes/Plan_estabilidad/progest_2013-2016.pdf

⁸¹ Véase el *Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*, Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión Europea, 26 de febrero de 2016, p. 3. Texto disponible en red en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2016/cr2016_spain_es.pdf.

Gráfico n.º 6. Déficit de las Comunidades Autónomas en 2015, en millones de euros y % del PIB, y desviación respecto del objetivo marcado⁸²



El Ministerio de Hacienda haría una nueva exhortación a Aragón y Extremadura –los días 6 y 7 de abril de 2016, respectivamente, son las fechas en las que se ha producido dicho aviso– de que parece estar dispuesta a hacer uso de alguno de los medios coercitivos que determinan las Secciones 2.^a y 3.^a de la Ley el artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2012, concretamente la retención de transferencias del Estado para pago de proveedores en dichas Comunidades Autónomas⁸³; posteriormente, ha dado quince días a las Comunidades Autónomas con desajuste para que cumplan con el ajuste y corregir la constante del incumplimiento de los compromisos con la Unión Europea del contención del gasto público⁸⁴. A

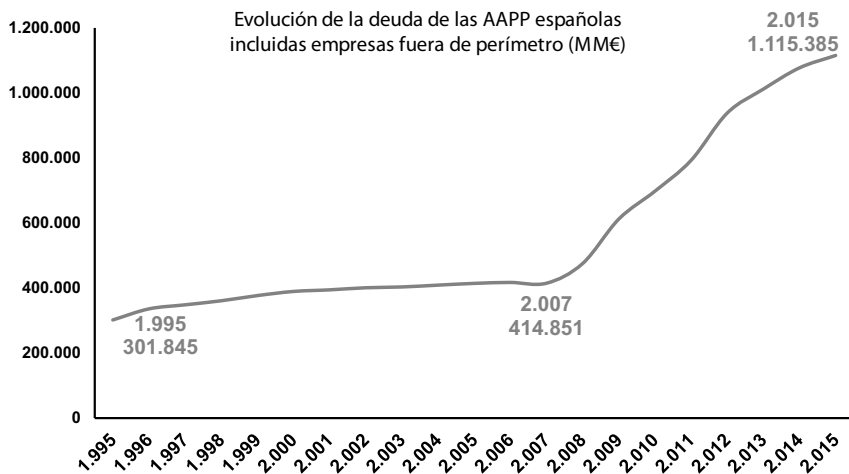
⁸² Fuente: Intervención General de la Administración del Estado, disponible en: <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/ContabilidadNacional/infadmPublicas/Paginas/administracionespublicas.aspx>

⁸³ Véanse las noticias «Hacienda embarga a Extremadura y Aragón por los retrasos en sus pagos», en *El País*, edición de 6 de abril de 2016, pp. 1 y 39; «Montoro estrena la presión a las Comunidades Autónomas con Aragón y Extremadura», *El Mundo*, edición del 6 de abril de 2016, p. 29.

⁸⁴ Véase la noticia «Ultimátum de Montoro a las Autonomías: drástico recorte del gasto en dos semanas», en el diario económico *Expansión*, edición de 6 de abril de 2016, p. 22.

día de la fecha, no tenemos todavía noticias al respecto, pues el periodo de pago sigue por encima del máximo legal a abril de 2016 (última nota de prensa publicada por el Ministerio de hacienda y Administraciones Públicas al cierre del presente artículo). Estas exhortaciones, que en algunos medios se han llegado a tachar de «estado de excepción»⁸⁵, y la ya amenaza de los líderes de las Comunidades Autónomas de que no van a obedecerla⁸⁶, refleja a la perfección la mala salud de un régimen autonómico, solo preocupado en conseguir más financiación para no tener que asumir un desgaste político ante su electorado, a pesar del alto coste que ello pueda conllevar a la economía española y, más allá, a la política económica y monetaria de la Unión Europea; y, además, muestra claramente la escasa capacidad de coercibilidad del Estado para hacer cumplir la Constitución y la ley en este ámbito. Además, el momento político en el que ha surgido la amonestación reglamentaria del Ministerio de Hacienda —en un periodo de interinidad del Ejecutivo— coloca dicha amenaza en una posición casi volátil y deja entrever muy bien otra vez la intención velada de dejar pasar ya la «patata caliente» del control del déficit al próximo Gobierno.

Gráfico n.º 7. **Deuda de las Administraciones Públicas, incluida la correspondiente a empresas fuera del perímetro de consolidación**⁸⁷



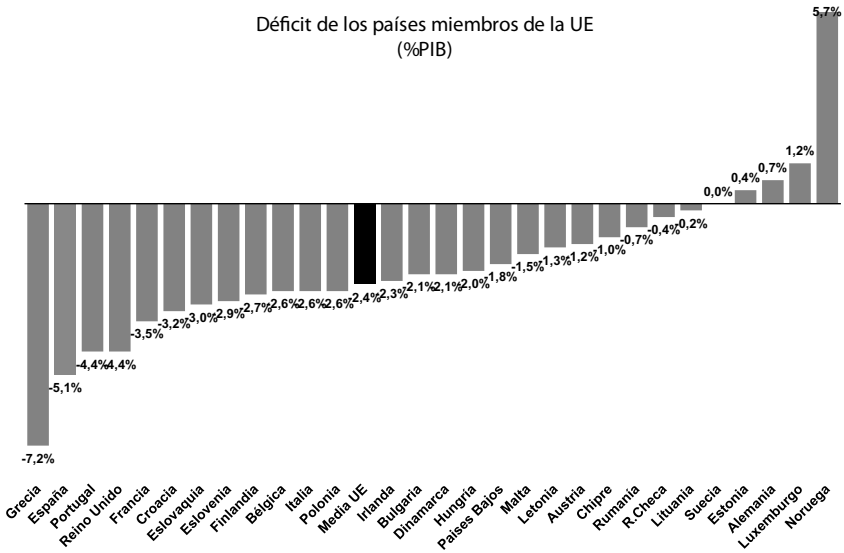
⁸⁵ Xavier VIDAL-FOLCH, «Estado de excepción autonómica», en *El País*, edición del 7 de abril de 2016, p. 38.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, la noticia, «Cataluña lidera la rebelión de las Comunidades Autónomas contra Montoro», en el rotativo *El Mundo*, edición de 8 de abril de 2016, p. 32.

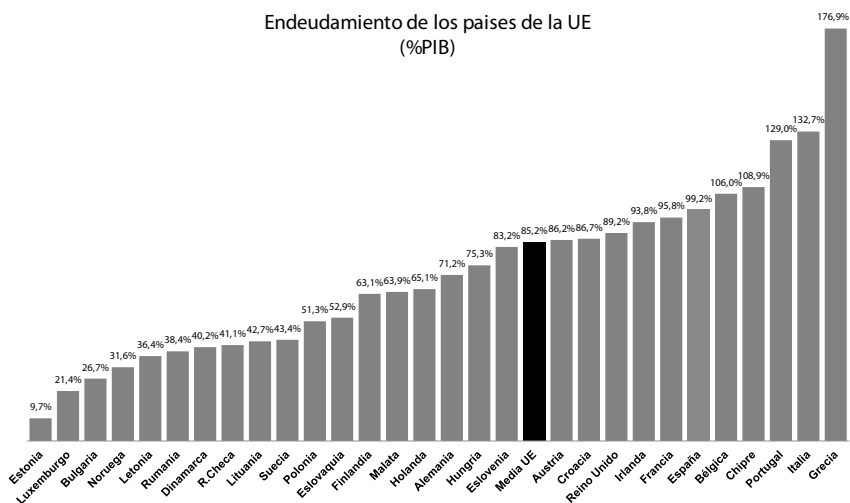
⁸⁷ Fuente: Boletín Estadístico del Banco de España, marzo 2016, p. 209 cuadro 11.4 y p. 214 cuadro 11.14.

Igualmente debemos preguntarnos en qué posición estamos, en relación a nuestros socios de la Unión Europea, respecto a los niveles de deuda y déficit al cierre de 2016 y si, tal y cómo reclaman algunos partidos políticos existe capacidad de aumento del gasto y, consecuentemente de la deuda, sobrepasando la reforma del artículo 135. A este respecto, los gráficos n.º 8 y n.º 9 hablan por sí solos:

Gráfico n.º 8. Déficit de los Estados de la Unión Europea medido en % PIB⁸⁸



⁸⁸ Fuente: Eurostat, disponible en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do>

Gráfico n.º 9. Deuda de los Estados de la Unión Europea medida en % PIB⁸⁹

Han seguido aumentando, tal y como ponemos de manifiesto en el gráfico n.º 7 en el que se añade a la deuda en términos del Sistema Europeo de Cuentas (1.072 millones de euros) la deuda de las empresa fuera del perímetro de consolidación (43.202 millones de euros adicionales) y si se ha rebajado el coste de la financiación esto se ha conseguido por una parte debido a las políticas de compra de deuda pública establecidas por el Banco Central Europeo, abarataamiento del coste del dinero por esa misma autoridad y, descendiendo al nivel de las administraciones territoriales, debido a la intervención de facto del mercado en base al denominado «Principio de Prudencia Financiera»⁹⁰ que regula legalmente el precio máximo de la deuda rompiendo la libertad de contratación del mercado y hace que algunas contrapartes se beneficien de unos diferenciales que no les correspondería en base a su calidad crediticia, sin perjuicio de una más que eficiente gestión efectuada por los profesionales del Tesoro.

En el caso de las Comunidades Autónomas la deuda ha seguido creciendo y creciendo en la medida en que el Estado les ha facilitado una fi-

⁸⁹ Fuente: Eurostat, disponible en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do>

⁹⁰ «Principio de Prudencia Financiera», definido en la Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las Entidades Locales, y de las Comunidades Autónomas que se acojan al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas.

nanciación preferente durante 2015 para sufragar el déficit previsto del ejercicio, el pago; la refinanciación a coste 0% el primer año de las amortizaciones de deuda pública de banca extranjera y doméstica; el sobredéficit incurrido en ejercicios anteriores; los pagos pendientes a Entidades Locales (Fondo de Financiación Municipal); y, finalmente, también las demás posibles necesidades de financiación. Qué duda cabe que también en este punto es Cataluña la Comunidad Autónoma que tiene niveles más preocupantes, si nos atenemos a su notoria dependencia del Estado para su financiación (a modo de ejemplo, el Estado ha inyectado 43.343 millones de euros a la Comunidad Autónoma de Cataluña, que representa el 33% de su deuda consolidada)⁹¹ y al hecho de que la agencia de calificación *Standard & Poor's* está decidida a rebajar la calificación de su deuda hasta el denominado *selective default*⁹². Así, la indisciplina presupuestaria ha dado lugar a nueva deuda, ya que ésta es la consecuencia directa de aquella. Como dato anecdótico, el Estado permite a las Comunidades Autónomas financiar mediante deuda la devolución de las liquidaciones del sistema de financiación de 2008 y 2009, que a su vez facilita por medio del Fondo de Financiación Autonómico, es decir: ¡el Estado presta a las Comunidades Autónomas para que le devuelvan en 10 años el aplazamiento de las liquidaciones que debieron afrontarse en 2010 y 2011 y que, en su momento, se fraccionaron en 10 años!⁹³.

En el punto opuesto, nuevamente, encontramos a las Entidades Locales, que desde 2014 siguen una clara tendencia de desapalancamiento, estando próximo a niveles de 2009 (véase gráfico n.º 10) lo que, a nuestro juicio, es un claro exponente de que la aplicación del precepto constitucional conseguiría una drástica mejora en las finanzas públicas⁹⁴.

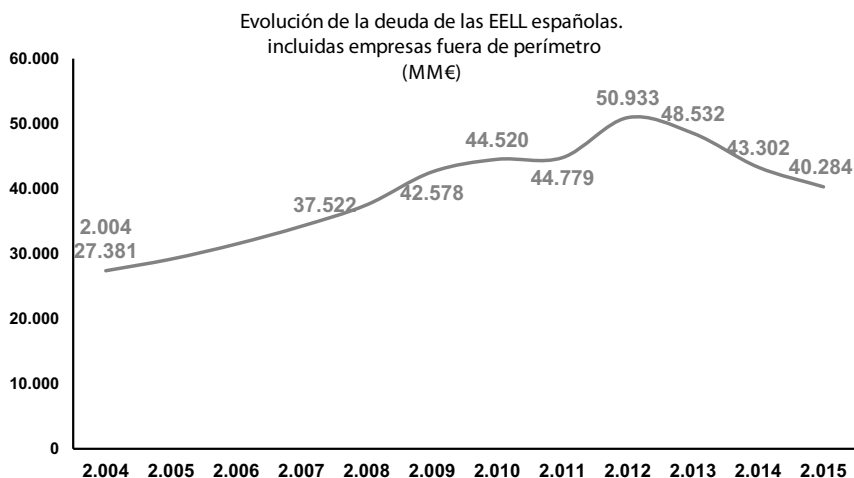
⁹¹ Fuente: Boletín Estadístico del Banco de España, marzo 2016, p. 235 cuadro 13.6.

⁹² Véase el informe *Research Update: Autonomous Community of Catalonia Downgraded To 'B+' On Weakening Financial Management; Outlook Negative*, Standard & Poor's, de 18 de marzo de 2016.

⁹³ Véase Nota de Prensa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de fecha 22 de abril de 2016.

⁹⁴ Esto contradice, de algún modo, la idea de que son precisamente las Comunidades Autónomas las garantes en todo caso del bienestar y el sostén de las estructuras de la educación y la sanidad, y que, por ello, es difícil tomar las medidas necesarias para una mayor contención del gasto. De hecho, hay que recordar que los ayuntamientos, precisamente, también son responsables de innumerables servicios, como, por ejemplo: transporte público, sistema de suministro de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, construcción, mantenimiento, iluminación, y policía de las vías públicas, construcción y mantenimiento de zonas verdes, control de tráfico, seguridad vial, protección civil, plazas de abastos, cementerios, etc.

Gráfico n.º 10. Deuda de las Administraciones Públicas, incluida la correspondiente a empresas fuera del perímetro de consolidación⁹⁵



A pesar de que el artículo 135 de la constitución no aparece mención alguna al pago a proveedores comerciales, la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que nace como mandato de desarrollo del citado artículo 135, si hace mención a aquello, al definir en su artículo 4.2 el denominado «principio de sostenibilidad financiera», definido como «la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea», entendiéndose como sostenibilidad de la deuda comercial el hecho de no superar el periodo medio de pago a proveedores el plazo máximo legal, que en la actualidad se fija en 30 días⁹⁶

A este respecto, las medidas de liquidez en las Comunidades Autónomas han reducido notablemente el problema, según podemos deducir de observar la situación que mostrábamos en el gráfico n.º 2 (impagos a los proveedores sanitarios) y el gráfico n.º 11 en el que se detalla el periodo medio de pago calculado legalmente⁹⁷, correspondiente al mes de enero de 2016. Sin embar-

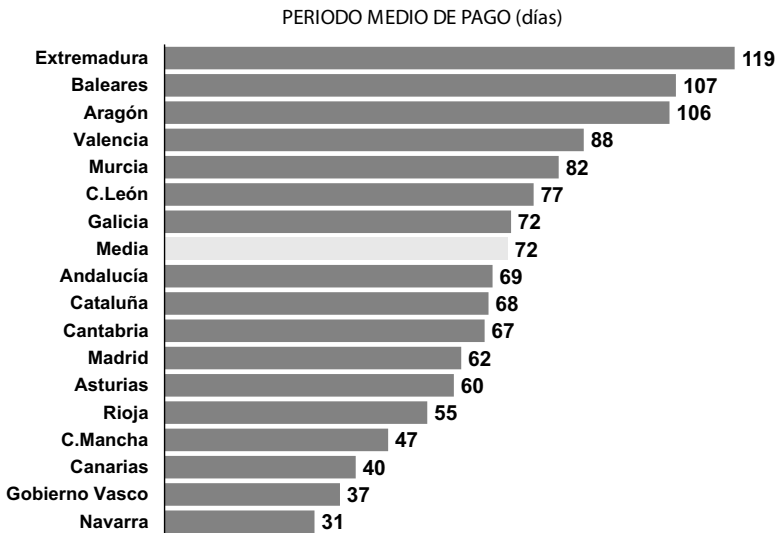
⁹⁵ Fuente: Boletín Estadístico del Banco de España, marzo 2016, p.209 cuadro 11.4 y p.214 cuadro 11.14.

⁹⁶ Atr. 4.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁹⁷ Ratio que se obtiene según el procedimiento previsto en el Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del periodo medio de

go deberemos tener en cuenta dos cuestiones interconectadas. Por un lado, que la inyección de liquidez no ataja el problema que subsiste: el déficit, ya que lo que hace el Estado es formalizar un préstamo con las Comunidades Autónomas, y éste a su vez, debe utilizar la apelación de la deuda pública para poder facilitarles el dinero. Por otra parte, si en el tráfico comercial habitual el pago a 90-120 días es habitual, deberemos tener en cuenta que entre el 65%-70% de los ingresos que perciben las Comunidades Autónomas de régimen común (todas excepto la Comunidad Navarra y Vasca) provienen del sistema de financiación y éste se abona mensualmente, a excepción del resultado de la liquidación definitiva que se devenga en el mes de julio y que, por cierto, si es negativa para las Comunidades se viene aplazando su pago.

Gráfico n.º 11. Periodo medio de pago de las Comunidades Autónomas correspondiente a enero 2016⁹⁸



pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁹⁸ El periodo medio de pago que se muestra resulta de sumar 30 días al ratio calculado legalmente, ya que éste mide el exceso sobre el periodo máximo legal (30 días). Fuente: https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/PMP_NET/asp/consulta/consulta.aspx?tipoPublicacion=1

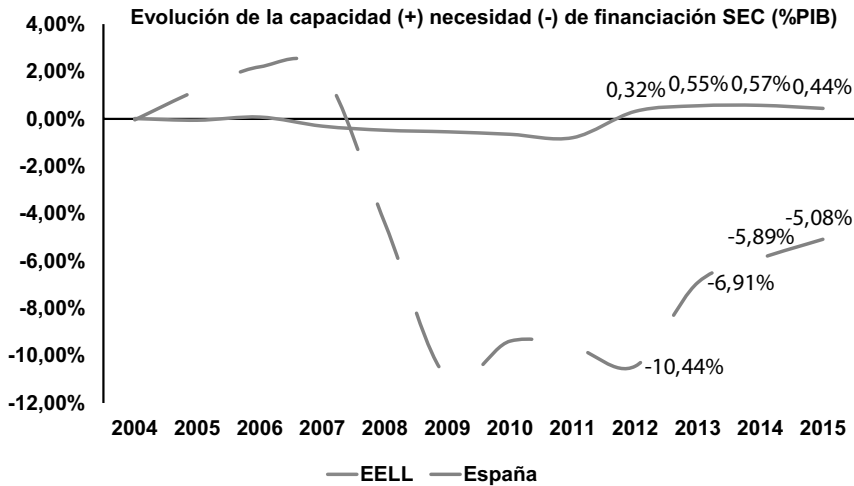
Por otra parte, sin embargo, en los ayuntamientos en que no hay el mismo nivel de apoyo por parte del Estado que por parte de las Comunidades Autónomas, el problema ha mejorado sensiblemente y el periodo medio de pago se sitúa por debajo del de las entidades autonómicas, como fácilmente puede observar en el cuadro n.º 6, sin perjuicio de que existan entidades como los Ayuntamientos de Jaén, Parala, Algeciras, Granada, Alcorcón y Gandía cuyos plazos de pago son mayores a los 8 meses de media y cuya situación financiera ha requerido de la aplicación de medidas extraordinarios de apoyo por parte del Gobierno, pero que lejos de ser la norma son la excepción. Al contrario de lo sucedido en las CCAA, y también en el Estado, la mejora de pago no ha sido consecuencia de un mayor endeudamiento, ha sido el resultado inmediato del equilibrio general en sus cuentas, consiguiendo superávit en los últimos tres años, tal y cómo pone de manifiesto el gráfico n.º 12.

Cuadro n.º 3. Periodo medio de pago de Administraciones Públicas correspondiente a enero 2016⁹⁹

Subsector	2016 – Enero		
	Ratio de operaciones pagadas	Ratio de operaciones pendientes de pago	Periodo medio de pago
Administración Central	42,67	50,55	46,67
Fondos de la Seguridad Social	35,62	43,13	39,21
Administración Local	61,95	97,56	84,80

A fin de conseguir rebajar el periodo de pago en las administraciones regionales que sobrepasan el límite legal, el Ministerio de Hacienda ha realizado una última exhortación a Aragón y Extremadura –los días 6 y 7 de abril de 2016 respectivamente– en las que avisa que hará uso del medios coercitivo que determinan las Secciones 2.ª y 3.ª de la Ley el artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2012, que se concreta en la retención de transferencias del Estado, a fin de proceder al pago de proveedores directamente en dichas Comunidades Autónomas. Al día de la fecha no se ha hecho público ni el importe de las retenciones ni el mecanismo para el cobro por parte de los acreedores.

⁹⁹ El periodo medio de pago que se muestra resulta de sumar 30 días al ratio calculado legalmente, ya que éste mide el exceso sobre el periodo máximo legal (30 días). Fuente: https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/PMP_NET/asp/consulta/consulta.aspx?tipoPublicacion=1

Gráfico n.º 12. Evolución del déficit de España Vs. Entidades Locales¹⁰⁰

Finalmente, cabe igualmente preguntarse si la revisión constitucional de septiembre de 2011 ha servido para garantizar el pago de la deuda a los acreedores financieros. A este respecto, nuestra respuesta no es halagüeña y, desde nuestra perspectiva, debemos indicar que tampoco a este respecto la normativa ha sido aplicada de manera estricta. En efecto, a pesar de que no existen datos públicos sobre impagos en las administraciones, si existen evidencias que nos llevan a sostener nuestra afirmación. En el ámbito de las Entidades Locales, el Estado ha tenido que poner en marcha el denominado Fondo de Ordenación Local, creado por medio del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y Entidades Locales y otras de carácter económico, en el que bajo la forma eufemística de ayuda a Entidades Locales para financiar sentencias judiciales firmes y apoyo a aquellas que no puedan financiarse con los precios marcados en el denominado «principio de prudencia financiera», realmente lo que se esconde es la refinanciación de buena parte de préstamos y créditos impagados con la banca hasta 2015. Esto evidencia que, de facto, no en todas las administraciones se prioriza el pago de la deuda. Por otra parte, no se ha reformado el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en lo que se refiere a la prelación de pagos de su artículo 187, el cual sigue determinado que «la expedición de las órdenes de pago habrá de acomodarse al plan de disposición de fondos de la tesorería que se establezca por el presidente que, en todo caso, deberá recoger la

¹⁰⁰ Boletín Estadístico del Banco de España, marzo 2016, p. 208 cuadro 11.2.

prioridad de los gastos de personal y de las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores», sin haber sido adaptado a lo determinado en la nueva redacción del artículo 135 de la Constitución; hecho este que argumentan algunos interventores municipales para no priorizar el pago de la deuda, argumentando no tener desarrollo el precepto constitucional. En el caso de las Comunidades Autónomas la situación es todavía más complicada, la Generalitat de Cataluña ha reconocido públicamente casos en los que no ha podido cumplir sus obligaciones de pago de créditos bancarios¹⁰¹. No sería descartable que existieran impagos en otras financiaciones con entidades domésticas en alguna de las administraciones con problemas financieros, que no se han hecho públicas ni por la banca ni por los deudores, a fin de no crear una situación de alarma en los mercados.

La aplicación estricta de la Ley y, en especial, la disciplina en el cumplimiento de la regla de gasto, el hecho de que la Ley Orgánica 2/2012 no contempla déficit en el caso de las Entidades Locales y un escenario más restrictivo en cuanto a la capacidad de contratación de deuda, han sido, a nuestro juicio, los factores clave para que éstas administraciones hayan conseguido equilibrar sus cuentas, en contraposición al resto de las administraciones, a excepción hecha de la Seguridad Social, cuyos problemas quedan fuera del marco del presente artículo. En el cuadro n.º 4 se exponen esquemáticamente las principales diferencias en cuanto a las restricciones financieras que afectan a las Entidades Locales y a las Comunidades Autónomas en cuanto al déficit y restricciones para la contratación de deuda:

Cuadro n.º 4¹⁰²

Supuesto de hecho	Entidades locales	CCAA
Ahorro neto negativo	No se pueden endeudar	No hay restricciones
Deuda superior al 75% de los ingresos corrientes	Para contratar deuda a LP precisan autorización administrativa del Estado o de la CA con competencias	No hay restricciones

.../...

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, la noticia «Puigdemont admite impago de créditos bancarios por tensiones de tesorería», en la edición digital del diario *La Vanguardia*, edición de 2 de marzo de 2016, en <http://www.lavanguardia.com/politica/20160302/40146667426/puigdemont-admite-impago-de-creditos-bancarios-por-tensiones-de-tesoreria.html>.

¹⁰² Nota: el cuadro anterior es un mero resumen comparativo, pues las normas de endeudamiento de las EELL son dispersas y complejas, no afectando igual manera a las ubicadas en cada una de las tres provincias vascas, Comunidad Navarra y el resto de España. En cuanto a las CCAA, las restricciones son mucho más complejas que las antes expuestas.

.../...

Supuesto de hecho	Entidades locales	CCAA
Deuda superior al 110% ingresos corrientes	No se pueden endeudar	No hay restricciones
Límite de los créditos de tesorería	el límite máximo de la deuda es el 30% ingresos corrientes	Auto regulación
Cómputo de las líneas de financiación	Por su límite formalizado	Por el dispuesto
Remanente de tesorería negativo	Bajo ciertos supuestos de hecho, no se pueden endeudar	No hay restricciones
Incumplimiento de los planes de ajuste derivados de los mecanismos de liquidez.	Bajo ciertos supuestos de hecho, no se pueden endeudar	No hay restricciones
Déficit en los presupuestos o en las liquidaciones	No se contempla	Se permite, dentro de los límites establecidos por el Gobierno
Endeudamiento con déficit	En caso de las EELL del ámbito subjetivo de los artículos 111 y 135 del TRLRHL para la contratación de deuda a LP se exige autorización administrativa del Estado o CA con competencias delegadas	Se puede contratar deuda en caso de que el déficit sea inferior al objetivo, caso contrario requiere autorización del Estado
Destino de la deuda a largo plazo para financiar gasto corriente (a excepción de los mecanismos de liquidez facilitados por el Gobierno).	Salvo las excepciones muy puntuales y extraordinarias previstas en los Art. y del TRLRHL, no se permite	Se permite hasta 2020
Empresas públicas con graves desequilibrios	Bajo ciertos supuestos de hecho, quedan disueltas de oficio	No hay restricciones
Empresas públicas de segundo grado (pertenecientes a otras sociedades públicas)	No se permiten	No hay restricciones

TITLE: The amendment of Article 135 of the Spanish Constitution of 1978: the legal and economic grounds for a rationalization approach, current status and results

RESUMEN: La reforma del artículo 135 de la Constitución española era necesaria por la situación irregular de la economía española desde hacía años. Nuestra adscripción a la Unión Europea y la consecución de los objetivos comunes de los Estados miembros obligaban a una reformulación en este sentido; más allá se debía adaptar nuestro espacio económico al denominado Six Pack de la Unión Europea. En este contexto, la reforma del artículo 135 de la Constitución y la aparición de la normativa posterior ha dotado al Estado de una serie de herramientas que permiten dos objetivos interconectados: por un lado, un mayor seguimiento de la evolución de las cuentas públicas a todos los niveles; por otro, un control incluso del periodo de pago a proveedores. La mayor capacidad coercitiva, las nuevas medidas financieras han mejorado notablemente el plazo de pago a los proveedores y se ha disminuido el déficit (si bien en términos relativos); en cambio, la deuda sigue su escalada. En términos de racionalización, el mejor papel lo han realizado las entidades locales. En este estudio se pretende analizar todas estas cuestiones.

PALABRAS CLAVE: Artículo 135 de la Constitución, Unión Europea, déficit, deuda pública, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales.

ABSTRACT: The amendment of the article 135 of the Spanish Constitution was necessary due to the irregular situation of the Spanish economy for several years. Our European Union membership and the common objectives of the member states forced to the economy reformulation in general; beyond Spain should adapt its financial system to the named Six Pack of the European Union. In this context, the amendment of the article 135 and the subsequent regulations have given to the State different instruments and mechanisms to achieve two purposes: on the one hand, more monitoring of the public accounts evolution; on the other hand, a control of the suppliers payments. The new sanction capacities and the new financial measures have improved the system to ensure the payment of suppliers. The deficit has come down (in relative terms). However, the public debt continues to grow. In terms of restructuring and rationalisation, the local entities have also performed well. The study intend to analyse these issues.

KEY WORDS: Article 135 of the Spanish Constitution, European Union, deficit, public debt, State, Autonomous Communities, Local Entities.

RECIBIDO: 10.05.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

EL MERCADO COMÚN

Magdalena González Jiménez

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp137-164

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. EL MERCADO INTERIOR EUROPEO. 2.1. *La libre circulación de mercancías*. 2.2. *La libre circulación de trabajadores*. 2.3. *Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios*. 2.3.1. El derecho de establecimiento. 2.3.2. La libre prestación de servicios. 2.3.3. Excepciones a ambas libertades. 2.4. La libre circulación de capitales. 2.5. *Evolución y desafíos pendientes*. 3. OTRAS EXPERIENCIAS EN PROCESO DE CONFORMACIÓN. 3.1. *El Mercado Común Centroamericano (MCCA)*. 3.2. *La Comunidad del Caribe (CARICOM)*. 3.3. *La Comunidad Andina*. 3.4. *El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*. 3.5. *La Comunidad Económica Africana (CEA)*. 3.6. *El Mercado Común del África Central y Oriental (COMESA)*. 3.7. *La Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN)*. 3.8. *El Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo (CCG)*.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS¹

El Mercado Común supone un modelo de asociación económica supranacional más avanzado que la Unión Aduanera, pues suma a la libre circulación

¹ Esta publicación se enmarca en las actividades de trabajo que desarrollo como miembro del equipo investigador de la UCLM, del Proyecto: «Constitución y Mercado en la crisis de la integración europea», DER2013-48327-C3-1-R, correspondiente al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientados a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad español. Sus investigadores principales son José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón. Se trata, a su vez, del proyecto-coordinador de un grupo de tres subproyectos: el ya mencionado, de la Univer-

de mercancías –mediante la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a las importaciones y exportaciones de mercancías originarias de los Estados miembros de la zona, y a la unificación de la política comercial con el exterior mediante el establecimiento de un arancel exterior común para productos procedentes de terceros países–, la liberalización de la circulación de todos los factores que intervienen en el proceso de producción: también las personas, los servicios y los capitales, en base al principio general de no discriminación por razón de nacionalidad y la eliminación de todo tipo de barreras al respecto: técnicas, legislativas, administrativas, etc. Sólo se admiten contadas excepciones por razones de orden público, seguridad y salud pública, que serán objeto de una interpretación restrictiva.

Pese a que otras organizaciones internacionales también aspiran a su consecución, tal y como reseñaremos en la última parte de este trabajo, el Mercado Común o Interior Europeo es, a saber, su única manifestación exitosa, aunque tampoco plenamente acabada. Su estudio constituirá, pues, el objeto principal de este ensayo.

2. EL MERCADO INTERIOR EUROPEO

Para el Tribunal Constitucional español, la unidad territorial del mercado español supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica². Uno y otro contenido están explícitamente formulados en la Constitución: primeramente, en el apdo. 2.º del art. 139 CE: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español». Pero también en el apdo. 1.º de este mismo artículo, donde se contiene una explícita formulación de la igualdad desde la perspectiva territorial referida en general a todo tipo de derechos y deberes, incluidos obviamente los económicos: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

La creación de un mercado único comunitario requiere que el mercado español se abra también a las mercancías, servicios y capitales y a los empresarios y trabajadores procedentes de los demás Estados miembros. Lo que implica limitar las posibilidades de intervención de los poderes públicos españoles sobre el mercado español. En otras palabras, la regulación pública del mercado español está sujeta no sólo a límites constitucionales

sidad de Castilla-La Mancha, y otros dos más, de la Universidad de Deusto y la Universidad Pablo Olavide.

² SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.º, y 64/1990, de 5 de abril, FJ 3.º.

internos, sino también a límites externos derivados de la integración de ese mercado en el comunitario, que se concretan, como veremos sucintamente a continuación, en exigencias tanto de igualdad –no discriminación– como de libertad.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), el establecimiento del Mercado Interior –o Común– (MI) supone, básicamente, la realización de las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, esto es, la libertad de circulación intracomunitaria de los diferentes factores productivos para lograr una asignación de los recursos económicos lo más eficaz posible. Estas libertades se completan con un conjunto de normas destinadas a preservar la libre competencia, con la instauración de políticas comunes en algunos sectores económicos y con una política comercial común frente al exterior (como vertiente exterior del mercado común). Dadas las limitaciones de un trabajo de estas características, abordaremos a continuación, sucintamente, lo más significativo de cada una de esas cuatro libertades³.

2.1. *La libre circulación de mercancías*

La libre circulación de mercancías, núcleo original del Mercado Interior, está regulada básicamente en los artículos 28 a 37 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Estos preceptos contienen, por un lado, prohibiciones encaminadas a la eliminación de los obstáculos, arancelarios o no, que impiden la libre circulación intracomunitaria de mercancías y, por otro, prevén la implantación de un arancel exterior común, convirtiendo así a la UE en una Unión Aduanera.

Los Tratados constitutivos no definen el concepto de mercancía a estos efectos, labor de la que se ha encargado el Tribunal: todo bien estimable en dinero –material o inmaterial– y susceptible de transacción comercial⁴. Lo que sí hacen es excluir expresamente de esta libertad a algunas de ellas, como las armas, municiones y material de guerra destinados a fines específicamente militares [art. 346.1.b) TFUE] o establecer un régimen especial para otras, como los productos agrícolas, para los que las reglas generales se aplican supletoriamente (art. 38.3 TFUE). Obviamente, tampoco se consideran mercancías aquellos bienes o productos cuya comercialización esté prohibida –«*res extracomercium*»– (como las partes del cuerpo humano).

³ Nos valdremos como guía para ello, en buena medida, del trabajo de ARCOS VARGAS, M., «El Mercado Interior», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R., (Directores), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 317-349.

⁴ Sentencia de 10 de diciembre de 1968, As. 7/68, *Comisión c. Italia*, Rec. 1968, p. 233.

La libre circulación se predica de los productos originarios de los Estados miembros y de los productos procedentes de terceros países que se encuentran en «libre práctica» en los Estados miembros (art. 28.2 TFUE)⁵.

La eliminación de los obstáculos y restricciones de carácter *arancelario* se garantiza por el art. 28, que prevé la adopción de un arancel común en las relaciones de la UE con países terceros y que prohíbe en el comercio intracomunitario los derechos de aduana a la importación y a la exportación, así como las exacciones de efecto equivalente. Los derechos de aduana son toda carga pecuniaria que grava de forma unilateral y exclusiva un producto a su paso por frontera. Se fijan en proporción al valor del bien o de la mercancía, calculado básicamente sobre el valor de la transacción. Por su parte, las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana han sido definidas por la jurisprudencia del Tribunal como «toda carga pecuniaria que no constituye un derecho de aduana, pero que se impone unilateralmente y sólo al producto importado con el objetivo de alterar el precio de reventa»⁶. La identificación y la constatación del incumplimiento de tales prohibiciones ha generado abundante jurisprudencia en la que el Tribunal ha enfatizado que sólo es admisible el cobro de alguna exacción o gravamen cuando efectivamente se presta un servicio por la importación o exportación del bien o mercancía, pero el gravamen debe ser en función del servicio prestado y no del valor del bien (por ejemplo, un control fitosanitario o un control técnico como la ITV).

En cuanto a los obstáculos *no arancelarios*, el TFUE también contiene varios preceptos destinados a eliminación. Su tipología es muy abundante, ya que comprende las restricciones cuantitativas a la importación y exportación así como todas las medidas que tengan un efecto equivalente, los monopolios de Estado, los tributos discriminatorios, los obstáculos técnicos, etc. Así, el art. 110 prohíbe los tributos internos que de forma directa o encubierta mejoren la posición competitiva de la producción nacional respecto a los productos importados de otros Estados miembros. Por su parte, el art. 37 no prohíbe los monopolios de producción o de comercialización, pero sí obliga a los Estados a adecuar sus monopolios nacionales de carácter comercial con objeto de excluir toda discriminación de las mercancías provenientes de otros países comunitarios.

⁵ Según el art. 29 TFUE, para ser considerado como tal basta que respecto del producto procedente de un país tercero se hayan cumplido las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana en cualquier Estado miembro. Una vez importado, dicho producto queda asimilado a los productos originarios en cuanto a su circulación, pero habrá tenido que respetar los intereses públicos y consideraciones sociales que se respetan en la UE.

⁶ Sentencia de 1 de julio de 1969, As. 2 y 3/69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c. S.A. Ch. Brachfeld & Sons et Chougol Diamond Co.*, Rec. 1969, p. 317.

Como acabamos de mencionar, quedan prohibidas las restricciones cuantitativas a la importación y exportación, así como todas las medidas que tengan un efecto equivalente (arts. 34 y 35 TFUE), siendo estas últimas, en la práctica, las de mayor alcance. Su definición, ante la indeterminación al respecto de los Tratados Constitutivos, responde fundamentalmente a una elaboración jurisprudencial y doctrinal. Las restricciones cuantitativas, también llamadas contingentes, son toda disposición de un Estado miembro que prohíbe o limita cuantitativamente, actual o potencialmente, el volumen de transacciones comerciales con otros Estados miembros. Y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, las medidas de efecto equivalente son normas internas de índole comercial o reglamentaciones comerciales susceptibles de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre Estados miembros o cuya finalidad es restringir dicho comercio⁷. Inclusive las reglamentaciones comerciales de aplicación indistinta a los productos nacionales e importados, pero cuyo efecto es la restricción del comercio entre los Estados miembros.

Para evitar en lo posible estas medidas de efecto equivalente el Tribunal interpretó del siguiente modo la prohibición: en tanto en cuanto no exista una normativa de la Unión que regule la comercialización de un determinado producto, la regla de oro es el principio de «reconocimiento mutuo», es decir, debe admitirse la comercialización en los demás Estados miembros de cualquier producto que se comercialice legalmente en el territorio de cualquier Estado miembro. Es la conocida como «jurisprudencia *Cassis de Dijon*»⁸. Por otra parte, se ha realizado un esfuerzo armonizador en aquellos ámbitos susceptibles de generar mayores barreras técnicas en el comercio entre los Estados miembros de la Unión.

Progresivamente, este proceso se acompañó de una nueva filosofía armonizadora menos burocrática y formalista y más centrada en la calidad que en la cantidad de normas: la armonización se limitaría al mínimo necesario y de forma proporcionada a los objetivos. De esta forma, las directivas fueron más generales y horizontales, por categorías de productos o riesgos, especificando los requisitos exigidos para la comercialización de los bienes en toda la Unión y un procedimiento de certificación. El proceso de estandarización se puso en manos de entes privados, organismos comunitarios como el CEN (*Comité Européen de Normalisation*), CENELEC (*Comité Européen de Normalisation Electrotechnique*) y ETSI (*European Telecommuni-*

⁷ Sentencia de 11 de julio de 1974, As. 8/1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, Rec. 1974, p. 383.

⁸ Sentencia de 20 de febrero de 1979, As. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rec. 1978, p. 371.

cations Standards Institute), que agrupaban a las correspondientes asociaciones nacionales⁹.

Los propios Tratados constitutivos permiten *excepciones* a la aplicación de las reglas generales sobre la libre circulación de mercancías. Como tales, habrán de ser objeto de interpretación restrictiva. Las clasificaremos en tres grandes categorías¹⁰:

- Objetivos de interés nacional (art. 36 TFUE). Los Estados miembros pueden prohibir o restringir el comercio con otros Estados miembros «por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y los animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial». Pero tales prohibiciones no deben «constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».
- Las «exigencias imperativas». De determinación jurisprudencial, únicamente se acepta su alegación si no hay una norma de la Unión que prevea las prescripciones técnicas y, en todo caso, si se aplican sin discriminación por razón de nacionalidad. Pocas prosperan en la práctica.
- Excepciones a las medidas de armonización (art. 114.4 a 9 TFUE). Se autoriza a los Estados miembros a mantener o establecer disposiciones nacionales que se apartan de una medida de armonización y producen efectos discriminatorios, para proteger el medio de trabajo o el medio ambiente. Siempre son excepciones temporales y, en principio, deben ser aprobadas por la Comisión tras su previa comprobación de que no se trata de un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta al comercio entre Estados miembros o un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior. El abuso de estas facultades por un Estado miembro permite, como excepción al procedimiento normal del recurso por incumplimiento, recurrir directamente al Tribunal.

⁹ CALVIÑO SANTAMARÍA, N.: «Concepto, evolución y nuevos desafíos para el mercado único», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (Director), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo VI (Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria), Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 43. Vid. más ampliamente sobre el tema, GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «Armonización y normalización», en *ibidem*, pp. 617 a 683.

¹⁰ Siguiendo a ARCOS VARGAS, M., «El Mercado Interior», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R., (Directores), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 329-330.

2.2. La libre circulación de trabajadores

En los inicios del proceso de integración europea, el derecho de desplazamiento y residencia se incluía en el contexto de la libre circulación de personas dentro de la consecución del mercado interior y se vinculaba estrechamente con el ejercicio de actividades económicas transfronterizas. Con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, el derecho de desplazamiento y residencia se configura como un derecho individual del ciudadano europeo, autónomo y de carácter político, abandonando su consideración de derecho instrumental vinculado al ejercicio de una actividad económica¹¹. Ello podría hacer pensar que la libre circulación de trabajadores habría quedado desdibujada, cuando no es del todo así.

La libre circulación de trabajadores consiste en la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros que se desplazan a trabajar por cuenta ajena a otro Estado miembro, e implica que no pueden ser discriminados por razón de nacionalidad respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2 TFUE). Ello no obstante, en algunas Actas de Adhesión de nuevos Estados miembros se han establecido unos períodos transitorios, más o menos prolongados, durante los que los nacionales de esos Estados no han podido beneficiarse de la libre circulación como trabajadores, aunque sí del derecho a circular y residir libremente en tanto que ciudadanos de la Unión. Adicionalmente, también son beneficiarios de esta libertad los nacionales de determinados terceros países con los que la Unión Europea tiene acuerdos de asociación o cooperación, en especial los integrantes del Espacio Económico Europeo (EEE).

Los Tratados constitutivos no definen el concepto de «trabajador», tarea de la que se ha encargado el Tribunal. Su característica esencial es realizar labores bajo la dirección de otra persona (empleador), a cambio de una remuneración. El resto de condiciones contractuales resulta irrelevante a estos efectos: duración, jornada a tiempo completo o parcial, cuantía de la remuneración, etc.

Progresivamente, a través de la jurisprudencia del Tribunal y el Derecho derivado, fue ampliándose el ámbito de personas con derecho a la libertad de circulación y residencia, haciéndose más difuso el límite entre la libre circulación de trabajadores (o servicios) y la libre circulación de personas. Así, y con base previa en la jurisprudencia del Tribunal, el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968, extendió estos derechos a los familiares del trabajador asalariado migrante, independientemente de su nacionalidad: cónyuge –y

¹¹ OLESTI RAYO, A., «Libre circulación de personas: desplazamiento y residencia», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (Director), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo VI (Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria), cit., p. 385.

hoy también pareja con unión registrada con arreglo al Estado miembro de su nacionalidad—, descendientes menores de veintiún años y los mayores a cargo del trabajador (o de su pareja) y los ascendientes a su cargo. No obstante, este Reglamento permitió que el Estado miembro exigiera al trabajador disponer de un alojamiento adecuado.

Con posterioridad, las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/366/CEE, relativas respectivamente al derecho de residencia, derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y al derecho de residencia de los estudiantes, sustituidas por la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004¹², distinguieron entre el derecho de circulación y residencia de hasta tres meses, el derecho de residencia superior a tres meses y el derecho de residencia permanente, imponiendo dos condiciones básicas para aquellos nacionales que se desplazasen y de los que no pudiera presumirse de entrada recursos económicos: la obligación de demostrar su solvencia económica y una cobertura suficiente que garantizase que no se convirtieran en una carga para el Estado miembro de acogida.

La libre circulación de trabajadores cubre cualquier actividad susceptible de realizarse por cuenta ajena, sin exclusión de ningún sector salvo el de los empleos en la Administración Pública (art. 45.4 TFUE): cualquier actividad que se efectúe efectivamente, con un valor económico, independientemente de la relación pública o privada y del montante de la remuneración.

La excepción del empleo público ha sido interpretada por el Tribunal desde la autonomía del Derecho de la Unión Europea (DUE), al margen por tanto de las calificaciones que los empleos tengan a la luz de los Derechos internos de los Estados miembros. Y, además, de forma restrictiva, exclusivamente en relación a empleos que implican el desempeño de funciones estrechamente relacionadas con el ejercicio de la soberanía, comportando una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público. No se trata pues de una restricción general de cualquier empleo en la Administración Pública¹³.

¹² El cambio gradual producido en el ámbito de aplicación del derecho de desplazamiento y residencia provocó una liberalización sectorial y fragmentaria del derecho de desplazamiento y residencia, con una multitud de normas comunitarias que trataban separadamente las diferentes categorías de beneficiarios. La aprobación de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, supera este enfoque incompleto facilitando y simplificando el ejercicio del desplazamiento y residencia y reforzando la posición del ciudadano europeo y su familia; dando solución, además, a algunos problemas suscitados sobre el derecho de residencia e incorporando gran parte de la jurisprudencia comunitaria al respecto, *ibidem*, pp. 385-386.

¹³ Sentencia de 17 de diciembre de 1980, As. 149/79, *Comisión c. Bélgica*, Rec. 1980, p. 1291.

La libre circulación de trabajadores se concreta en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Más concretamente, de conformidad con el art. 45.3 TFUE y la Directiva 2004/38, no son admisibles restricciones por razón de nacionalidad en relación al derecho a entrar en el territorio de un Estado miembro para responder a ofertas efectivas de trabajo, o al de residir en él una vez conseguido el empleo. En este último caso, de conformidad con la Directiva 2004/38, el Estado miembro en el que se reside sólo puede exigir «formalidades administrativas», y a los familiares no ciudadanos de la Unión, la tramitación de tarjetas de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Quedan prohibidas las reservas de «cuotas nacionales» en cualquier empleo o sector (caso *Bosman*)¹⁴. Y, adicionalmente, la no discriminación en las condiciones de trabajo se amplió hacia el derecho a disfrutar de ciertas ventajas sociales o el reconocimiento de algunos derechos ligados estrechamente a la persona, entendiéndose por tales ventajas sociales cualquier ventaja social aplicable al trabajador o a su familia, entre otros, el disfrute de los centros de formación, afiliación a sindicatos y derechos sindicales, alojamiento, becas, subsidios, etc.

Obviamente, el ejercicio de estos derechos requiere de medidas complementarias de cooperación interestatal ya que, por ejemplo, las oficinas de empleo y los sistemas de prestaciones de la Seguridad Social siguen siendo nacionales: como la compensación entre demandas y ofertas de trabajo a través de los enlaces EURES. En este mismo sentido, el art. 48 TFUE prevé la adopción de las medidas necesarias para permitir la acumulación de los períodos de cotización y el pago de las prestaciones de Seguridad Social a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. También existen normas de la Unión para la coordinación de otros aspectos de los sistemas nacionales de Seguridad Social.

Como situación diferenciada a los empleos que están excluidos de la libre circulación de trabajadores, los Tratados constitutivos permiten establecer *excepciones* a la aplicación de los derechos contenidos en esta libertad por razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 45.3 TFUE). Necesariamente tendrán que ser objeto de una interpretación restrictiva y de aplicación a comportamientos individuales del trabajador o sus familiares. Nunca podrán fundamentar una discriminación por razón de nacionalidad, es decir, en ningún caso podrán utilizarse para prohibir en un Estado miembro a los trabajadores migrantes nacionales de otros

¹⁴ Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, As C-415/93, *Bosman*.

Estados miembros actividades que sí se permiten a sus nacionales (asunto *Van Duyn*, 1974¹⁵).

Como resulta obvio, algunas de las razones que fundamentan estas excepciones son más fácilmente objetivables que otras: por ejemplo, las razones de salud pública pueden concretarse en enfermedades de potencial epidémico según la Organización Mundial de la Salud (OMS), mientras que las razones de orden público y seguridad son objeto de apreciación a través de criterios internos, nacionales.

2.3. *Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios*

El sector servicios representa casi un 70% del PIB europeo y genera nueve de cada diez empleos, lo que da cuenta de la importancia de estas dos libertades. Su desarrollo ha seguido un ritmo mucho más lento y dificultoso que las anteriores, con lo que completar el mismo sigue siendo uno de los mayores retos para el mercado interior europeo. Y ello a pesar de que desde 1974 el Tribunal declaró el efecto directo de las disposiciones de los Tratados constitutivos por las que se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad, aunque no estuviera desarrollada mediante las directivas previstas o éstas no se hubieran transpuesto (asunto *Reyners*, de 1974)¹⁶.

Reguladas en los arts. 49 a 62 TFUE, presentan algunos rasgos comunes¹⁷. En primer lugar, sus beneficiarios son las personas físicas –trabajadores por cuenta propia o profesionales autónomos– nacionales de los Estados miembros o, con base en los Tratados constitutivos y en acuerdos internacionales, de terceros países; y las empresas y sociedades constituidas conforme a la legislación de cada Estado miembro y con sede dentro de la Unión, entendiéndose por sociedades las «sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo (art. 54 TFUE)». Al igual que sucede con los criterios de atribución de la nacionalidad a las personas físicas, cada Estado miembro es libre de establecer en su ordenamiento interno los criterios que estime más apropiados para la constitución de sociedades y el resto de los Estados miembros están obligados a su reconocimiento (principio de reconocimiento mutuo). Lo que el art. 54 TFUE requiere es una conexión permanente de la sociedad con un

¹⁵ Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 1974, As. 41/74, *Van Duyn*, Rec. 1974, p. 529.

¹⁶ Sentencia del TJCE de 21 de junio de 1974, As. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 293.

¹⁷ Siguiendo a ARCOS VARGAS, M., «El Mercado Interior», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R., (Directores), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 337-338.

Estado miembro expresada, de forma acumulativa, en dos exigencias: su constitución de conformidad con la legislación de un Estado miembro, y que su sede social, administración central o centro de actividad principal radique en el territorio de la Unión.

No obstante lo anterior, y pese que la legislación sobre sociedades sigue siendo eminentemente nacional, se han ido sucediendo bastantes normas comunitarias armonizadoras de aspectos concretos como fusiones, contabilidad, etc. A lo que habría que añadir las figuras de las «Sociedades Anónimas Europeas» y de las «Sociedades Cooperativas Europeas». Más concretamente, el Reglamento 2157/2001, completado con la Directiva 2001/86, ambos de 8 de octubre, y en vigor desde octubre de 2004, fijan los fundamentos de la que denominan «Sociedad Anónima Europea», facilitando la creación de sociedades anónimas transnacionales. Y, respectivamente, el Reglamento 1435/2003 y la Directiva 2003/72, ambos de 22 de julio y en vigor desde agosto de 2006, hacen lo propio con la figura de la Sociedad Cooperativa Europea.

En segundo lugar, pretenden evitar la discriminación entre nacionales de los Estados miembros, o empresas o sociedades constituidas y con sede en un Estado miembro, sea para establecerse y ejercer en otro Estado miembro actividades económicas no asalariadas, es decir, que implican una remuneración a cambio y se realizan por cuenta propia: derecho de establecimiento; o sea para el ejercicio temporal en otro Estado miembro de tales actividades económicas no asalariadas: libre prestación de servicios. La diferencia entre ambas libertades radica pues en la integración más o menos duradera en la vida económica del otro Estado miembro.

En tercer lugar, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las actividades en las que se ejerce poder público: las actividades que estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público (art. 51 TFUE).

2.3.1. El derecho de establecimiento

El derecho de establecimiento (arts. 49 a 55 TFUE) es el derecho de todo trabajador por cuenta propia o profesional autónomo nacional de un Estado miembro y toda empresa o sociedad constituida y con sede en un Estado miembro a establecerse en el territorio de otro Estado miembro para realizar actividades no asalariadas en las mismas condiciones que el Estado receptor exige para sus nacionales o las empresas y sociedades constituidas y con sede en su territorio, incluyendo el derecho a abrir agencias, filiales o sucursales sin discriminación en razón de nacionalidad (art. 49 TFUE).

El Tribunal ha definido el «establecimiento» como «el ejercicio efectivo de una actividad económica, por medio de una instalación permanente, en un

Estado diferente al de origen (asunto *Factortame*, 1991)¹⁸. Podrá ser principal o secundario —«agencias, sucursales o filiales» según los Tratados constitutivos—.

Los Tratados constitutivos establecen que el derecho de desplazamiento comprenderá «el acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio» (arts. 49 y 53.1 TFUE). El contenido básico de esta libertad es la prohibición de restricciones y discriminaciones por razón de la nacionalidad, basándose por tanto en el principio de igualdad de trato con el nacional, incluido el trato de nacional en lo que respecta a la participación financiera de los nacionales de los demás Estados miembros en el capital de las sociedades (art. 55 TFUE).

2.3.2. La libre prestación de servicios

Prevista en los arts. 56 a 62 TFUE, consiste en el ejercicio por los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro, de actividades y profesiones, por cuenta propia y con fines lucrativos, en cualquier otro Estado miembro distinto del de establecimiento, sin que ese otro Estado miembro exija más requisitos o condiciones de los exigidos a los propios nacionales. Subrayemos a continuación los rasgos más importantes de la definición anterior.

En primer lugar, esta libertad presupone que el prestador del servicio está ya establecido en el territorio de la Unión, sea en el Estado del que es nacional u otro, no importa. En segundo lugar, y a diferencia del derecho de establecimiento, se trata de la prestación temporal de un servicio, sin vocación de permanencia, al igual que el profesional tampoco tiene voluntad de integración en la vida económica del Estado miembro en el que presta el servicio. Resulta significativo que los Tratados constitutivos prevean la posibilidad de extender los beneficios de esta libertad a los prestadores de servicios nacionales de un tercer Estado, pero establecidos dentro de la Unión (art. 56 TFUE). En tercer lugar, debe implicar el ejercicio de la actividad de manera transnacional, lo que no comporta que sea siempre el prestador el que deba trasladarse a otro Estado miembro para prestar el servicio: cabe también que se desplace el destinatario o simplemente la prestación (asesoramiento jurídico a través del teléfono, de las TICs, etc.). En ninguno de estos casos podrá restringirse la libre prestación (art. 56 TFUE), pero en tanto se suprimen, las restricciones se aplicarán sin distinción de la nacionalidad o residencia de los prestadores de esos servicios transfronterizos (art. 61 TFUE).

Las actividades amparadas son sólo las ejercidas con la finalidad de prestar un «servicio». Los Tratados constitutivos consideran como tales servicios

¹⁸ Sentencia del TJCE, de 25 de junio de 1991, As.C-221/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. y otros*, Rec. 1991, p. I-3905.

«las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración», en particular actividades de carácter industrial o mercantil, actividades artesanales o actividades propias de las profesiones liberales (art. 57 TFUE). En realidad, los Tratados constitutivos consideran la libre prestación de servicios como una libertad residual, pues si la prestación remunerada es susceptible de regirse por las disposiciones relativas a la libre prestación de mercancías, capitales o trabajadores, serán éstas por las que se regirá y, además, la prestación de un servicio se hará «sin perjuicio del... derecho de establecimiento (art. 57 TFUE)». Igualmente ocurre con los servicios en materia de transportes, que se regirán por las disposiciones relativas a la política de transportes (art. 58.1 TFUE), pero no tanto con los servicios bancarios y de seguros vinculados a los movimientos de capitales, cuya liberalización «se realizará en armonía con la liberalización de la circulación de capitales (art. 58.2 TFUE). Por el contrario, cuando un nacional de un Estado miembro establecido en un Estado miembro ejerce una determinada actividad en otro Estado miembro que no corresponde a otras libertades, el Tribunal suele calificar dicha actividad como prestación de servicios»¹⁹.

2.3.3. Excepciones a ambas libertades

Al igual que sucedía con respecto a otras libertades, también razones de orden público, seguridad y salud públicas podrían justificar medidas legales, reglamentarias y administrativas nacionales que establezcan un trato diferenciado para los extranjeros (nacionales de otros Estados miembros y de terceros países), que excepcionalmente serán conformes al DUE (art. 52 TFUE y, para las restricciones al derecho de establecimiento, también el art. 65.2 TFUE). Adicionalmente y de forma progresiva, el Tribunal ha ido reconociendo también al respecto medidas nacionales adoptadas por «razones imperiosas de interés general»²⁰ siempre y cuando cumplan determinados requisitos acumulativos: su aplicabilidad a toda persona que ejerza la actividad en el territorio del Estado, sin discriminación por nacionalidad; han de ser objetivamente necesarias y proporcionales al interés general que las justifica, adoptándose como última ratio y por causas de urgencia; no es posible su adopción sin antes comprobar que el interés está suficientemente protegido por las normas existentes; su adopción sólo será posible en ausencia de una legislación de la Unión que haya armonizado la prestación del servicio en cuestión.

¹⁹ ARCOS VARGAS, M., «El Mercado Interior», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R., (Directores), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 343.

²⁰ Sentencia del TJCE, de 3 de diciembre de 1974, As. 33/74, *Johannes Henricus Maria Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Rec. 1974, p. 507.

2.4. La libre circulación de capitales

Dado que los pagos corrientes se liberalizan al mismo tiempo que la transacción que les sirve de base, eventualmente con la única limitación del control de cambios en transacciones que no se realizan en euros exclusivamente, los movimientos de capital son los que interesan especialmente como ámbito de aplicación material de esta libertad. Estos han sido definidos por el Tribunal como «operaciones financieras que pretenden esencialmente la colocación o inversión del montante en cuestión y no la remuneración de una prestación» (asunto *Luisi y Carbone*, 1984)²¹ por lo que el objeto material del negocio jurídico es el dinero en sí.

En el originario TCEE se preveía la progresiva liberalización del movimiento de capitales, pero «en la medida que fuera necesario para el buen funcionamiento del mercado común», lo que ralentizaba el proceso en comparación con las otras libertades, previéndose además su desarrollo mediante directivas. No obstante, a partir de 1995 el Tribunal confirmó el efecto directo de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales (asunto *Bordessa*, 1995)²².

Las primeras directivas liberalizadoras, de carácter parcial, datan de 1960, pero no será hasta la tercera fase del establecimiento de la Unión Económica y Monetaria (1999-2002) cuando quede prohibida cualquier restricción a los movimientos de capital entre Estados miembros o entre éstos y países terceros (actual art. 63 TFUE). Sólo se permiten ciertas restricciones existentes con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales (art. 64.1 TFUE) e, incluso, un retroceso en el Derecho de la Unión Europea respecto de la liberalización de esos movimientos de capitales (arts. 64.3, 65.4 y 66 TFUE), pero se establece el objetivo de alcanzar la libre circulación de capitales entre Estados miembros y países terceros en el «mayor grado posible» (art. 64.2 TFUE).

Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con el art. 65 TFUE, ninguna de las disposiciones relativas a la liberalización del movimiento de capitales impide a cualquier Estado miembro aplicar disposiciones de su Derecho fiscal que distingan en función del lugar de residencia del contribuyente, ni medidas necesarias para impedir las infracciones de su legislación nacional,

²¹ Sentencia del TJCE de 31 de enero de 1984, As. 286/82 y 26/83, *Graziana Luisi y Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro*, Rec. 1984, p. 113.

²² Sentencia del TJCE de 23 de diciembre de 1995, As. C-358/93 y C-416/93, *Procédures pénales c. Aldo Bordessa et Vicente Mari Mellado et Concepción Barbero Maestre*, Rec. 1995, p. I-361.

en particular en materia fiscal o de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas o restricciones a la libre circulación de capitales por razones de orden público o de seguridad pública, normalmente para evitar el blanqueo de capitales. Pero tanto en uno como en otro caso, en respeto al objetivo principal del mercado interior, ninguna podrá suponer una discriminación arbitraria ni encubierta en razón de nacionalidad.

Por último, y dado que en el marco de la Unión Económica y Monetaria los Estados miembros de la zona euro ya no son los que pueden adoptar las medidas de salvaguarda necesarias, el art. 66 TFUE establece que, cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capital con terceros países causen o puedan causar dificultades graves para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, el Consejo, a propuesta de la Comisión y tras consultar al BCE, puede adoptar las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias.

2.5. *Evolución y desafíos pendientes*

El Mercado Interior constituye uno de los pilares fundamentales del proyecto de construcción europea y el núcleo vertebrador de su integración económica. Se concibe como una gran política de oferta cuyos efectos microeconómicos derivados de la integración del mercado (disminución de los costes y la mayor presión competitiva) desencadenan a medio plazo un impacto en las principales variables macroeconómicas, estimulando la competitividad, el crecimiento y la creación de empleo.

El hecho de que dicha meta se haya alcanzado en gran medida constituye uno de los mayores éxitos de la Unión Europea, pero es un proceso inacabado y en continua evolución que todavía no está completo en muchos ámbitos (servicios, integración financiera) y muestra problemas de funcionamiento en áreas en las que, por haberse completado su marco normativo, debería estar ya plenamente operativo (libre circulación de mercancías, detectándose aún barreras técnicas en algunos sectores, barreras fiscales y dificultades de acceso a los mercados públicos).

Estas deficiencias afloraron con mayor intensidad como consecuencia de la crisis económica y financiera internacional, iniciada en 2007 –y cuya superación es en el momento actual el principal reto del proyecto europeo– ralentizando acusadamente la integración en los últimos años en contraste con los logros de la década de los noventa. Como muestra estos datos del conjunto de la Unión a principios de 2010: el PIB cayó un 4% en 2009 y nuestra producción industrial retrocedió a los niveles de los años 90; 23 millones de europeos en paro (el 10% de su población activa); las empresas y familias con ingentes dificultades para obtener créditos e invertir; nuestras finanzas

públicas gravemente afectadas, con un déficit medio del 7% del PIB y niveles de deuda superiores al 80% del PIB. Resumiendo: nuestro potencial de crecimiento reducido a la mitad.

La crisis económica ha puesto de manifiesto algunas carencias muy importantes del proyecto de integración europea, en especial, la fragilidad institucional de la Unión Económica y Monetaria, un primer reto de gran calado que se está tratando de acometer en el presente.

Otro gran desafío, estrechamente interrelacionado con el anterior, es el relativo a la necesidad de impulsar el desarrollo económico para poder atender las distintas demandas sociales. Lo exige, sin duda, la superación de la crisis económica más grave que sufrido la UE desde su creación, pero también cambios de distinto orden en el panorama internacional: la mayor competencia global, la presión sobre los recursos naturales y el envejecimiento demográfico, entre otros²³.

Y el entorno actual es mucho más complejo y hostil hacia las políticas del MI que en el pasado, con fundados interrogantes sobre la idoneidad de las mismas tal y como han sido concebidas hasta ahora. La mayor complejidad es fruto, principalmente, de las sucesivas ampliaciones de la UE –de 12 miembros en 1986 a los 28 actuales– y su correlativo aumento de la diversidad de preferencias políticas y objetivos integradores. Por otra parte, el contexto hostil se manifiesta en las tendencias proteccionistas derivadas de la crisis, y mucho más allá, al incorporar factores ideológicos: en este sentido, existe en la actualidad mucha mayor desconfianza hacia los mecanismos autorreguladores del mercado y hacia el proceso de integración europea en general («fatiga integradora»), como se manifestó en diversos referendums para la ratificación del fallido Tratado de Constitución europea²⁴.

Como señalaba DELORS en el Libro Blanco de la Comisión del Mercado Interior de 1985, dirigido al Consejo Europeo de Milán: «nadie se enamora de un mercado». Sin embargo, durante décadas se dio por supuesto el apoyo social al proceso de liberalización económica, pensando que los beneficios económicos del buen funcionamiento de los mercados en términos de precios y oferta legitimarían por sí solos el avance. Pero el proyecto europeo necesita fundamentarse sobre el compromiso de la sociedad que reclama el necesario equilibrio entre eficiencia económica y justicia social²⁵.

²³ JORDÁN GALDUF, J. M.^a y CARDONA LLORENS, J., «Balance y retos actuales de la integración europea», en AA.VV., *La encrucijada de Europa. Luces y sombras para un futuro común*, Universitat de València, Valencia, 2015, pp. 139-142.

²⁴ ROCA ZAMORA, A., «El estado del mercado único: un relanzamiento necesario. Balance y desafíos pendientes», *Investigaciones Regionales*, n.º 18, 2010, p. 181.

²⁵ CALVIÑO SANTAMARÍA, N., «Concepto, evolución y nuevos desafíos para el mercado único», en BENEYTO PÉREZ, J.M.^a (Director), *Tratado de Derecho y Políticas de la*

En este sentido, el Tratado de Lisboa introduce un cambio de alcance en los objetivos de la Unión que obliga a replantear las políticas del MI a fin de incorporar una visión mucho más amplia e integradora de sensibilidades –preocupación social y medioambiental– las cuales, precisamente, están en el origen del rechazo ideológico a las políticas de MI realizadas hasta ahora²⁶: en concreto, el nuevo art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) prescribe:

«La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, *en una economía social de mercado* altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo».

Ello precisará de un análisis en profundidad de las repercusiones sociales de la legislación del mercado único y concebir ésta de modo que exista un equilibrio entre los derechos económicos y los derechos sociales. Las reformas que se adopten no pueden perder de vista la dimensión social y ciudadana y necesariamente deben incorporar efectos redistributivos y sociales.

Tomando buena nota de lo anterior y para afrontar este crucial y gran desafío, sobre la base del conocido como Informe Monti (2010), en el Consejo Europeo de marzo de 2010 se debatió la Comunicación de la Comisión: «*Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*». En junio, el Consejo aprobó la nueva *Estrategia Europa 2020*: una propuesta de política económica para reparar las debilidades estructurales de la UE puestas de manifiesto, por ejemplo, en sus bajos niveles relativos de productividad, inversión en I+D y empleo. Sus tres prioridades esenciales son: alcanzar un crecimiento inteligente (mediante el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación), un crecimiento sostenible

Unión Europea, Tomo VI (Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria), cit., p. 67.

²⁶ ROCA ZAMORA, A., «El estado del mercado único: un relanzamiento necesario. Balance y desafíos pendientes», *Investigaciones Regionales*, cit, p. 181.

(promoviendo una economía que haga un uso más eficaz de los recursos y sea respetuosa con el medio ambiente) y un crecimiento integrador (mediante el fomento de altos niveles de empleo y la mejora de la cohesión económica, social y territorial).

A partir de esas prioridades se han definido cinco objetivos básicos para el conjunto de la Unión Europea:

- Elevar la tasa de empleo del 69% actual a un mínimo del 75%.
- Elevar el gasto en investigación y desarrollo (I+D), del actual 2% al 3% del PIB de la UE.
- Alcanzar el objetivo «20/20/20» en materia de clima y energía (incluido un incremento al 30% de la reducción de emisiones si se dan las condiciones para ello). Esto es, reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 20% respecto a los niveles de 1990, aumentar el porcentaje de las fuentes de energía renovable en nuestro consumo final de energía hasta un 20% y en un 20% la eficiencia energética.
- Reducir la tasa de abandono escolar del 15% actual a menos del 10% y aumentar el número de jóvenes titulados universitarios del 31% actual al 40%.
- Reducir el riesgo de pobreza un 25%, lo que podría suponer 20 millones de personas menos en esa situación.

Para lograr estos objetivos, que se hallan interrelacionados, la Comisión ha propuesto una agenda de actuación compartida para todos los niveles de gobierno (comunitario, nacional, regional y local. A escala europea, los instrumentos clave de esta estrategia son tres: 1) el avance en la realización del mercado único, pues se considera que un mercado único más fuerte, profundo y amplio es crucial para impulsar el crecimiento y la creación de empleo en Europa; 2) el presupuesto comunitario, con sus diferentes instrumentos financieros; y 3) la política exterior de la Unión.

Este relanzamiento político del Mercado Único se concretó, en abril de 2011, en el Acta del Mercado Único de la Comisión, con 12 prioridades que se completaron con el Acta del Mercado Único II (octubre 2012). Prioridades que se fijan para «recuperar un crecimiento sólido, sostenible y equitativo, hacer de los ciudadanos el centro del mercado único y fomentar una mejora de la gobernanza y del diálogo en el mismo».

Estas doce prioridades, simplificando un tanto, las podríamos agrupar en 6 grandes áreas temáticas: A) Desarrollar redes plenamente integradas en el mercado único. B) Promover la movilidad transfronteriza de ciudadanos y empresas. C) Estimulo de la innovación. D) Apoyar la economía digital en Europa. E) Servicios F) Y reforzar el emprendimiento social, la cohesión y la confianza de los consumidores. G) Otras. Vamos a profundizar un poco más en cada una de ellas:

– *Desarrollar redes plenamente integradas en el mercado único*

Se requiere el desarrollo de un mercado único completamente integrado para transportes (ferroviario, marítimo y aéreo) y energía. Y ello porque aunque la libre circulación de mercancías es un área muy madura, se hace preciso potenciar sinergias entre el MI y otras políticas de la UE como la de energía, transportes y redes de infraestructuras, auténtico cuello de botella para la total integración del mercado de bienes, pues, por ejemplo, sin un sector de transportes eficaz y armonizado, los elevados y dispares costes de transporte seguirán actuando como una severa barrera no arancelaria, creando dificultades en el funcionamiento práctico del MI e impidiendo su plena potencialidad.

– *Promover la movilidad transfronteriza de ciudadanos y empresas.*

Mediante la simplificación de los procedimientos para el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales y la creación de una tarjeta profesional europea. Y convertir al portal EURES en una potente herramienta electrónica de contratación y de casación de la oferta y demanda de empleo a escala de la UE.

Facilitando el acceso de las PYMES –el 99% de todas las empresas de la UE– a los mercados de capitales. Concretamente, mediante legislación que facilite que los fondos de capital riesgo que estén establecidos en un Estado miembro puedan invertir en cualquier otro Estado miembro sin obstáculos ni exigencias suplementarias.

Y ayudando a los empresarios en dificultades a restablecer planes de negocios viables modernizando las normas de insolvencia para facilitar los procedimientos transfronterizos.

– *Estímulo de la innovación*

Otro de los grandes retos pendientes del MI. Mediante legislación que establezca una protección unitaria por patente en el mayor número posible de Estados miembros y un sistema unificado de resolución de litigios.

La adopción de una normativa europea que refuerce la lucha contra la piratería y la falsificación. Para ello, es especialmente importante fortalecer el Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería y mejorar la cooperación entre las autoridades.

Y la modernización del sistema de marcas en Europa para mejorar su protección.

– *Apoyar la economía digital*

Garantizando, mediante las oportunas medidas normativas, el reconocimiento mutuo de la identificación y autenticación electrónicas en toda la UE y proceder a la revisión de la Directiva sobre la firma electrónica.

El objetivo es conseguir una interacción electrónica segura y sin obstáculos.

Facilitando el comercio electrónico y los servicios en línea haciendo más competitivos y eficaces los servicios de pago electrónico en la UE. Promoviendo la facturación electrónica, a fin de generar ahorros a las Administraciones y las empresas y contribuir a reducir el plazo de pago.

– *Servicios*

El proceso de integración del mercado de servicios ha seguido un ritmo mucho más lento y dificultoso, con lo que completar el mismo sigue siendo uno de los mayores retos para el mercado único, ya que este sector representa casi un 70% del PIB europeo y genera nueve de cada diez empleos. Se han previsto como medidas clave las siguientes:

Garantizar la aplicación plena de la Directiva de servicios en todos los Estados miembros, incluidas las disposiciones atinentes a la ventanilla única.

Revisión de la legislación del sistema europeo de normalización para ampliarlo a los servicios y hacer que los procedimientos de normalización sean más eficaces, eficientes y participativos.

Luchar contra las prácticas comerciales desleales entre empresas.

– *Reforzar la confianza de los consumidores, el emprendimiento social y la cohesión*

Garantizando la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata para los consumidores, permita preservar las relaciones de las empresas con su clientela.

Reforzando la confianza de los consumidores en el mercado único. El consumidor debe tener la garantía de que las mercancías que compre sean fiables, independientemente del lugar de su producción. A tal fin se prevé revisar la Directiva sobre la seguridad general de los productos.

Garantizando que los consumidores reciban información fiable sobre el comportamiento medioambiental de los productos, mediante la puesta en marcha de la huella ecológica de los productos.

Garantizando que en todos los modos de transporte se apliquen correctamente los derechos de los pasajeros, incluidos los de las personas con movilidad reducida.

Revisando la Directiva sobre los viajes combinados, particularmente cuando se compran en línea.

Incrementando la protección de los consumidores de productos financieros minoristas, prestándose especial atención a la transparencia de los gastos bancarios y al mercado de los créditos hipotecarios.

Facilitando el desarrollo de los fondos de inversión solidaria, para favorecer el desarrollo de aquellas empresas que, más allá de la legítima búsqueda del beneficio económico, decidan perseguir también objetivos de interés general que potencien mejoras sociales, éticas o medioambientales.

– *Otras varias*

Fiscalidad: Revisión de la Directiva sobre la fiscalidad de la energía. El objetivo es garantizar un tratamiento coherente de las distintas fuentes de energía para tener más en cuenta el contenido energético de cada producto y su nivel de emisiones de CO₂.

Entorno reglamentario de las empresas: simplificación de las directivas sobre las normas contables.

Contratos públicos: revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos.

Por otra parte, además de todo lo anteriormente mencionado, este relanzamiento del MI exige también intensificar la transposición de las Directivas, y mejorar sustancialmente el cumplimiento y la aplicación uniforme de las normas, pues todavía se siguen detectando continuas irregularidades e infracciones. La Comisión persigue activamente estas faltas iniciando procedimientos oficiales de infracción contra los Estados miembros que no cumplen sus obligaciones. Pero dada la lentitud y alto coste de los mismos hay que potenciar los mecanismos extrajudiciales [como la RED SOLVIT (empresas/ciudadanos)]²⁷.

Y también es objetivo clave mejorar la gobernanza del MI, lo que requiere un cambio de enfoque centrado en Bruselas a otro de mayor cooperación con los Estados miembros, responsables últimos de la correcta aplicación del ingente acervo comunitario del MI²⁸.

Tampoco hay que olvidar integrar al MI con todas las demás políticas europeas relacionadas, mejorando la coordinación y coherencias de las mismas, a fin de aprovechar las sinergias. El MI no puede desarrollarse adecuadamente sin muchas otras políticas con las que existen complementariedades esenciales, como la política de transportes, infraestructuras, fiscalidad, energía o la política de I+D o la de defensa de la competencia. Y entre ellas hay que destacar la política de cohesión²⁹. La libre circulación puede gene-

²⁷ ROCA ZAMORA, A., «La realidad del Mercado Interior», en JORDÁN GALDUF, J.M.^a y TAMARIT ESCALONA, C., (Coords.), *Economía de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2013, 7.^a ed., pp. 211-212.

²⁸ ROCA ZAMORA, A., «El estado del mercado único: un relanzamiento necesario. Balance y desafíos pendientes», cit., p. 184.

²⁹ ROCA ZAMORA, A., «El estado del mercado único: un relanzamiento necesario. Balance y desafíos pendientes», cit., pp. 183-184.

rar desequilibrios territoriales y sociales: a corto plazo se producen costes de ajuste (por ejemplo, pérdidas de empleo en ciertas actividades debido a la deslocalización) y, además, puede existir el riesgo de un agravamiento de los desequilibrios regionales (por procesos de polarización tendentes a incrementar la divergencia entre los espacios centrales y los periféricos). En definitiva, los países y regiones de la UE con una estructura industrial más dinámicas se hallan mejor posicionados para aprovechar los beneficios de un mercado único, mientras que las regiones menos favorecidas temen la «ducha fría» de la competencia exterior y no logran adaptarse a la nueva realidad³⁰.

La política de cohesión social y territorial ha contribuido a difundir los beneficios del MI a todas las regiones. Además, financia las infraestructuras y redes de transporte y comunicaciones imprescindibles para la interconectividad del MI y su funcionamiento práctico. Se precisa, pues, una política de cohesión fuerte paralelamente al relanzamiento del MI, difícil objetivo dadas las restricciones presupuestarias y la creciente prioridad política de otros objetivos³¹.

3. OTRAS EXPERIENCIAS EN PROCESO DE CONFORMACIÓN

Otras organizaciones internacionales también aspiran a la consecución de un Mercado Común, pero por dificultades varias, la mayoría de ellas no pasan de más o menos incipientes Uniones Aduaneras. Entre las más relevantes se encontrarían las siguientes:

3.1. *El Mercado Común Centroamericano (MCCA)*

Está integrado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Se rige por el Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 1960 y sus protocolos modificatorios.

El citado Tratado, suscrito el 13 de diciembre de 1960, contempla la creación de un área de libre comercio y de un arancel común; sienta las bases para una futura consolidación de una Unión Aduanera; y, en sus declaraciones institucionales, la creación de una moneda única que permita la consolidación de una Unión Económica Centroamericana.

Las décadas siguientes a la firma del Tratado se caracterizan por avances centrados tan sólo en el perfeccionamiento de la zona de libre comercio. Con

³⁰ ROCA ZAMORA, A., «La realidad del Mercado Interior», en JORDÁN GALDUF, J.M.^a y TAMARIT ESCALONA, C., (Coords.), *Economía de la Unión Europea*, cit., p. 209.

³¹ ROCA ZAMORA, A., «El estado del mercado único: un relanzamiento necesario. Balance y desafíos pendientes», cit., p. 184.

una orientación más pragmática, con la firma del Protocolo de Tegucigalpa (1991) y del Protocolo de Guatemala (1993), se readecuan las normas del Tratado General y se ratifica, nuevamente, el firme compromiso de constituir una Unión Aduanera, maginando la posibilidad de crear una moneda única y constituirse en unión económica. El proceso de consolidación de la Unión Aduanera se alcanzará de forma gradual y progresiva, adaptándose a las circunstancias de cada país, de forma que se faculta a los Estados para que algunos de ellos puedan decidir avanzar con mayor celeridad en el progreso de integración. Así, a tal fin, Guatemala y El Salvador suscriben un acuerdo marco en el año 2000, al que posteriormente se añadirán Nicaragua y Honduras. En el año 2002, con la incorporación de Costa Rica, los presidentes de la región aprueban un Plan de Acción para acelerar la Unión Aduanera. Y en diciembre de 2007, el acuerdo marco para el establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana, acuerdo que deberá ser ratificado por las respectivas asambleas legislativas.

Aunque en los últimos años, pues, ha registrado mejoras considerables en su apuesta por profundizar en el proceso de integración económica regional, su posición actual no pasa de cercana al estadio de unión aduanera plena³².

3.2. *La Comunidad del Caribe (CARICOM)*

Los miembros de pleno derecho son: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago. Aruba, Colombia, Curazao, México, Puerto Rico, Saint Martin y Venezuela son países observadores. Su sede se encuentra en Georgetown, Guyana.

Como objetivos fundamentales que persigue esta Organización hay que destacar: el fomento del grado de integración económica mediante el establecimiento de un Mercado Común; la expansión de la cooperación funcional en campos como la educación, la salud o el transporte; y la coordinación de la política exterior entre los Estados independientes de la Comunidad.

En las recientes cumbres se verifica un firme empeño de replantear profundamente la integración y de acelerar la configuración del Mercado Común, pero aún hay que esperar resultados prácticos más concretos en este sentido³³.

³² MOSLARES GARCÍA, C.; RAMÍREZ ROMA, X.; REYES, G., «¿Están los países del Mercado Común Centroamericano preparados para una mayor integración regional?», *ECO-NOMÍAunam*, vol. 8, núm. 22, pp. 1 y 27.

³³ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Las Organizaciones Internacionales en América (II)», en DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 2013, pp. 795-798.

3.3. *La Comunidad Andina*

Formada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Según el art. 1 del Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena:

«El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de la Subregión».

Los esfuerzos realizados hasta el momento por los países andinos en estos ámbitos no han permitido aún obtener los resultados esperados. La integración económica andina debe hacer frente a dificultades de diversa índole: obstáculos geográficos (barreras naturales, mala navegabilidad de los ejes fluviales), tensiones políticas persistentes (riesgos de extensión del conflicto colombiano, inestabilidad en Bolivia y Ecuador), fuertes desigualdades en términos de desarrollo, atracción ejercida por las otras estructuras económicas regionales (Estados Unidos, MERCOSUR) y, la salida de Venezuela. Todavía no cuenta con un Mercado Común plenamente constituido³⁴.

3.4. *El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*

El art. 1 del Tratado de Asunción recoge el firme propósito de los Estados participantes (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) para constituir el 31 de diciembre de 1994 el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Éste implica:

a) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

b) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación a terceros Estados o agrupacio-

³⁴ Más ampliamente; DA SILVA, J., «La Comunidad Andina», *Mediterráneo Económico* 22, 2012; y PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Las Organizaciones Internacionales en América (III)», en DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, cit., pp. 805-818.

nes de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales o internacionales;

c) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

d) El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración».

A nivel interno, el desarme arancelario es ya casi completo, y a nivel externo la Unión Aduanera está vigente desde el 1 de enero de 1995, aunque todavía funciona de forma imperfecta. Por tanto, y a despecho de su título (Mercado Común del Sur), el proceso de integración del MERCOSUR dista aún de alcanzar el estadio de un verdadero mercado común, quedándose en una incipiente Unión Aduanera.

Entre sus principales logros está el haber alcanzado en pocos años, por su potencial económico, una importante relevancia económica internacional, representando un tercio del comercio exterior latinoamericano y recibiendo un tercio de la inversión extranjera directa en la región. También su importante papel en la consolidación democrática de sus países miembros (como, por ejemplo, a través de la Cláusula democrática de la X Reunión, en la Cumbre de junio de 1996, tras la tentativa de golpe de Estado de Paraguay en abril de dicho año; y el Protocolo de Ushua sobre Compromiso Democrático suscrito en junio de 1998. En cuanto a los desafíos pendientes más inmediatos, la consolidación y el perfeccionamiento de la Unión Aduanera y la reducción de las asimetrías de las economías de sus Estados miembros, lo que dificulta enormemente la coordinación de políticas necesarias en todo proceso de integración. También el desarrollo institucional, fortaleciendo su autonomía para agilizar y potenciar la integración³⁵.

3.5. *La Comunidad Económica Africana (CEA)*

Forman parte de esta Organización los 53 Estados miembros de la Unión Africana (UA). Los fines que persigue se enuncian de manera bastante vaga en el Tratado de Abuja (1991), y están destinados a articular un espacio económico africano a construir, según su art. 6.º, en un plazo de treinta y cuatro

³⁵ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Las Organizaciones Internacionales en América (III)», en Díez de Velasco, M., *Las Organizaciones Internacionales*, cit., pp. 818-831. Más ampliamente, DA SILVA BICHARA, J., «Integración latinoamericana: de ALALC al Mercosur», *Mediterráneo Económico* 22, 2012.

años desde su entrada en vigor. Están previstas seis etapas encaminadas a: reforzar las Comunidades regionales africanas ya existentes y crear otras nuevas donde no existan; constituir zonas de libre comercio regionales; establecer uniones aduaneras regionales; crear una unión aduanera continental; realizar un mercado común africano; crear una Comunidad económica en sentido propio.

Cada una de estas fases cuenta con un período máximo de realización sin que se haya previsto el paso automático de una a otra que, en todo caso, es competencia de la Conferencia previa recomendación del Consejo.

La CEA se encuentra aún en sus primeros inicios, lastrada por el desequilibrio entre la complejidad de su estructura institucional y el contenido real de sus funciones³⁶.

3.6. *El Mercado Común de África Central y Oriental (COMESA)*

El 10 de enero de 1993 fue firmado en Kampala un Tratado de integración comercial entre los países de esta zona de África. Sus Estados miembros son: Burundi, Comoras, República Democrática del Congo, Djibuti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenia, Libia, Madagascar, Malawi, Mauricio, Ruanda, Seychelles, Sudán, Swazilandia, Uganda, Zambia y Zimbabwe. Bostswana y Sudáfrica están en proceso de adhesión.

Las actividades de la Organización van a desplegarse en cinco ámbitos principales: acuerdos de libre comercio que comprenden el libre movimiento de bienes y servicios producidos dentro del Mercado Común; una unión aduanera con una tarifa externa común; la armonización de macropolíticas para la inversión y liberalización, incluyendo el libre movimiento de capitales; la coordinación de políticas sectoriales e intersectoriales para la producción, comercio y desarrollo; y el libre movimiento de personas y trabajadores, lo que incluye el derecho de establecimiento. Objetivos pues muy ambiciosos sobre el papel y que vienen a suponer un paso adelante en el proceso de cooperación entre estos países iniciado en julio de 1979, pero lejos de su definitiva consecución³⁷.

3.7. *La Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN)*

Los miembros originarios de esta Organización fueron los Estados que suscribieron la Declaración de Bangkok de 1967: Indonesia, Malasia, Filipi-

³⁶ SOBRINO HEREDIA, J.M., «Las Organizaciones Internacionales en el Mundo Árabe e Islámico y las Organizaciones Internacionales en África», en DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, cit., pp. 867-868.

³⁷ *Ibidem*, pp. 884-885.

nas, Singapur y Tailandia. A estos Estados se les unió posteriormente Brunei Durassalam, Vietnam, Birmania, Laos, Myanmar y Camboya. Paupasia-Nueva Guinea tiene estatuto de país observador y Corea del Sur dispone de un estatuto especial.

Las dos grandes motivaciones de esta cohesión regional han sido: el fomento de la estabilidad del Sudeste asiático frente al avance comunista en la región y a los movimientos guerrilleros en el interior de sus países miembros, constituyendo un foco de conciliación multilateral y freno de los enfrentamientos por controversias territoriales entre sus Estados miembros; y la cooperación económica que se ha ido acrecentando con la consolidación de la Organización. Así, en la Cumbre que tuvo lugar en Bali el 7 y 8 de octubre de 2003, se lanzó la idea de la creación de un Mercado Común para 2020³⁸.

3.8. *El Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo (CCG)*

Integrado por Arabia Saudí, Kuwait, Emiratos Árabes Unidos, Bahrein, Omán y Qatar. Desde sus orígenes ha recorrido un largo camino. Si bien inicialmente el objetivo que convocó a estos Estados fue el de cooperar en materia militar y de seguridad, con el tiempo las áreas de trabajo conjunto se fueron ampliando, prestando mayor atención a la cooperación en otros ámbitos, particularmente el económico. En este ámbito, en 1981 se firmó el Estatuto Económico Unificado, documento que prevé la conformación de una Zona de Libre Comercio, reconoce la libertad de movimiento, trabajo y residencia de los ciudadanos de los Estados Parte, propone la armonización de las legislaciones relativas a la extracción y el comercio del petróleo, así como también coordinar las posiciones de los seis Estados en esta materia frente a los organismos internacionales, e insta a la coordinación de políticas financieras, monetarias y bancarias con vistas al establecimiento de una moneda común.

Los logros económicos iniciales de este proceso de integración fueron escasos. Entre 1982 –año en el cual entra en vigor la Zona de Libre Comercio– y 2000 el comercio intraregional sólo creció del 5% al 7%. La decepción quedó elocuentemente reflejada en las palabras del príncipe heredero de Arabia Saudita Abadala bin Abd Al Aziz Al Saud en la inauguración de la reunión del Consejo Supremo llevada a cabo en diciembre de 2001 en la ciudad de Muscat «No hemos sido capaces de alcanzar los objetivos que buscamos cuando formamos este Consejo... No hemos alcanzado un Mercado Común ni siquiera hemos formulado una posición política común... Nues-

³⁸ SOBRINO HEREDIA, J.M., «Las Organizaciones Internacionales en Asia y Oceanía», en DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, cit., pp. 891 y 895.

tro gran apego al concepto tradicional de soberanía es el mayor obstáculo que tenemos en nuestro esfuerzo de integración».

No obstante la desilusión, y después de dos días de negociaciones, el 31 de diciembre de 2001 los miembros firmaron el nuevo Acuerdo Económico Unificado, basado en el antiguo, pero agregándole algunos objetivos. Este acuerdo consta de 9 capítulos y 33 artículos en los cuales se busca una Unión Aduanera, un Mercado Común, y una Unión Monetaria y Económica. Aun así todavía se está en proceso de conformar un Mercado Común, descartándose también por el momento la implementación de una moneda común³⁹.

TITLE: The Common Market

RESUMEN: El presente artículo analiza la modalidad de integración económica supranacional conocida como Mercado Común. Pese a que otras organizaciones internacionales también aspiran a su consecución, el Mercado Común o Interior Europeo es aún, a saber, su única manifestación exitosa, aunque no plenamente acabada. Su concepto, evolución y desafíos pendientes, junto con otras experiencias en proceso de conformación constituyen nuestro objeto de estudio.

PALABRAS CLAVE: Mercado Común, integraciones económicas supranacionales.

ABSTRACT: This article analyzes the form of supranational economic integration, known as Single Market. Despite the fact that other international organizations also aspire to achieve it, the EU's Single Market or EU's Internal Market is still, namely, its only successful manifestation, although not fully finished. Its concept, evolution and challenges, together with other experiences in forming process constitute our object of study.

KEY WORDS: Single Market, supranational economic integrations.

RECIBIDO: 03.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

³⁹ *Ibidem*, pp. 898-900. *Vid.* también, FABANI, O., «El Consejo de Cooperación de Estados Árabes del Golfo: un análisis de su evolución a 30 años de su conformación», *V Congreso de Relaciones Internacionales, La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010, Octava Jornada de Medio Oriente*, <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/39836/Documento_completo.pdf?sequence=1>, p. 19. Y BARTESAGHI, I. Y MANGANA, S., «El Consejo de Cooperación del Golfo (CCG): Las relaciones con el Mercosur, *XI Seminario de Relaciones Internacionales ISRI 2014*, <<http://ucu.edu.uy/sites/default/files/Consejo%20de%20Cooperaci%C3%B3n%20del%20Golfo.pdf>>, p. 4.

LA OCDE EN LA DEFINICIÓN DE POLÍTICAS ECONÓMICAS EN ESPAÑA. OCDE Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA*

*Desarrollo e influencia de la OCDE
en la era de la globalización*

Juan Manuel Goig Martínez

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp165-205

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. EL PAPEL DE LA OCDE EN UN MUNDO GLOBALIZADO. 2.1. *Objetivos*. 2.2. *Funcionamiento y ámbito*. 2.3. *Organización y adopción de acuerdos*. 3. LA ESPECIAL TRASCENDENCIA DEL PAPEL DE LA OCDE. LEGITIMIDAD Y DEMOCRACIA EN LA OCDE. 4. EL PAPEL DE LA OCDE EN EL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA. 4.1. *Dualismo Democracia Vs. Economía en la teoría de la OCDE. Influencia en la política democrática mundial*. 5. LA INFLUENCIA DE LA OCDE EN LA POLÍTICA ECONÓMICA ESPAÑOLA. OCDE Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN ESPAÑA. 5.1. *El modelo económico de la Constitución española de 1978*. 5.2. *Sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la Constitución española*. 5.3. *La OCDE en la definición en la política económica española*.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto: DER2013-48327-C3-1-R, Constitución y mercado en la crisis de la integración europea, «RETOS INVESTIGACIÓN», Programa de I+D+i orientado a los retos de la sociedad (2014-2016), Ministerio de Economía y Competitividad, en el marco del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, que agrupa a tres Universidades: Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Deusto y Universidad Pablo de Olavide. Investigadores principales: José Luis GARCIA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad en la que nos encontramos inmersos se define principalmente por su carácter globalizador. Hoy en día ya no se entienden las políticas nacionales aisladas. Nos movemos en torno a un mundo interconectado, sobre todo, debido a la proliferación de los organismos supranacionales, que hacen propuestas de actuación globales.

Instituciones financieras como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la UE, el G7, el G20, y otras entidades como la OCDE o la OMC, se han arrogado prerrogativas políticas al imponer condiciones, restringiendo, de esta manera, las opciones democráticas de los Estados en materia de política económica y social.

Desde el punto de vista político se producen cambios que se caracterizan por un proceso fundamental: la ampliación del número de actores internacionales que van más allá de los Estados y donde participan actores no estatales también. Esto no significa que el Estado desaparezca a corto plazo, pero tiene que convivir en un mundo con el cual se relaciona por varias vías, el mundo de los organismos multilaterales, y de las organizaciones transnacionales, denominado «la sociedad civil internacional».

Instituciones transnacionales como la ONU, la OTAN, la OMC, la UE, la OCDE y otras, se encargan de establecer normas y reglas de juego en un marco cada vez más globalizado. Todo esto son tendencias que van en el sentido de la globalización, en claro detrimento de la soberanía nacional. Muchas de las importantes decisiones que afectan a los ciudadanos no pasan por el Parlamento, no pasan por los partidos, sino que pasan por otros actores.

El mayor desafío para la democracia bajo la globalización será, precisamente, fortalecer la democracia en los estados nacionales, ya que si los gobiernos son fuertes, los organismos supranacionales serán fuertes. Como indica Rodrik¹, para que la globalización produzca beneficios económicos para toda la sociedad en general, aquella necesita de democracias nacionales fuertes.

En el ámbito internacional, fundamental en los procesos democráticos globalizadores, se defienden valores materiales que orientan la colaboración internacional de todos los Estados y que han de ser realizados a través de esta colaboración: la dignidad, los derechos humanos, la paz, la igualdad en todas sus vertientes, la justicia, la tolerancia y el progreso económico y social. Todo en beneficio de un interés común y en defensa de los pueblos, que tienen que mantener unas relaciones amistosas al objeto de que la cooperación

¹ RODRIK, D., *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, New York: *W. W. Norton & Company*, Antoni Bosch editor en español, Barcelona, 2011.

internacional sea capaz de resolver problemas internacionales de carácter político, económico, o humanitario, y para promover el respeto y fomento de los derechos humanos.

2. EL PAPEL DE LA OCDE EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Las modificaciones verificadas a nivel mundial a raíz de la globalización y el neoliberalismo, situaron a organizaciones económicas internacionales como la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico (OCDE) en la posición de actores relevantes, con capacidad para dar forma y armonizar los sistemas políticos y económicos de los Estados. No obstante, la influencia que despliega la OCDE, como Organización Internacional profundamente desconocida, tiene características particulares que pasamos a examinar, y que vienen definidas por sus objetivos, la forma de actuar, y los acuerdos que adopta y la forma de adoptarlos.

2.1. *Objetivos*

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es una institución formada por 34 Estados «*comprometidos con la democracia y una economía de mercado*»².

² La OCDE está integrada por un grupo de países que comparten las mismas ideas. Para ser miembro, un país debe practicar los principios de la economía de mercado y ser una democracia pluralista. La OCDE es «rica» en el sentido de que sus 34 miembros producen casi el 60 por ciento de los bienes y servicios del mundo y el 80% del PIB, pero de ningún modo es exclusiva. COMPOSICIÓN ACTUAL: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, Méjico, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido, y Estados Unidos.

El 30 de mayo de 2013, la OCDE decidió abrir el proceso de negociaciones para el ingreso de Colombia y Letonia, el mismo en el cual se encontraba Rusia desde 2007 – con la crisis de Crimea de 2014, el acceso de este último país a la organización se ha pospuesto– El proceso de negociaciones para el ingreso de Costa Rica y Lituania se ha abierto en 2015.

Otros candidatos a convertirse en miembros plenos son los cuatro países de la Unión Europea que aún no pertenecen a la organización: Bulgaria, Chipre, Malta y Rumania.

Los países no miembros están invitados a suscribirse a los convenios y tratados de la OCDE, que comparte sus conocimientos y puntos de vista sobre temas de interés común con más de 100 naciones. En 2007, la OCDE se comprometió a fortalecer su cooperación con Brasil, China, India, Indonesia y Sudáfrica a través de un incremento en sus relaciones.

Además de los 34 miembros plenos, 12 países con economías emergentes son adherentes a la declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales de 1976

La Convención de la OCDE de 14 de diciembre de 1960³ que estableció las bases de esta organización, partía de la consideración de que la prosperidad de Europa dependía de la colaboración entre Estados, que permitiría aunar *progreso económico* y propiciaría unas *relaciones pacíficas* entre sus integrantes, frente a la guerra, que había sido la forma de resolución de problemas más utilizada hasta fechas no muy lejanas a la formación de la OCDE, afirmando que han sido los acuerdos en materia económica los que han traído algo más que riqueza o bienestar y han creado incentivos para no utilizar las armas en caso de desacuerdos importantes⁴.

En la propia Convención se reflejó la idea de que la prosperidad económica está ligada a la paz:

«... la fortaleza y la prosperidad de la economía son esenciales para alcanzar los objetivos de las Naciones Unidas, salvaguardar las libertades individuales y aumentar el bienestar general».

y participan en el trabajo del comité de inversiones de la OCDE: Argentina (22-4-1997), Brasil (14-11-1997), Lituania (20-9-2001), Letonia (9-1-2004), Rumania (20-4-2005), Egipto (11-7-2007), Perú (25-7-2008), Marruecos (23-11-2009), Colombia (8-12-2011), Túnez (23-5-2012), Costa Rica (30-9-2013) y Jordania (28-11-2013).

Por otro lado, 24 países no miembros participan como observadores regulares o completos en comités de la OCDE, a los que se suman otros 50 comprometidos en diversas actividades y que pueden solicitar membresía permanente previa evaluación positiva.

³ Documentos relacionados: Protocolo Complementario n.º 1 de la Convención sobre la OCDE; Protocolo Complementario n.º 2 de la Convención sobre la OCDE; Protocolo Suplementario n.º 1 al Convenio Económico Europeo Cooperación en la capacidad jurídica, privilegios e inmunidades de la Organización y Declaraciones de algunos Países Miembros relativos a la Convención sobre la OCDE.

⁴ Las raíces de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se remontan a los escombros de Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Decididos a evitar los errores de sus predecesores en la raíz de la Primera Guerra Mundial, los líderes europeos se dieron cuenta de que la mejor manera de garantizar una paz duradera era fomentar la cooperación y la reconstrucción, en lugar de castigar a los vencidos. La OCDE es la sucesora de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), resultado del Plan Marshall y de la Conferencia de los Dieciséis (Conferencia de Cooperación Económica Europea), que existió entre 1948 y 1960. Su objetivo era el establecimiento de una organización permanente encargada, en primer lugar, de garantizar la puesta en marcha de un programa de recuperación conjunta (el Plan Marshall) y, en particular, de supervisar la distribución de la ayuda. Cuando los gobiernos reconocen la interdependencia de sus economías, se permite el camino para una nueva era de cooperación que iba a cambiar la faz de Europa. Animados por su éxito y la perspectiva de la realización de su trabajo hacia adelante en un escenario global, Canadá y los EE.UU. se unieron a los miembros de la OECE en la firma del nuevo convenio de la OCDE el 14 de diciembre de 1960. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) nació oficialmente el 30 de septiembre de 1961, cuando la Convención entró en vigor.

«... una cooperación más amplia constituirá una contribución esencial en las relaciones pacíficas y armoniosas entre los pueblos».

Actualmente, la meta principal de la OCDE gira en torno a un objetivo principal: promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas en todo el mundo. Así, sus principios fundamentales se centran en propiciar la cooperación entre las naciones y buscar soluciones a problemas comunes. Todo ello, con la intención de favorecer la interdependencia económica y la expansión del comercio mundial, para así poder conseguir los propósitos de Naciones Unidas y mejorar el bienestar de los ciudadanos y ciudadanas⁵.

La OCDE es un foro en que los gobiernos de los diferentes países ponen en común sus conocimientos y preocupaciones, buscando coordinar, a nivel nacional e internacional, sus políticas económicas y sociales.

De los estatutos de la Convención surgieron las facultades en que reside la influencia de la OCDE (artículos 1, 2, 3, 5, 11 y 12). En el primero se resalta su contribución a la expansión económica y del comercio internacional. El segundo consagra el acuerdo para la estabilidad financiera, para abolir obstáculos al intercambio de bienes, servicios y pagos corrientes; y para extender la liberación de movimientos de capital. El tercero especifica que los miembros proporcionarán a la OCDE la información necesaria para la ejecución de sus tareas. El quinto, que la organización tomará decisiones obligatorias para todos los miembros, podrá hacerles recomendaciones y comprometerse en acuerdos con miembros y no miembros. En el 11 se declara la soberanía de la OCDE, pues prohíbe que el Secretario General, el delegado o secretarios asistentes y el *staff*, pidan o reciban instrucciones de autoridades externas a la Organización. Finalmente, el 12 explica que en los términos que el Consejo determine, la Organización dirigirá comunicaciones a los estados u organizaciones no miembros, establecerá y mantendrá relaciones con ellos⁶.

La importancia de la OCDE ha traspasado los objetivos iniciales de su creación. En la actualidad, según indica la propia OCDE, su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social en todo el mundo. A tal efecto, la OCDE ofrece a los gobiernos un foro en el que puedan trabajar juntos, compartir experiencias y buscar soluciones a problemas comunes⁷.

⁵ OECD (2011). *Better policies for better lives. The OECD at 50 and beyond*. Paris: OECD Publishing.

⁶ VICHER, D., «La influencia de la OCDE en la elaboración de la política económica» en *ANÁLISIS*, n.º 18, mayo-agosto 2014, p. 119.

⁷ Las materias fundamentales que aborda la OCDE son: Administración pública; Agricultura, alimentos y pesca; Asistencia al desarrollo; Asuntos financieros y fiscales;

El trabajo de la OCDE es un compromiso compartido con el desarrollo sostenible, el empleo y el comercio, basado en la cooperación internacional y para el bienestar de todos. Pero en su *vis expansiva*, aborda el tratamiento de actos terroristas, evasores de impuestos, contratistas corruptos y sobre todos aquellos actos que socavan las bases de una sociedad justa y abierta, por considerar estos temas implícitos con sus objetivos y principios⁸.

Durante mucho tiempo, la OCDE constituyó un «club» económico y político exclusivo de las naciones occidentales del área transatlántica. En la última década, la OCDE ha enfrentado desafíos sin precedentes, como resultado de los cambios en la economía mundial ante la creciente importancia de las economías del Este y el Sur. Como consecuencia, la OCDE está reformándose para ser más incluyente, con la perspectiva de una ampliación de los miembros y adoptando un enfoque de política menos ortodoxo, que reconoce que existen otras formas de crecimiento económico, y no una sola que se ha conocido como «vía de la OCDE»⁹.

Su influencia en la vida política de los Estados miembros, y no miembros, es trascendente, lo que pone de manifiesto la interconexión que economía y política ha adquirido en este mundo globalizado.

2.2. Funcionamiento y ámbito

La OCDE no proporciona recursos financieros. Sólo presta asesoría para mejorar las políticas públicas de los países miembros o de terceros que lo soliciten (incluso en el marco de programas o iniciativas regionales¹⁰ MENA,

Ciencia y tecnología; Comercio; Desarrollo territorial, regional, urbano y rural; Economía; Educación; Empleo y fuerza de trabajo; Energía; Energía nuclear; Inversión; Medio ambiente; Países del Este y Centro de Europa; Políticas de competencia y de consumo; Prospectiva; Salud; Transporte y Turismo.

⁸ Importantes son sus estudios específicos sobre la materia: *OCDE Soborno Exteriores Informe. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros*, Publicaciones de la OCDE, 2014; *Consecuencias de la Corrupción a nivel sectorial e implicaciones para el Crecimiento y el Desarrollo Económico*, Publicaciones de la OCDE, 2015; *Sector de Integridad Pública. Un Marco para la Evaluación*, Publicaciones de la OCDE, 2005.

⁹ Para el cumplimiento de estos objetivos, los Estados miembros se comprometen a promover la utilización eficiente de sus recursos económicos; en el terreno científico y técnico, promover el desarrollo de sus recursos, fomentar la investigación y favorecer la formación profesional; perseguir políticas diseñadas para lograr el crecimiento económico y la estabilidad financiera interna y externa y para evitar que aparezcan situaciones que pudieran poner en peligro su economía o la de otros países, y continuar los esfuerzos por reducir o suprimir los obstáculos a los intercambios de bienes y de servicios y a los pagos corrientes y mantener y extender la liberalización de los movimientos de capital.

¹⁰ MENA: Oriente Medio y Norte de África; LAC: América Latina y el Caribe; CCE: Europa Central y Europa del Este, y BRP: Programa para las Regiones Bálticas.

LAC, CCE, BRP). Todo ello, con el objeto elevar el nivel de vida en los países miembros mientras se mantiene la estabilidad financiera, contribuyendo, al mismo tiempo, al desarrollo de la economía mundial.

Como indicábamos al inicio del estudio, la influencia que despliega la OCDE, tiene características particulares, pues sin otorgar financiación, ni ser un organismo negociador, su autoridad se ha construido, por un lado, a partir del pretendido conocimiento superior de la Organización y su personal, y por otro, por su forma de trabajo, verificada a partir del mutuo poder de vigilancia entre los países, mediante la cual ejerce una presión «suave» para acatar las recomendaciones¹¹.

La Organización tiene un carácter abierto y permite la participación de terceros países en sus comités, grupos de trabajo y foros. Esta participación está reglada y se hace bajo tres categorías: invitados, participantes y asociados, según el grado de menor a mayor implicación, y con el pago de cuotas en los dos últimos casos. Además, la OCDE mantiene una relación más estrecha y privilegiada con los denominados *Key Partners* (Brasil, China, India, Indonesia y Sudáfrica) que participan incluso en las Reuniones Ministeriales.

A lo largo de sus más de 50 años de existencia, la OCDE ha ido evolucionando, desde una Organización Internacional centrada en temas económicos, a ser uno de los foros mundiales más influyentes en el análisis de políticas públicas y en la elaboración de estándares e identificación de buenas prácticas en muy distintos ámbitos como empleo, educación, transporte (a través del ITF), igualdad de género, investigación, sanidad, política de defensa de los consumidores, medioambiente, agricultura, energía (a través de sus dos Agencias), política industrial, gobernabilidad y servicios públicos, ciencia y tecnología, fiscalidad, o la lucha contra la corrupción. Con ello, ha trascendido su finalidad, puramente económica, hacia el ejercicio de influencia política y social.

La OCDE realiza su trabajo mediante tres tipos de actuaciones¹²:

1. La elaboración de *Análisis y Estudios* sobre las políticas públicas de los países miembros, a partir de datos comparables (gracias a su labor de armonización estadística) para ser contrastados desde un enfoque multidisciplinar. Con base en estos análisis, se identifican mejores prácticas y se establecen nuevos estándares internacionales. Además de los informes estadísticos, se realizan otros enfocados temáticamente

¹¹ VICHER, D., «La influencia de la OCDE en la elaboración de la política económica» en *ANALISIS*, n.º 18, mayo-agosto 2014, pág. 115.

¹² Estas actividades se llevan a cabo por los más de 200 Comités y Grupos de Trabajo de las diferentes materias, con el apoyo del Secretariado organizado en Direcciones temáticas e integrado, a fecha de 31-12-2012, por 2880 funcionarios.

- te o de carácter sectorial como el *OECD Communications Outlook*, *OECD Employment Outlook*, *Society at a Glance*, *Agricultural Outlook*, *Government at a Glance*, *Informe PISA de Educación* o el *Informe Anual sobre Cooperación al Desarrollo*.
2. Los *Exámenes de Pares* (o *Peer Reviews*) o Informes tipo auditoría externa, que son propios de la OCDE, sobre las políticas públicas de los Estados miembros como la economía, la política energética, política de la competencia, ayuda al desarrollo, educación, fiscalidad, etc. La periodicidad de los Exámenes varía en función de la materia. La revisión por pares de los gobiernos, la vigilancia multilateral y la presión de grupo son la clave para la eficacia de la OCDE.
 3. En menor medida, pero con una gran trascendencia, también ejerce *actividad normativa*: el Consejo de la Organización tiene la facultad de adoptar instrumentos jurídicos, conocidos como «los actos de la OCDE». Estas «leyes» son el producto de la labor sustantiva en el marco de los comités de la Organización.

La OCDE puede establecer compromisos vinculantes para los Estados miembros, en determinadas materias, mediante la adopción de Convenios. También adopta Directrices, Recomendaciones o Declaraciones no vinculantes pero que integran todo un acervo de buenas prácticas y estándares que son punto de referencia muy importante para los países miembros y para los que quieren acceder:

- Las **Decisiones** son legalmente vinculantes para todos los Miembros que no se abstengan en el momento de la adopción. Aunque no son tratados internacionales, implican el mismo tipo de obligaciones legales que las derivadas de los tratados internacionales. Los miembros tienen la obligación de poner en práctica las decisiones y deben tomar las medidas necesarias a tal aplicación.
- Las **Recomendaciones** no son jurídicamente vinculantes, pero la práctica les reconoce una importante fuerza moral en la medida en que representan la voluntad política de los países miembros y se espera de ellos que hagan todo lo posible para ponerlos en aplicación plenamente. Por lo tanto, los países miembros que no tengan la intención de hacerlo, por lo general se abstienen cuando se adoptó una recomendación, aunque no es necesario desde el punto de vista legal.

Otros instrumentos jurídicos también se desarrollan en el marco de la Organización:

- Las **Declaraciones**: textos solemnes que contienen compromisos de política relativamente específicos que los gobiernos miembros suscriben. No constituyen actos formales de la Organización y no pretenden ser ju-

rídicamente vinculante. El Consejo de la OCDE señala, y su aplicación es seguida generalmente por el cuerpo de la OCDE que es responsable.

- Los **Arreglos**: instrumentos negociados adoptados en el marco de la Organización por parte de algunos países miembros. No constituyen actos de la Organización y no son jurídicamente vinculantes, pero el Consejo ha tomado nota y su aplicación ha dado seguimiento.
- Los **Acuerdos Internacionales**: celebrados en el marco de la Organización, que son jurídicamente vinculantes para los países parte en esos acuerdos.

La adopción de estos actos «normativos», ha planteado, de manera muy importante, problemas de legitimidad democrática de la OCDE, o la manera en que la OCDE afecta a los postulados clásicos de la democracia, puesto que el desplazamiento de decisiones políticas a colegios supraestatales cuyas decisiones son jurídicamente vinculantes para los Estados miembros, e incluso en el caso de la OCDE también para otros, determina dudas sobre la designación de los representantes estatales en dichos organismos, y la vulneración de la participación y representación de la ciudadanía, aspecto sobre lo que volveremos más adelante en este trabajo.

La legitimidad teórica de la OCDE se ha sustentado en que tiene una experiencia consolidada en la producción de datos y análisis, así como para establecer normas de gobierno para la aplicación de políticas públicas, la revisión por pares y, también, para establecer comisiones y ámbitos de discusión abiertos. Los documentos de la OCDE incluyen críticas a los gobiernos, lo cual desvía la atención de su adherencia a las doctrinas imperantes. Además, la OCDE no cede a la presión del Estado miembro para apoyar políticas que se consideran inapropiados por expertos en la materia y responsables políticos de otros países.

La OCDE se desarrolla con gran «libertad», y en un ambiente diferente al de los cuerpos nacionales e internacionales, que no pueden hacerlo por estar involucrados con el «orden establecido».

La OCDE se está esforzando por mantener y desarrollar su proyección y relevancia adaptando sus tareas, prioridades y relaciones con los restantes países y Organizaciones Internacionales¹³. En este contexto se enmarca, como esfuerzo y logro de la OCDE su inteligente aproximación y activa contribución al G20 (salvo en temas financieros) convirtiéndose de facto, junto al FMI, en Secretaría del G20¹⁴.

¹³ CLIFTON, J Y DÍAZ-FUENTES D., «The New Political Economy of the OECD in a context of Shifting World Wealth», *MPRA Paper* n.º 33043, August 2011, UTC, p. 20.

¹⁴ Vid. Al respecto, *G20 Principios / OCDE para el gobierno corporativo*, Publicaciones de la OCDE, diciembre de 2015.

Las prácticas de comportamiento que se han desprendido de la OCDE, se fueron asimilando al diseño e implementación de las políticas, apuntalando los enfoques defendidos por otros organismos internacionales como el FMI y la OMC. Esta adhesión de la OCDE a las doctrinas imperantes se ha asociado al carácter «netamente financiero» de la globalización, junto con la idea de marginar al Estado de sus tareas centrales, pues en su actuación presiona y contribuye a disminuir el sector público y las políticas sociales¹⁵.

Además, la OCDE firmó un estatuto conjunto de prioridades de cooperación con el Banco Mundial (OCDE-BM). Con el estatuto, los países que no son miembros de la OCDE –y no participan en los programas– pero sí clientes del Banco Mundial, adquieren acceso a las guías, los estándares y las *policies knowhow*, basados en la experiencia de los países miembros de la OCDE.

Todo ello pone de manifiesto la influencia de la OCDE. En muchas ocasiones la OCDE se ha considerado simplemente como una organización de investigación altamente técnica, sin importancia política; no obstante, el conocimiento producido en sus redes no ha constituido sólo una suma de datos, sino una guía hacia futuras direcciones en la reproducción y desarrollo de prácticas que dan forma y armonizan crecientemente el sistema político y económico¹⁶. De hecho, se ha observado que es en la política económica general donde las recomendaciones de la OCDE tienen más capacidad de injerencia sobre los países miembros¹⁷.

La OCDE opera como el «terreno» en el que se construyen y diseminan investigaciones e ideas de políticas transnacionales sobre temas contemporáneos relevantes, y juega un papel instrumental muy influyente en el desarrollo de modos inquisitivos y meditativos de gobierno, bajo una fuerte perspectiva neoliberal¹⁸.

No es sólo una cuerda de transmisión de ideas dominantes. Los dispositivos de que se sirve para transmitir su perspectiva contribuyen a potenciar su influencia, sobre todo, cuando busca establecer permanentemente consensos que den legitimidad a sus normas no vinculantes y minimizar los conflictos en el seno de la Organización.

¹⁵ NIETO SOLÍS, J.A., «España en la OCDE: avances hacia el Estado de Bienestar», *Revista de Economía Mundial*, n.º 28, 2011, pp. 44 y ss.

¹⁶ Vid. WEBB, M Y PORTER, T., «The Role of the OECD in the Orchestration of Global Knowledge Networks», Canadian Political Science Association annual meetings, Saskatoon, Saskatchewan, Canada. 2007.

¹⁷ NIETO SOLÍS, J. A., «España en la OCDE: avances hacia el Estado de Bienestar», en *Revista de Economía Mundial* 28, 2011, p. 58.

¹⁸ MAHON, R. Y MCBRIDE, S. (eds.) *The OECD and Transnational Governance*, UBC Press, Vancouver, 2008, pp. 3 y ss.

2.3. Organización y adopción de acuerdos

La OCDE tiene una estructura piramidal que comprende el Consejo, los Comités y la Secretaría. El Comité más importante es el Consejo, su órgano de gobierno, que se constituye con los embajadores de los países miembros, más un representante de la Comisión Europea. Lo preside el Secretario General.

El *Secretario General* está al frente de la Organización. Es el jefe del Secretariado, preside las reuniones del Consejo y asume la representación exterior de la OCDE.

Orgánicamente, la Secretaría General está estructurada en distintas direcciones temáticas¹⁹, a lo que se añaden otras de carácter horizontal como Comunicación, Dirección Ejecutiva y Asuntos Jurídicos, entre otras. Junto a las direcciones temáticas existen también una serie de instituciones con carácter de órganos semiautónomos, pero con distinto grado de autonomía, vinculados a la OCDE, que trabajan en ámbitos muy específicos, teniendo al frente de ellas un director general²⁰.

El *Consejo* está integrado por los Embajadores de los países miembros y es el órgano supremo de la Organización del que emanan todos sus actos²¹.

¹⁹ DISTINTAS DIRECCIONES Y DEPARTAMENTOS: Dirección económica (Economic Directorate ECO); Dirección estadística (Statistics Directorate STD); Dirección desarrollo cooperación (Development and Co-operation Directorate, DCD-DAC); Dirección administración pública y desarrollo territorial (Directorate for Public Governance and Territorial Development, GOV); Dirección empleo y política social (Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, ELS); Dirección comercio y agricultura (Trade and Agriculture Directorate, TAD); Dirección medio ambiente (Environment Directorate, ENV); Dirección educación (Directorate for Education and Skills, EDU); Dirección, ciencia, tecnología e industria (Directorate for Science, Technology and Industry, STI); Dirección asuntos fiscales (Directorate for Financial and Enterprise Affairs, DAF); Centro para política tributaria y administración (Centre for Tax Policy and Administration, CTP); Centro emprendimiento, pymes y desarrollo local (Centre for Entrepreneurship, SMEs and Local Development, CFE).

²⁰ Agencia Internacional de la Energía (AIE); Agencia de Energía Nuclear (AEN); Centro de Desarrollo e Innovación Educativa (CERI); Centro de Desarrollo (DEV); Club de Sahel y de África Occidental (SWAC); Foro Internacional del Transporte (ITF).

²¹ En el caso español, el **Embajador Representante Permanente** de España es Miembro del Consejo. Por el hecho de ser Miembro del Consejo, participa también en el gobierno y gestión de los llamados organismos semiautónomos que forman parte de la Organización. Para llevar a cabo su cometido, la Representación, al igual que la de los restantes Estados miembros, está compuesta por el Embajador Representante Permanente, el Representante Permanente Adjunto, y los Consejeros expertos en las diversas áreas de trabajo de la Organización (Economía, Comercio, Hacienda, Agricultura, Pesca y Alimentación, Empleo y Asuntos Sociales, Industria, Energía e I+D, Educación, Cooperación al Desarrollo, Medio ambiente, Turismo, y Comunicación), que

Además de las reuniones habituales a nivel de Embajadores, el Consejo se reúne una vez al año (normalmente en mayo) a nivel ministerial (Ministros o Secretarios de Estado de Economía o de Asuntos Exteriores)²².

Nuevamente, la forma de designación de los Embajadores de los Estados miembros, pone de manifiesto cómo la integración internacional en organismos como la OCDE produce un vaciamiento de los poderes parlamentarios, en beneficio de los ejecutivos nacionales, alterando el sistema de división de poderes en organismos supranacionales que adoptan decisiones que vinculan jurídicamente a sus miembros²³.

El Consejo se apoya principalmente en el trabajo de *tres Comités permanentes* (*Standing Committees*): el Comité Ejecutivo –integrado por los Representantes Permanentes Adjuntos, prepara las reuniones del Consejo y trata cuestiones de funcionamiento de la Organización–, el Comité de Relaciones Exteriores y el Comité de Presupuesto.

Además del Consejo y los Comités Permanentes, la OCDE cuenta con los *Comités Sustantivos*²⁴ (que a su vez tienen grupos de trabajo subsidiarios), así

participan en los correspondientes comités o grupos de trabajo. La **Representación Permanente**, o Embajada de España ante la OCDE juega, por tanto, un papel clave, centrado en una triple función: 1. Representar y defender a España ante los distintos órganos de la OCDE; 2. Exponer y defender la posición del Gobierno español en el Consejo, en los distintos Comités y en los grupos de trabajo, y 3. Participar en la dirección y gestión de la Organización.

²² Se compone de un representante por cada país miembro, además de un representante de la Comisión Europea. El Consejo se reúne regularmente a nivel de representantes permanentes ante la OCDE, y adoptar las decisiones por consenso. Estas reuniones son presididas por el Secretario General de la OCDE. Una vez al año, el Consejo de la OCDE se reúne a nivel ministerial para discutir los principales temas de las prioridades de día y de conjunto para la labor de la Organización. Trabajo solicitado por el Consejo se llevan a cabo por la Secretaría de la OCDE.

²³ Vid, entre otros, RAGONE, S., «La incidencia de la crisis en la distribución interna del poder entre parlamentos y gobiernos nacionales», en *ReDCE* núm. 24. Julio-Diciembre de 2015.

²⁴ Los representantes de los 34 países miembros se reúnen en comisiones especializadas para discutir sus ideas y examinar los progresos en áreas específicas de la política pública, como la economía, el comercio, la ciencia, el empleo, la educación o los mercados financieros. La OCDE tiene alrededor de 250 comités, grupos de trabajo y grupos de expertos. Unos 40 000 altos funcionarios de las administraciones nacionales participan cada año en la OCDE comités reuniones para revisar el trabajo realizado por la Secretaría, aportar y sugerir nuevas. Desde sus capitales, estos oficiales tienen acceso a los documentos de la OCDE a través de Internet y pueden intercambiar información a través de una red específica. Entre los principales Comités Sustantivos destacan el de Política Económica (EPC), de Exámenes Económicos y de Desarrollo, de Ayuda al Desarrollo (CAD, que se distingue de los demás porque no todos los miembros de la OCDE pertenecen a él), de Inversiones, de Asuntos Fiscales, de Medioambiente, de Gobernanza Pública y Política

como con otras estructuras informales como foros globales, y otros organismos semiautónomos.

Puesto que la política económica es la columna vertebral de las acciones de la OCDE, el Departamento de Economía es el más grande e importante, y trabaja para establecer tratados o compromisos, además de elaborar estudios o informes en los que se prescriben las medidas económicas que los países miembros y no miembros participantes, deben aplicar. Mediante la importancia que adquiere, y la forma en que trabaja, la OCDE se adhiere a las doctrinas imperantes que dan soporte a la expansión esencialmente financiera de la globalización, y que va cambiando aceleradamente las funciones características de muchos estados nacionales, reduciendo sus actividades de legitimación, puesto que tiene una gran influencia en la elaboración de proyectos y líneas de actuación en la economía de países miembros, y tiene transcendencia en la política mundial.

En lo que al mecanismo de toma de decisiones se refiere, de acuerdo con el art. 5 de la Convención OCDE, para alcanzar sus objetivos la Organización puede:

- Adoptar decisiones (que a menos que se indique lo contrario son vinculantes)
- Hacer recomendaciones o
- Concluir acuerdos con EEMM, países no miembros y otras OOII.

A menos que la Organización lo decida de otra forma para casos especiales, las decisiones y las recomendaciones deben tomarse por Acuerdo Mutuo (o Consenso). La designación de casos especiales requiere unanimidad (art. 6 Convención OCDE)

Las Reglas de Procedimiento aclaran la diferencia entre Unanimidad y Acuerdo Mutuo (o Consenso), así como su uso:

- *Unanimidad*: acuerdo expreso de todos los EEMM (no cabe la abstención). Se requiere unanimidad en casos excepcionales como adhesión de un nuevo país. Igualmente se requiere unanimidad para designar los casos que deben considerarse especiales, o para hacer excepciones.
- *Acuerdo Mutuo (o Consenso)*: se refiere a la ausencia de objeción (con lo cual cabe la abstención). Este mecanismo de decisión es el que se aplica a la gran mayoría de los casos.

Para dar más agilidad a la toma de decisiones (en especial a las de menor relevancia), el Consejo llevó a cabo una reforma del mecanismo de toma de decisiones en 2004, introduciendo la figura de la Mayoría Cualificada. El

Territorial, de Comercio y Agricultura, de Ciencia, Tecnología e Industria, de Empleo y Asuntos Sociales, de Educación, de Estadísticas etc.

mecanismo de Mayoría Cualificada establece que en caso de no poder conseguirse un Acuerdo Mutuo (o Consenso), la decisión puede tomarse con el consentimiento del 60% de los EEMM, salvo que se opongan tres o más miembros y que representen al menos el 25% de la escala de contribuciones de la Parte 1. El mecanismo de Mayoría Cualificada es pues solo aplicable a casos muy especiales: adopción del Programa de Presupuesto y Trabajo de la OCDE o la creación y/o supresión de Comités.

3. LA ESPECIAL TRASCENDENCIA DEL PAPEL DE LA OCDE. LEGITIMIDAD Y DEMOCRACIA EN LA OCDE

La OCDE es un foro único en el que los gobiernos de 34 democracias y economías de mercado trabajan juntos para hacer frente a los desafíos económicos, sociales y de gobernanza relacionados con la globalización, así como para aprovechar sus oportunidades.

La Organización constituye un marco para que los gobiernos comparen experiencias de políticas; busquen respuestas a problemas comunes; identifiquen las buenas prácticas, y coordinen políticas públicas nacionales e internacionales. Este foro, en el que la presión de sus integrantes puede contribuir significativamente a la mejora de políticas, elabora instrumentos reconocidos a nivel internacional, toma decisiones y hace recomendaciones en áreas en que es necesario el acuerdo multilateral para que cada país progrese en una economía globalizada. Los países no miembros están invitados a sumarse a estos acuerdos y tratados.

La OCDE ayuda a los gobiernos a promover la prosperidad y a combatir la pobreza a través del crecimiento económico, la estabilidad financiera, el comercio y la inversión, la tecnología, la innovación, el estímulo empresarial y la cooperación para el desarrollo. Procura que se tomen en cuenta las implicaciones ambientales del desarrollo social y económico. Otros objetivos incluyen la creación de empleo y la equidad social, así como lograr una gobernanza transparente y efectiva.

Para lograr todos estos fines la Organización lleva más de 40 años publicando información económica de primer nivel, así como aportando información estadística comparable de los diferentes países. Sin información fiable no hay política económica que sirva de nada, por lo que su labor de fuente de saber económico contrastado es de vital importancia.

La OCDE constituye un marco para la reflexión y la discusión, basado en investigación y análisis que ayudan a los gobiernos a definir una estrategia de política pública, la cual puede derivar en un acuerdo formal entre los países miembros o presentarse en foros nacionales o internacionales. El trabajo de la OCDE se realiza mediante un proceso altamente eficaz que comienza con la recopilación de datos y análisis para llegar a una discusión colectiva de las

políticas públicas. Esto permite la toma de decisiones y su implementación. La evaluación mutua de los gobiernos, la vigilancia multilateral y la presión colectiva –para confirmar o reformar– son la clave de la eficacia de la OCDE en todas sus áreas. Los análisis de la OCDE ayudan a los gobiernos a diseñar sus políticas económicas, y proporcionan el impulso de políticas públicas. Los trabajos analíticos, decisivos, y la búsqueda de un consenso, contribuyen al éxito de las negociaciones internacionales. En ocasiones, los debates en la OCDE culminan en acuerdos mediante los cuales sus países miembros aceptan las reglas del juego para aplicarlas en materia de cooperación internacional. Pueden surgir convenios formales, por ejemplo, sobre el combate a la corrupción, los créditos para la exportación o los flujos de capital; asimismo, para la formulación de estándares y modelos en materia fiscal internacional, o recomendaciones y guías concernientes a la gobernanza corporativa o a las prácticas ambientales.

Ante la globalización, el trabajo de la OCDE ha pasado de la revisión de las áreas de política pública en cada uno de los países miembros, al análisis de cómo dichas áreas interactúan entre sí, entre países y fuera del área de la OCDE.

La Organización también está ampliando su relación con la sociedad civil. Al principio se centró en las relaciones empresariales y laborales, y hoy abarca una amplia gama de organizaciones no gubernamentales. Asimismo, cada vez más, la OCDE invita al público a opinar sobre sus trabajos. En una economía globalizada que evoluciona constantemente, la OCDE también está cambiando. La Organización está reformando su gestión, abordando temas complejos como la repartición de su carga presupuestaria, las reglas sobre la toma de decisiones y la manera de responder a las presiones para aumentar el número de sus miembros.

Pero el papel de la OCDE ha trascendido la labor con la que inicialmente fue creada. La OCDE ha definido cuáles son los estándares de comportamiento apropiado para los Estados que buscan identificarse como modernos, liberales, favorables al mercado y eficientes. La OCDE opera como el lugar en el que se construyen y diseminan investigaciones e ideas de políticas transnacionales sobre temas contemporáneos relevantes y juega un papel instrumental y fundamental en el desarrollo de modos inquisitivos y meditativos de gobierno, bajo una concreta ideología económica, cuya influencia mundial es innegable.

Aunque sea complicado establecer medidas para dimensionar la influencia de la OCDE, ésta se hace evidente a través de los informes que reiteradamente se enfocan en mejorar la competitividad global de la economía, y cuyos efectos en la política, y en las políticas, son constantes. Si bien no es posible llevar a cabo una evaluación precisa de esa influencia, el análisis de la orientación y la intensidad de las recomendaciones que se despliegan en

los informes, hace posible tener una idea más localizada de su dimensión, pues las medidas propuestas son muy estrictas y dan cuenta de una preocupación generalizada en la OCDE porque los gobiernos de todos los países equilibren sus finanzas públicas con la mayor celeridad y eficacia, y en un sentido casi unívoco²⁵.

A nivel político, el Comité de Revisión Económica y de Desarrollo se convierte en un órgano central que estudia y vigila los países, y tiene como objetivo examinar las tendencias económicas y las políticas de los miembros en particular, o de países socios clave, para evaluar el desempeño general de cada economía y hacer recomendaciones. Informa de la situación económica y los desafíos clave que enfrentan sus autoridades, apuntando (con sus recomendaciones) hacia la forma de mejorar el rendimiento político y económico general del país. La elaboración de los Estudios e Informes da cuenta del proceso de «supervisión o vigilancia multilateral» que legitima su «rigurosidad», lo mismo que el diagnóstico y las recomendaciones que de allí resultan²⁶.

Más de medio siglo después de su fundación, la OCDE ha experimentado transformaciones fundamentales en su organización y funcionamiento que responden a los cambios acaecidos y previstos en la economía mundial. La OCDE intenta, también, tener un papel más influyente en la preparación y celebración de las cumbres del G-20, para lo que está colaborando más intensamente con las principales organizaciones económicas internacionales, nacionales y locales. Todos estos cambios en las funciones y actividades reflejan una visión renovada con la que la organización pretende garantizar su supervivencia como un agente clave de la gobernanza de la economía mundial.

Los esfuerzos se vienen realizando para transformar un «club» en una organización multilateral más global. Estas transformaciones habrían supuesto un cambio significativo y no superficial del gobierno, diseño organizativo y presupuesto de la OCDE.

El multilateralismo tipo «club», característico de la OCDE en sus inicios, y durante parte de su desarrollo como organismo intergubernamental, se identifica como una forma de actuación dominado por un pequeño número de países ricos con ideas afines. En estos clubes, las negociaciones las llevan a cabo expertos nacionales técnicamente capacitados y especializados, y son excluidos los representantes de los países en desarrollo. Debido a que este tipo de gobernanza es exclusiva y no transparente, los que discuten no son

²⁵ NIETO SOLÍS, J.A., «España en la OCDE: avances hacia el Estado de Bienestar», *Revista de Economía Mundial*, n.º 28, 2011, pp. 51 y ss.

²⁶ MARCUSSEN, M., «The Organization for Economic Cooperation and Development as Ideational Artist and Arbitrator» en B. REINALDA Y B. VERBEEK (eds.), *Decision-Making within International Organizations*, Routledge, London, 2004, pp. 95 y 96.

plenamente responsables del alcance global de las políticas. Las decisiones que emanan de estos procesos servirían a los intereses de unos pocos, reflejando los intereses y los compromisos entre países industrializados. En caso de no ampliarse el club hacia una configuración más global, esto podría significar que las políticas carezcan de legitimidad y sean percibidas como una imposición. Esta sería la manera de actuar que ha adoptado la OCDE durante muchos años.

Frente a la consideración tipo «club» caracterizada por la exclusión, la baja rivalidad, y profundos déficits democráticos, los modelos globales de cooperación multilateral adoptan formas de funcionamiento incluyente, donde las cuestiones centrales son si la adhesión es representativa, democrática y justa, y donde la participación significa que los miembros pueden contribuir realmente a influir en las políticas y sus resultados, en contraposición a los modelos de cooperación multilateral en club que se definen como aquellos en los que un pequeño número de países (ricos) establecen reglas, a menudo en formas no transparentes, excluyendo a otros países (pobres), así como a otros agentes, tales como organismos multilaterales y universales, ONGs, sindicatos, y la sociedad civil²⁷.

La reforma de la OCDE ha intentado ser más inclusiva, tanto por la ampliación de sus miembros, como por la variedad de sus actuaciones, y para ello ha adoptado dos procedimientos: el establecimiento de «redes de gobierno» en todos los continentes (las redes de gobierno se organizan regionalmente en Europa, el Cáucaso y Asia central, América Latina, Oriente Medio y África del Norte, África de sur, Asia del Sur, y otros países asiáticos no miembros), y mediante la colaboración con otras organizacionales internacionales, nacionales y locales, esto último se justifica por la necesidad de legitimar la producción de la OCDE en todo el mundo. Se trata de un cambio hacia una representación más diversa, en términos económicos y políticos, de una organización que se inclinó tradicionalmente hacia los países occidentales²⁸.

La modificación de la OCDE tiende hacia los modelos globales de multilateralismo que promueven una mayor inclusión, participación y gobierno democrático²⁹.

²⁷ Vid. ΚΕΟΗΑΝΕ, R, Y NYE, J., «The Club Model of Multilateral Cooperation and the World Trade Organization: Problems of Democratic Legitimacy», Harvard University, John F. Kennedy School of Government, Visions of Governance in the C21st Century, Working Paper n.º 4. 2001.

²⁸ CLINTON, J, Y DÍAZ-FUENTES, D., «La Nueva política de la OCDE ante el cambio en la economía mundial», en *Revista de Economía Mundial*, n.º 28, 2011, pp. 113-142.

²⁹ KAUL, I. Y CONCEIÇÃO, P. (eds.), *The New Public Finance, Responding to Global Challenges*, Oxford University Press UNDP, Oxford, 2006, pp. 21 y ss.

En el caso de la OCDE esto es muy importante puesto que, además de la elaboración de bases de datos estadísticos, en cuya definición de normas, criterios de recopilación, organización y evaluación han intervenido expertos de la organización, y de la función de la OCDE como sede de foros en los responsables políticos nacionales puedan discutir con sus pares y expertos de la organización sobre temas y agendas específicas, otro servicio básico que ofrece la OCDE es la elaboración de criterios y normas para la aplicación y la evaluación de políticas públicas, que incluyen «Códigos», «Mejores Prácticas», «Guías», «Normas», «Estándares», «Principios» y «Criterios». La OCDE utiliza estos últimos como puntos de referencia con los que los miembros –y, también, los países no miembros– ponen en práctica sus políticas públicas. Además, en muchos casos los responsables políticos nacionales utilizan estos criterios como justificación para implantar políticas internas de difícil aceptación política o social, fundamentándola en la superioridad e inevitabilidad de la «vía OCDE» («no hay otra alternativa», ya que esto es lo que establece la OCDE y hacen los países desarrollados).

La labor de la OCDE ha puesto de manifiesto que junto a la económica, existe una globalización política y jurídica. El desplazamiento de decisiones políticas a entes supraestatales, que adopta medidas que son jurídicamente vinculantes, u orientadoras, no solo para los Estados miembros, sino para otros Estados, o, en algunos casos como la OCDE, que influyen y orientan a nivel mundial, afecta a la gobernanza mundial, y provoca la existencia de un sistema de poder a varios niveles, orientado a la realización de las tareas públicas.

Como ha indicado Walter³⁰, allí donde se resuelven inmediatamente cuestiones mediante la negociación en un nivel internacional, el propio organismo negociador se convierte en titular de la decisión política. En el caso de la OCDE, la política económica mundial surge de su seno, junto a las relaciones que esta entidad mantiene con otros colegios supranacionales. Ello provoca no solo un desplazamiento de poder, muchas veces constatado desde el Parlamento hacia los ejecutivos, que son quienes designan a sus Embajadores, sino al mismo tiempo afecta a los poderes estatales. Con referencia a las funciones del Estado y la Constitución, se produce un traspaso decisorio a los niveles internacionales, y mediante este desarrollo, la participación del legislador nacional se reduce. El problema se agudiza aún más cuando, con el apoyo de un Tratado Internacional, se crean instituciones permanentes con competencia para la elaboración de regulaciones particulares, y se producen desplazamientos en el ámbito de la división de poderes, como postulado clá-

³⁰ WALTER, C., «Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo», en PETERS, A, AZNAR, M.J. Y GUTIÉRREZ, I (eds). *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 193 y ss.

sico del Estado de Derecho. En el plano internacional, la pérdida de soberanía del Estado resulta compensada en el ámbito territorial, puesto que las decisiones estatales trascienden fronteras, y así el Estado ejerce influencia sobre el ordenamiento de otros Estados miembros, pero este desplazamiento se realiza en favor de los ejecutivos, por lo que si los Gobiernos participan más en la creación de Derecho, en el ámbito internacional pero que se convierte en derecho interno en el Estado o Estados receptores, los parlamentos pierden competencias.

Ello pone de manifiesto el déficit democrático que se predica de muchas instituciones internacionales, entre ellas de la OCDE, puesto que sin negar la legitimidad en la adopción de estas «normas internacionales», generalmente, las decisiones en el seno de la OCDE son adoptadas por los Embajadores designados por el ejecutivo, o incluso por otros agentes no estatales (ONGs, o particulares expertos, que carecen de toda legitimidad democrática, puesto que su legitimidad teórica, basada en sus conocimientos y su formación, no los convierte en agentes ajenos a influencias empresariales, o de otros interés), con lo que se produce una importante confusión entre lo público y lo privado en el ámbito internacional, que tiene gran trascendencia en los ámbitos estatales.

No obstante, también debemos afirmar que es la constitucionalidad estatal la que autoriza la integración internacional y define los criterios y los procedimientos, y que incluso, el hecho de abrir estas entidades supraestatales a la sociedad civil puede contribuir a promover los principios constitucional-democráticos de transparencia y responsabilidad pública³¹. También debemos de indicar que, para compensar el déficit democrático y los problemas de legitimidad de entidades supranacionales de influencia como es la OCDE, el aumento de las competencias parlamentarias de control, colaboración y cooperación, puede ser un instrumento muy adecuado.

Desde el momento en que organizaciones internacionales y entes supranacionales vigilan, evalúan y controlan las decisiones económicas, políticas y sociales de los Estados, como en el caso de la OCDE, las esferas internacional y nacional no pueden estar cuidadosamente separadas, sino que deben complementarse, integrando una red en el que la jerarquía no puede ser el criterio que regule dichas relaciones, sino que deben regularse por criterios de competencia y por el principio dispositivo.

A pesar de la importancia y de la influencia de la OCDE en la elaboración de políticas públicas, se considera que lo que le ha permitido ser exitosa a través de los años, y tratar aspectos tan importantes y a la vez tan controver-

³¹ PETERS, A., «Constitucionalismo compensatorio», en PETERS, A., AZNAR, M.J. Y GUTIÉRREZ, I (eds), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 231.

tidos, puesto que inciden en la estatalidad y soberanía, es que la OCDE ha actuado apoyándose en lo que se denomina regulación de tipo «suave» (*soft*) y en su autoridad ideacional, sustentada en el «conocimiento superior» de la Organización y en la formación de su personal. Aunque se afirma que la influencia de la OCDE se fundamenta más en la «coherencia de su forma de actuación» que en la «eficacia de sus recomendaciones»³².

4. EL PAPEL DE LA OCDE EN EL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA

Aun cuando las manifestaciones en torno al déficit democrático en el seno de la OCDE muestran las dudas sobre la práctica de su funcionamiento en relación con la importancia que esta Organización ha adquirido, y con la influencia económica, pero también política, que ejerce en un mundo globalizado, no podemos obviar, correlativamente, la contribución de la OCDE al desarrollo y modificación de la propia idea y fundamento de la democracia.

Desde hace mucho tiempo, y sobre todo a raíz de la crisis económica mundial que comienza en 2008, las presiones para que los gobiernos y sus administraciones públicas se abran al escrutinio público, sean más accesibles y sensibles a las demandas y necesidades de los ciudadanos, y respondan por la confianza política otorgada para gestionar la cosa pública, ha sido una constante³³.

Como ha indicado Bobbio³⁴, uno de los mayores compromisos y una de las características más importantes de la democracia es la visibilidad del poder, la publicidad de los actos de gobierno, ya que solo cuando el acto es público, los ciudadanos están en condiciones de juzgarlo y, por lo tanto, de ejercer al respecto una de las prerrogativas fundamentales del ciudadano democrático: el control de los gobernantes.

La globalización, en tanto desplaza la toma de decisiones a antes supranacionales, bien de naturaleza política o económica, afecta al principio de visibilidad del poder, de visibilidad de la toma de decisiones que aplicada y exigida de la democracia, ha constituido un principio revolucionario porque se opone a la tendencia natural del poder a esconderse³⁵. Esta falta de visibi-

³² NIETO SOLÍS, J.A., «España en la OCDE: avances hacia el Estado de Bienestar», *Revista de Economía Mundial*, n.º 28, 2011, pp. 45 y 46.

³³ Vid. VILLORIA, M., «La democratización de la Administración Pública: Marco Teórico», en RUIZ –HUERTA, J Y VILLORIA, M. (Dir), *Gobernanza Democrática y Fiscalidad: Una reflexión sobre las instituciones*, Técnos, Madrid. 2010.

³⁴ Vid, entre otras obras, BOBBIO, N., *La democracia e il potere invisibile*, Roma, 1980.

³⁵ Vid. CANETTI, E., *Masa y poder*, Madrid, Alianza, 1977.

lidad en el ejercicio del poder en la era de la globalización, afecta a la legitimidad democrática y a la propia democracia³⁶

El debate sobre del tipo de gobierno e instituciones públicas que son necesarias para asumir los retos que impone el siglo XXI es la continuación de una reflexión permanente por adecuar la arquitectura institucional y política, la reforma del Estado y los procesos de modernización de la gestión pública, que se han intensificado en los últimos dos décadas³⁷.

La OCDE, en la defensa de la transparencia como elemento indisoluble a la democracia, ha respaldado la evolución democrática desde una mirada basada en tres dimensiones relevantes que apelan a contar con una Administración Pública transparente, accesible y receptiva³⁸; a un enfoque donde se le considera como plataforma para resolver cómo el gobierno puede trabajar con la sociedad y los individuos para «co-crear» valor público³⁹.

En su informe del año 2003 *«Un gobierno abierto: fomentar el diálogo con la sociedad civil»*, la OCDE ya adelantaba una noción preliminar sobre el concepto de Open Government bajo el rótulo de «Administración Abierta», concebida como plataforma de base para «implantar sólidos marcos jurídicos, institucionales y políticos que rijan el acceso a la información, la consulta y la participación pública en la materia contribuye a mejorar la política pública, a luchar contra la corrupción y a incrementar la confianza de la sociedad en la Administración». En su concepción y propósito original, aludía a la necesidad del gobierno y la administración pública para conectar de manera más fluida con la sociedad civil en el marco de lograr una mayor implicación ciudadana en la elaboración de las políticas públicas y promover el buen gobierno: «informar, consultar y hacer participar a los ciudadanos constituyen los pilares de todo buen gobierno, los medios adecuados de fomentar la apertura, y una buena inversión para mejorar la elaboración de las políticas públicas»⁴⁰. Más tarde, se plantearía que un gobierno abierto se refiere «a la transparencia de las ac-

³⁶ BOBBIO, N., «Democracia y sistema internacional», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 4, noviembre de 1994, pág.18.

³⁷ MONTERO, J.R.; ZMERLI, S. Y NEWTON, K., «Confianza social, confianza política y satisfacción con la democracia», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 122, abril-junio 2008, pp. 11-54.

³⁸ OCDE (2006): Resolution of the Council on a New Governance Structure for the Organization, OCDE, París.

³⁹ OCDE (2010): Perspectives on Global Development: Shifting Wealth, OCDE, París.

⁴⁰ OCDE (2010). OECD Guiding Principles for Open and Inclusive Policy Making. Background document for expert meeting on «Building an open and innovative government for better policies and service delivery», París, 8-9 June.

ciones del gobierno, la accesibilidad de los servicios públicos e información, y la capacidad de respuesta del gobierno a las nuevas ideas, demandas y necesidades»⁴¹.

En términos de la práctica cotidiana, podemos resumir que el Gobierno Abierto que defiende la OCDE, presenta dos vertientes principales⁴²:

1. La apertura de datos públicos, que busca la transparencia y la mayor eficiencia del servicio público, permitiendo reutilizar los datos públicos para generar nuevas actividades económicas y la rendición de cuentas ante los ciudadanos.
2. La apertura de los medios sociales, que persigue facilitar la comunicación y la participación, aprovechar el conocimiento y la experiencia de los ciudadanos para ayudar en la provisión de servicios públicos, la colaboración en red interna y con otras administraciones públicas, empresas y organismos.

En los últimos veinte años, la OCDE ha estado interesada en una visión sobre las técnicas modernas de gestión pública que puedan proporcionar mejores, más relevantes, y simplemente más servicios públicos, a pesar del marco presupuestario restrictivo imperante⁴³.

Un Gobierno Abierto es aquel que establece una constante deliberación con los ciudadanos, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente⁴⁴.

Surge, de esta manera, una doctrina política que sostiene que los temas de gobierno y administración pública deben ser abiertos a todos los niveles po-

⁴¹ Open Government: Fostering Dialogue with Civil Society. OCDE. OECD Policy Brief (2005). Public Sector Modernization: Open Government. También Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE / Instituto Nacional de Administración Pública, INAP (2006). La modernización del Estado: el camino a seguir. INAP – MAP, Madrid, agosto de 2006. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE / Instituto Nacional de Administración Pública, INAP (2006).

⁴² ORSI (2011). Open Jovenmente. 10 ideas para hacer tu ayuntamiento abierto. Observatorio Regional de la Sociedad de la Información de Castilla y León (ORSI), España.

⁴³ Un importante estudio puede verse en MANNING, N. Y SHEPHERD, G., Reforma de la gestión pública: ¿qué debe aprender América Latina de la OCDE?, *Revista del CLAD Reforma y Democracia* n.º 44 (Jun. 2009). Caracas. Traducido del inglés por SONIA SESCOVICH Y ANTONIO QUINTIN. Título original: «Public Management Reform: What Does Latin America Have to Learn from the OECD?».

⁴⁴ CALDERÓN, C Y LORENZO, S (Coords.), *Open Government: Gobierno Abierto*. Alción Editores, Jaén, 2010.

sibles en cuanto a transparencia, para conseguir una mayor participación ciudadana y una mejor regulación⁴⁵.

Entre los principios del buen gobierno comúnmente aceptados y que ha manifestado y defendido la OCDE, cabe reseñar la apertura, la transparencia y la obligación de rendir cuentas; la objetividad y la equidad en el trato dado a los ciudadanos, con especial mención de los mecanismos de consulta y participación; la existencia de unos servicios eficaces y efectivos; la instauración de legislaciones y normativas claras, transparentes y fácilmente aplicables; la coherencia en la elaboración de las políticas públicas; el respeto del Estado de Derecho; y el seguimiento de estrictas pautas de comportamiento ético. Estos principios constituyen los cimientos de un gobierno abierto, esto es, aquel que es más accesible para los ciudadanos, que está más cerca de ellos, y cuyas actividades resultan, en definitiva, más transparentes⁴⁶.

Informar, consultar y hacer participar a los ciudadanos constituyen los pilares de todo buen gobierno, y ello contribuye a desarrollar la confianza del público en la Administración, lo que, a su vez, incrementa la calidad de la democracia y fortalece el civismo.

La OCDE ha entendido, en defensa y fortalecimiento de la democracia, cómo uno de los aspectos fundamentales es la sociedad civil y la participación ciudadana, defendiendo la necesidad de mejorar la democracia a través de una ciudadanía más informada, reflexiva y crítica. Al pasar de la información a la consulta y de allí a la participación activa, la influencia de los ciudadanos en la toma de decisiones se ha incrementado⁴⁷.

Muy importante en la contribución de la OCDE al desarrollo e impulso a la democracia en un mundo globalizado⁴⁸, ha sido entender que las relaciones entre las instituciones públicas y los ciudadanos deben constituir, para los

⁴⁵ Vid. CONEJERO PAZ, E., «Gobierno abierto y democracia participativa», en *Revista de investigación*, 2013.

⁴⁶ Informe de la OCDE: *Citizens as partners: Information, Consultation and Public Participation* (OECD, 2001b).

⁴⁷ Hace tiempo que el trabajo de la OCDE reconoció la importancia de informar y consultar a las fuerzas sociales en una multiplicidad de políticas sectoriales, tales como el medio ambiente, la educación y la lucha contra la corrupción. Con todo, el valor de dichos elementos para la salud general de los sistemas democráticos no se abordó explícitamente hasta la Reunión Anual de Altos Funcionarios de Centros de Gobierno de Países Miembros de la OCDE, celebrada en Berna (Suiza), en 1998, en torno al tema «Política de Información y Calidad Democrática». A raíz de esta reunión, se pidió al Servicio de Gestión Pública (PUMA)³ de la OCDE que realizase un análisis comparativo sobre las medidas que los diferentes países miembros estaban tomando para reforzar las relaciones entre los ciudadanos y sus respectivos Gobiernos en materia de elaboración de políticas.

⁴⁸ Vid. el Informe final, *Participación Ciudadana: Información, Consulta y Participación en la Elaboración de Políticas Públicas* (OCDE, 2001).

gobiernos, una prioridad importante. En los últimos años, los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil tienen cada vez mayor presencia; plantean problemas, formulan reivindicaciones y se esfuerzan por incidir en las decisiones de los operadores. La participación ciudadana puede ofrecer inmensas posibilidades para la toma de decisiones, sobre todo en un mundo cada vez más complejo. En una democracia, las relaciones instituciones públicas-ciudadanos son parte de la interacción entre un gobierno y los ciudadanos. La *democracia* descansa en el consentimiento de los ciudadanos. Para obtenerlo, la democracia representativa se apoya en un conjunto de reglas y principios formales tradicionales, tales como las elecciones y las campañas políticas que las preceden. Pero la democracia representativa se debe de basar, igualmente, en interacciones constantes entre la administración pública y los ciudadanos durante los periodos electorales⁴⁹.

4.1. *Dualismo Democracia Vs. Economía en la teoría de la OCDE. Influencia en la política democrática mundial*

La crisis financiera y del sector real de 2008 ha puesto de manifiesto los límites de los modelos de crecimiento basados en el único objetivo de «producir más y a menor costo». Al mismo tiempo, han revelado la necesidad de buscar nuevas fuentes de crecimiento que tengan en cuenta la sostenibilidad política y social⁵⁰. La crisis y el consecuente ajuste fiscal han agudizado la presión sobre la efectividad de las políticas públicas: en situaciones de reducción de presupuesto es preciso tener mecanismos que permitan sostener la «*accountability*» de las políticas y que permitan evitar las discontinuidades en el apoyo público a la competitividad y a la innovación.

En este contexto, avanzar en el aprendizaje del «hacer políticas» es fundamental. Y para ello, el diálogo y el intercambio de experiencias entre países es determinante. La experiencia internacional muestra que la generación de espacios para el dialogo de políticas ha sido un pilar clave en el avance en el diseño e implementación de agendas nacionales y supra-nacionales.

La transformación de la economía mundial hacia una diversificación y ampliación de los poderes económicos lleva a adoptar nuevas estrategias,

Como ha manifestado la propia OCDE, la democracia eleva a la política fiscal al centro de la relación entre los ciudadanos y el Estado. La política fiscal, uno de los principales retos en la actualidad, continuará siendo uno de los principales temas en la agenda de desarrollo.

⁴⁹ Vid. *Manual de la OCDE, sobre Información, Consulta y Participación en la Elaboración de Políticas Públicas* (OCDE, 2001) Edición española de 2006 a cargo de la Secretaría de la Función Pública.

⁵⁰ OCDE (2010): *Perspectives on Global Development: Shifting Wealth*, OCDE, Paris.

El buen gobierno democrático combina la legitimidad democrática, es decir la confianza de los ciudadanos en la democracia frente a otras formas de gobierno, con la aceptación del funcionamiento del sistema democrático. Igualmente, la legitimidad fiscal es reflejo de la confianza que las personas depositan en la labor del gobierno en la recaudación y el gasto de los ingresos tributarios.

Cuando la política fiscal no logra cerrar la brecha entre ricos y pobres, la credibilidad del sistema se ve afectada. Las políticas fiscales de baja calidad obstaculizan la generación de ingresos tributarios, frustran el gasto público y socavan la legitimidad fiscal y democrática.

Tras importantes procesos de reforma fiscal en los años ochenta y noventa, se está avanzando en la actualidad hacia un nuevo conjunto de medidas en este terreno. Un debate abierto sobre las políticas públicas contribuirá no sólo a ampliar el proceso de aprobación de reformas y de nuevos mecanismos tributarios, sino también su implementación. Se espera la introducción de medidas que contribuyan a fortalecer los mecanismos de asignación y asunción de responsabilidades y que acerquen las políticas oficiales a la población y al escrutinio público. La transparencia debería reforzar la percepción de los ciudadanos de que están obteniendo un beneficio justo por el dinero que pagan y de que sus impuestos están siendo bien gastados.

Los gobiernos pueden mejorar su legitimidad fiscal: 1) fomentando un gasto público mayor, mejor y más justo; 2) impulsando la participación de terceros en el escrutinio y la evaluación de las políticas públicas para fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas; 3) ampliando la base tributaria de forma que los sistemas tributarios sean más justos y equilibrados; y 4) fortaleciendo la capacidad, autoridad y rendición de cuentas de los entes públicos.

En sus esfuerzos por mejorar la legitimidad fiscal y reforzar la gobernabilidad democrática, los Estados deben devolver a la actividad tributaria y fiscal su dimensión política, de manera explícita y transparente. La reforma fiscal debería buscar la ampliación de los beneficios al conjunto de la ciudadanía y acercar a los ciudadanos al Estado. Un debate político abierto e informado, que sólo puede darse si el sistema es más transparente y existe un mayor acceso público a la información, es un excelente procedimiento para lograr esta meta. La participación de agentes independientes con la capacidad y la independencia financiera para llevar a cabo una evaluación crítica de las políticas y las reformas propuestas podría enriquecer enormemente este debate. En este proceso, la política fiscal contribuirá a fortalecer la gobernabilidad democrática.

Hasta la mitad de la década de 1970, los planteamientos de la OCDE sobre el Estado se enmarcaban en una perspectiva keynesiana de la economía, otorgándole un papel esencial en el progreso económico y social. Posterior-

mente se trasladó hacia el neoliberalismo, señalado que las soluciones liberales son más eficientes y efectivas.

La OCDE es un foro único en el que las Administraciones trabajan conjuntamente con el fin de afrontar los retos económicos, sociales y medioambientales de la globalización. La OCDE también constituye la vanguardia de los esfuerzos realizados para comprender los avances y ayudar a las Administraciones a responder ante las nuevas áreas de interés como la regulación de las sociedades, la economía de la información y los retos de una población que envejece.

En la cumbre del G8 en L'Aquila, la OCDE puso sobre la mesa una lista de 12 principios y reglas que podrían servir de base para reactivar la economía mundial sobre una nueva vía y más estable⁵¹. Entre los «doce mandamientos» destacaba la solicitud a los Estados a evitar «nivelar hacia abajo» en temas como medioambiente, asuntos sociales y empleo y a impulsar la «transparencia».

Desde la crisis de 2008, y en concreto con el empeoramiento a partir de 2010, las instancias internacionales como el Fondo Monetario Internacional o la OCDE han venido reconociendo sus errores en materia de ajuste fiscal, desigualdad social y devaluación salarial.

Ya en su informe de 2012⁵², la Organización exigió un cambio radical en el modelo económico, para evitar efectos desastrosos en el medio ambiente y la calidad de vida, particularmente en los países en desarrollo.

En el Informe OCDE de Julio de 2015, el Secretario general de la OCDE reclamó una reorientación de las inversiones para que privilegien la creación de empleos con un modelo social con menos injusticias, pero también un «crecimiento verde» ante las amenazas por los desarreglos que desencadena el cambio climático⁵³.

⁵¹ OCDE: INFORME AL G-8, 2009.

⁵² OCDE, 2012. *Development Co-operation Report 2012 Lessons in Linking sustainability and Development*. El informe indica que «Es hora de un cambio radical. Si no somos capaces de transformar nuestras políticas y comportamiento ahora, la imagen es más que sombría» se dice en el mencionado informe. Y añade: «Las actuales tendencias demográficas y económicas, si no se controlan, tendrán efectos alarmantes en cuatro áreas clave de interés mundial –cambio climático, biodiversidad, agua y salud. Los costes y los consecuencias de la inacción podrían ser absolutamente colosales, tanto en términos económicos como humanos».

⁵³ El Informe defiende la necesidad de crear la nueva economía para la que hay que «imaginar nuevas lógicas, nuevos incentivos, nuevas regulaciones» que «dignifiquen el modelo». Reconoce que pese a la recuperación, sigue habiendo en el mundo más de 200 millones de personas desempleadas, 30 millones más que al inicio de la crisis, y, sobre todo, que las desigualdades han alcanzado niveles sin parangón desde que existen estudios internacionales, de forma que el ingreso medio del 20% de la población más rica represen-

La situación política y económica que se observa en la actualidad, ha llevado a la OCDE a revisar su «vía» económica basada, hasta hace pocos años en la estabilidad financiera, el liberalismo económico y la ausencia de proteccionismo. Dichas revisiones de política económica de la OCDE, que surgen del Comité de Análisis Económico y del Desarrollo, pretenden examinar las tendencias económicas y las políticas de los países, para identificar espacios de mejora de las políticas públicas y propiciar el aumento en el bienestar de los habitantes.

Entre las recomendaciones sobresalen: 1) restaurar la sostenibilidad fiscal y mejorar la efectividad de la política monetaria; 2) promover el crecimiento inclusivo y fortalecer las acciones dirigidas hacia la reducción de la pobreza, y 3) impulsar el crecimiento de la productividad mediante mejoras en la innovación, la infraestructura y competencia en la economía.

En definitiva, la OCDE reconoce la existencia de un nuevo ciclo que debe servir de oportunidad para realizar un giro sustantivo en su política económica, para defender la construcción de una nueva política económica, centrada en el crecimiento sostenible y robusto, la creación de empleo con derechos y de calidad, y la recuperación de la protección y la cohesión social, y defiende una economía con trasfondo ético, que sea factor de promoción del desarrollo social y democrático, que reconozca la necesidad de situar la sostenibilidad ambiental en el centro de la política económica, y que esté decididamente orientada al crecimiento y al empleo.

5. LA INFLUENCIA DE LA OCDE EN LA POLÍTICA ECONÓMICA ESPAÑOLA. OCDE Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN ESPAÑA

5.1. *El modelo económico de la Constitución española de 1978*

García Pelayo⁵⁴ definió la Constitución económica como «las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico».

ta 20 veces el del 20% más pobre, cuando hace una generación era una relación de 7-8 veces. «Esa desigualdad se ha convertido en un obstáculo para el crecimiento».

Junto a ello, reconoce que «Entramos en un mundo nuevo en el que los intereses de las empresas y del sistema financiero convergen con los intereses del planeta» y eso requiere «reglamentaciones» para garantizar «una justicia climática» que reduzca la exposición a los riesgos climáticos de los más vulnerables.

⁵⁴ GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en Ramírez, M (Ed) *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1979, p. 29.

Como ha indicado el TC⁵⁵, la Constitución contiene una serie de principios básicos de orden económico que han de entenderse de forma unitaria.

Ya el propio Preámbulo de la CE establece la voluntad de la Nación española de garantizar la convivencia democrática, dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico y social justo. A su vez, la propia definición del Estado (artículo 1.1) y la obligación impuesta a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, y faciliten la participación ciudadana en la vida política, social y económica, pueden ser una muestra de la filosofía que subyace en el orden constitucional económico español.

De forma parecida a como lo han hecho las Constituciones modernas democráticas, la CE de 1978 no ha establecido una organización económica fija, sino que ha optado por establecer una combinación de conceptos, lo suficientemente abiertos, que evitan la defensa de un sistema económico único y excluyente. La conformación del modelo económico que instaura la CE de 1978 ha sido fruto del espíritu de consenso que inspiró el proceso constituyente⁵⁶.

Para la determinación de las distintas cláusulas económicas que la CE contiene, habrá que estudiar el encuadramiento de que son objeto en el texto constitucional, puesto que, junto a derechos tutelables judicialmente, se contienen principios que deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y existen otras que, al mismo tiempo que habilitan a los distintos poderes públicos para actuar en el ámbito económico, establecen, simultáneamente, un auténtico límite competencial a tales actuaciones (artículos 148 y 149)⁵⁷.

Se podría pensar que en nuestra Constitución se pueden encontrar, tantas reafirmaciones del modelo de economía de mercado, en su vertiente neoliberal, como elementos que ponen de manifiesto la necesidad de introducir correctivos sociales. Sin embargo existen opiniones que afirman, en un sentido abierto, que la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a sus parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. De esta forma, el problema de nuestro modelo económico puede responder a principios dife-

⁵⁵ STC 1/1982 de 28 de enero, y en términos parecidos STC71/1982 de 10 de noviembre y STC 111/1983 de 2 de diciembre.

⁵⁶ Para un completo conocimiento de los programas de Constitución económica que fueron presentados a la Ponencia Constitucional, Vid. DE JUAN, O., *La Constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984, pp. 329 a 343.

⁵⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo económico I*, La Ley, Madrid, 1988, p. 80.

renciados, de forma a como propugna la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho⁵⁸.

En la conformación del modelo económico que la Constitución española contempla, no podemos olvidar la configuración estatal como un Estado social. La dimensión social no sólo se manifiesta en la definición de España como Estado social y democrático de derecho del art.1.1. CE., y en el art. 9.2 que declara la obligación que para los poderes públicos constituye el hecho de que la libertad e igualdad de individuos y grupos sean reales y efectivas, así como la participación de todos en la vida económica. También el derecho de propiedad privada, y los principios rectores de la política social y económica del Capítulo 3.º, del Título I. Con una orientación distinta encontramos un segundo grupo de enunciados económicos: los art. 38.1.º y 128.2.1.º, en el que se establece la libertad de empresa, tanto pública como privada y la economía de mercado. Junto a estas dos visiones del modelo económico, existen otras disposiciones que tienen carácter instrumental (art.38.2.º; art.128.2; art.129.2; art.131). Todos estos enunciados transluce su condición instrumental al servicio de los poderes públicos, para el cumplimiento de los mandatos contenidos en los dos grupos de mandatos anteriores, en el entendimiento de que para la regularización del conjunto de la actividad económica de los particulares, habrá de utilizarse el derecho privado, que cederá en parte su naturaleza dispositiva por una función ordenadora de la sociedad civil y de la actividad económica.

La Constitución ha situado en el centro de los llamados derechos económicos, el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de empresa dentro del marco de la economía de mercado. Pero lo ha hecho de tal forma que, como ha indicado Alzaga⁵⁹, puede decirse que, en realidad, nuestro modelo económico constitucional es el llamado de «economía social de mercado». Un modelo económico de «economía social de mercado», en opinión de Entrena Cuesta⁶⁰, entendido como un sistema de competencia económica –como unidad de pensamiento, de actuación y comportamiento– que vincula la libertad de competencia con la garantía de propiedad privada y de la libre iniciativa empresarial, con el progreso social.

Se consagra la libre iniciativa económica privada, pero el legislador delimita el ámbito de la libertad de la empresa, circunscribiéndola al marco de la economía de mercado, que los poderes públicos habrán también de proteger y tutelar.

⁵⁸ Voto particular formulado por Diez Picazo a la STC 37/81 de 16 de noviembre.

⁵⁹ ALZAGA VILLAAMIL, O., *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 316 y ss.

⁶⁰ ENTRENA CUESTA, R., «El principio de libertad de empresa», en *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Vol I, Madrid, 1981, p. 131.

La CE ha formulado el mandato de que los poderes públicos han de garantizar el ejercicio de la iniciativa privada y asumir su protección con los fines sociales cuya tutela también se les encomienda, habilitándole para ejercer su defensa y propiciando medios para su consecución (Cap. III, De los principios rectores de la política social y económica, así como los arts.9.2, 33, 38, 40.1, 130 y 131). Se reconoce la autonomía de la actividad económica privada, pero ello no debe interpretarse como una prohibición de los poderes públicos para intervenir en la economía y realizar una ordenación reguladora.

El art.128 de la Constitución afirma que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general, en concordancia con el art. 131 relativo a la planificación, y con los números 2 y 3 del art.33 en los que se alude a la función social de la propiedad privada y de la herencia, así como a la expropiación forzosa por causa justificada de utilidad pública o interés social. El precepto reconoce tres instrumentos de intervención directa: la iniciativa económico-pública, la planificación de actividades o recursos, y la intervención de empresas, cuyo tratamiento debe ser puesto en relación con el contenido del art.38 en el que se reconoce libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

El art.131 faculta al Estado para poder planificar la actividad económica general, mediante ley. El art. 149 consagra como competencia exclusiva del Estado, en su apartado 1.13.º la de establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica sin perjuicio de competencias asumidas por las Comunidades Autónomas y las propias de municipios y provincias, para establecer planes y programas económicos acordes con la planificación general.

En definitiva, podemos afirmar que la CE responde a un esquema económico, presidido por la propiedad privada y por la institución del mercado y de la competencia, que es asumido desde la perspectiva social, que es la que habilita su ordenación por parte de los poderes públicos.

El desarrollo normativo y fáctico acontecido desde el final de la transición, ha supuesto una limitación cada vez más acusada de la apertura de la constitución económica de 1978, en el que los hitos fundamentales han sido sin duda alguna la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1985, el proceso de creación del mercado interior europeo impulsado por las instituciones comunitarias con renovada energía desde 1985, dando lugar a las sucesivas modificaciones de los tratados originales mediante la aprobación del Acta Única Europea en 1986, el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE) en 1992 y los más recientes de Ámsterdam, Niza y Lisboa. También tiene especial relevancia el fenómeno de la «liberalización» de determinados sectores económicos y el de las privatizaciones, estrechamente ligado a la influencia del derecho comunitario y a la orientación de

organizaciones intergubernamentales como el FMI, el G20, el Banco Mundial, o la OCDE.

5.2. *Sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la Constitución española*

La reforma del artículo 135 de la Constitución, de 27 de septiembre de 2011, la segunda que se ha realizado desde la aprobación de la Constitución en 1978, ha supuesto una profunda modificación de este precepto. Los dos apartados que incluía este artículo en su anterior redacción han quedado convertidos en seis, lo que da una idea de la profundidad y relevancia de la reforma llevada a cabo⁶¹.

Como recoge la propia Exposición de Motivos, la reforma se hace para cumplir con los compromisos asumidos por España al integrarse en la Unión Económica y Monetaria Europea, un marco en el cual la estabilidad presupuestaria adquiere un valor estructural y condicionante de la capacidad de actuación financiera y presupuestaria de las Administraciones Públicas⁶². Se concibe así la estabilidad presupuestaria como esencial para el mantenimiento y desarrollo del Estado Social que se proclama en el artículo 1.1 de la Constitución⁶³. Se opta por otorgar a la estabilidad presupuestaria el máximo nivel

⁶¹ Muy interesantes son los estudios de GARCÍA GUERRERO, J.L. (2005), «Integración económica y reforma constitucional» en VVAA, *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República, Santo Domingo. También (2014): «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos. En definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución», en PRATS, E.J; JIMINIÁN, M.V (eds): *Constitución, justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, Santo Domingo.

⁶² Un interesante estudio puede verse en MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L., «La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización» en REVIRIEGO PICÓN, F. (Coord), (2013). *Constitucionalización y Globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pág. 166 y ss.

⁶³ La introducción del principio de estabilidad presupuestaria en nuestro ordenamiento jurídico arranca en el año 2001 con la aprobación de dos leyes, la Ley 18/2001, de 12 de noviembre, de estabilidad presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. Ambas normas encuentran su fundamento político y jurídico en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento acordado en el Consejo de Ámsterdam en junio de 1997. La idea central de dicho acuerdo supone la limitación del uso del déficit público como instrumento de política económica y su contención a unos límites comunes a todas las economías de los países integrantes de la Unión Económica y Monetaria. Ambas normas fueron aprobadas por las Cortes Generales sobre la base competencial de la competencia exclusiva del Estado atribuida por el artículo 149.1.11.^a y 14.^a de la Constitución, respecto al Sistema Monetario, la Hacienda General y la Deuda del Estado, así

normativo posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esta es la mejor prueba de lo que ya es una realidad agudizada desde el comienzo de la actual crisis, que, entre otros Alzaga, ya expresaron con claridad: las pautas que nos llegan en política económica desde Bruselas son cada vez más precisas, de forma que la potestad soberana de elaborar los Presupuestos Generales del Estado va a estar condicionada, por la política de gobernanza económica europea—esta obviedad supone, de facto, la *primera* desconstitucionalización de la «Constitución económica» española—. En definitiva, la reforma constitucional consagra una nueva atribución de competencias derivadas de la Constitución, necesaria para proseguir la construcción de la Unión Europea⁶⁴.

como sobre la base competencial recogida en los artículos 149.1.13.^a y 18.^a, de la Constitución, relativos a las bases y coordinación de la planificación económica general y las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. El objetivo de estas dos normas era señalar una serie de límites de déficit y endeudamiento a todas las Administraciones Públicas; Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, así como unos mecanismos de control para asegurar su cumplimiento. El fundamento de la competencia estatal para establecer estas medidas de política económica, relativas a la estabilidad presupuestaria, sobre el resto de las Administraciones Públicas, ha sido avalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2011. Ambas leyes fueron sustancialmente modificadas en 2006 por la Ley Orgánica 3/2006, y por la Ley 15/2006, lo cual se tradujo en la necesidad de un nuevo Texto Refundido de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

⁶⁴ Desde la entrada de España en la Comunidad Económica Europea mediante el Acta de adhesión de 12 de junio de 1985, la estabilidad presupuestaria se ha erigido en un instrumento imprescindible para lograr la consolidación fiscal de los Estados miembros. Basta con acudir al art. 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (TCE), para constatar cómo ya se preveía que cada Estado miembro aplicaría «la política necesaria para garantizar el equilibrio de su balanza global de pagos». Dicha previsión pasó al art. 104 C en el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, mediante el cual se obligaba a los Estados miembros a evitar «déficits públicos excesivos» (apartado 1), cuyos valores de referencia se fijaban en el «protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo» (apartado 2), anejo al citado TUE y que, en la actualidad, está en anejo con el núm. 12 al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

Posteriormente, mediante resolución del Consejo Europeo de 17 de junio de 1997 se adoptó el Pacto de estabilidad y crecimiento con la intención de reforzar la supervisión de las políticas fiscales nacionales. A tal fin, se aprobó un conjunto de normas (conocido como el «Six Pack»): el Reglamento (UE) núm. 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; el Reglamento (UE) núm. 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; el Reglamento (UE) núm. 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modificaba el Reglamento (CE) núm. 1466/1997 del Consejo, relativo al re-

El rasgo esencial de esta reforma constitucional consiste en que se consagra, con rango constitucional, el «principio de estabilidad presupuestaria», como un mandato dirigido a todas las Administraciones públicas (art. 135.1). La reforma puede considerarse una *segunda* desconstitucionalización de la «Constitución económica», aunque en un sentido de cesión o abdicación de soberanía, puesto que hablamos de una reforma constitucional en sentido estricto⁶⁵.

fuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; el Reglamento (UE) núm. 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; el Reglamento (UE) núm. 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modificaba el Reglamento (CE) núm. 1467/1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; y la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

El siguiente paso tanto hacia la estabilidad presupuestaria como hacia la convergencia fiscal de los Estados miembros se produjo el día el 2 de marzo de 2012 con la firma de veinticinco de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea –todos salvo Reino Unido y la República Checa– del Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza (también conocido como «Pacto fiscal») que, sin derogar el Pacto de estabilidad y crecimiento, promovía la disciplina presupuestaria de los Estados firmantes, los cuales se comprometían, de un lado, a que la situación presupuestaria de sus administraciones públicas fuese de equilibrio o de superávit y, de otro, a incorporar los límites de déficit y endeudamiento al Derecho nacional mediante disposiciones que tuviesen fuerza vinculante, de carácter permanente y preferentemente de rango constitucional.

Después se adoptaron dos nuevas normas (conocidas como «Two Pack») con la finalidad de reforzar el denominado «aspecto preventivo» de la estabilidad, completando el ciclo de supervisión presupuestaria en la zona del euro de cara a mejorar la integración y la convergencia económicas entre los Estados miembros de la zona euro. Concretamente se trataba del Reglamento (UE) núm. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro para garantizar la estabilidad financiera, y del Reglamento (UE) núm. 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

⁶⁵ Entre los numerosos estudios de la reforma, Vid, entre otros: ÁLVAREZ CONDE, E. Y SOUTO GALVÁN, C. (coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, URJC, 2012; GARCÍA ROCA, J Y MARTÍNEZ LAGO, M.A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid, Civitas, 2013. También número monográfico de *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012, «La Reforma Constitucional»; el número monográfico de *Crónica Presupuestaria*, n.º 1, 2013. Finalmente, LÓPEZ GARRIDO, D.; MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (eds.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Madrid, CEPC, 2013.

A raíz de la aprobación de la reforma del artículo 135 de la Constitución, se aprueba la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en la nueva redacción del artículo 135 CE, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por STC 215/2014, de 18 de diciembre de 2014. A su vez, dicha Ley Orgánica 2/2012, ha sido modificada por la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁶⁶. La reforma constitucional también ha sido desarrollada legislativamente mediante la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la autoridad independiente de responsabilidad fiscal.

También la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y otras medidas de reforma administrativa, tienen su origen en la idea de que la crisis económica ha puesto de relieve una premisa que debe sostenerse más allá de las circunstancias económicas, y es que el sector público debe ser sostenible en el tiempo y que debe garantizarse la eficiencia en la gestión de sus recursos⁶⁷.

Las políticas Comunitarias y las leyes anteriores, nos permiten hablar de la *tesis de la mutación constitucional*: el proceso de integración y de mutación de nuestras normas constitucionales tiene un carácter «inexorable»⁶⁸ y, en consecuencia, difícilmente criticable, afirmando además la insuficiencia

⁶⁶ Vid. GALERA VICTORIA, A., «La Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La exigencia de estabilidad presupuestaria del sector público», *Revista de Derecho Político*, 2013. También RUIZ ALMENDRAL, V., «La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», *Revista española de control externo*, 2012.

⁶⁷ La ley citada, en primer lugar, adopta modificaciones normativas para permitir la reordenación de organismos públicos con el fin de mejorar su eficiencia y reducir el gasto público. Otro de los objetivos pretendidos en la reforma de la Administración Pública es la racionalización de estructuras públicas, especialmente en aquellos ámbitos donde existen competencias compartidas entre distintas Administraciones, de modo que cada Administración cuente con el tamaño y los medios adecuados para el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas. En último lugar, se introducen varias medidas relativas al régimen de los empleados públicos. También se han dictado, con la crisis económica como fondo, entre otras, la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1983; también PÉREZ TREMP, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*. Madrid, 1993.

de los principios relativos a la reforma constitucional para dar cuenta de las repercusiones constitucionales del proceso de integración europea⁶⁹.

El gobierno de las diferentes crisis (económica, financiera, fiscal, de capacidad de manejo macroeconómico y política) que Europa sufre desde 2007 ha desencadenado un proceso de mutación constitucional de la Unión Europea. Las numerosas medidas puntuales y reformas estructurales con las que se ha tratado de contener y superar la crisis han conducido a una profunda transformación del Derecho constitucional europeo, tanto en sus aspectos estructurales como sustantivos⁷⁰. Cambios constitucionales con consecuencias muy importantes sobre cada uno de los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho, y para el modelo de Estado en su conjunto⁷¹.

5.3. *La OCDE en la definición en la política económica española*

Pero no solo la UE ha marcado las pautas económicas en España en los últimos años. Organismos internacionales como el FMI, el Banco Mundial y la OCDE han ejercido presiones para que la economía española se dirija a la consecución de determinados resultados.

Como indicaba el *Informe España OCDE 2010*⁷², hasta no hace mucho tiempo, España estaba a la vanguardia de una nueva ola de economías europeas prósperas, con ingresos per cápita cercanos a la media de la OCDE. España adoptó medidas audaces para responder a la crisis; incluyendo un importante paquete de estímulo fiscal para frenar la caída del PIB. En esta fase de recuperación, el Estado español ha comenzado a actuar en el ámbito de las finanzas públicas, con miras a reducir la carga actual y preparar el país para el cambio demográfico a largo plazo. El Informe 2010 abordaba esos retos en seis epígrafes donde el cambio podría inducir una mejora duradera en el futuro del país: las finanzas públicas; el mercado laboral; la innovación; el medio ambiente, el crecimiento verde y el cambio climático; la educación

⁶⁹ Otro autor que viene hablando de «mutación constitucional» en este contexto desde hace tiempo es Herrero de Miñón. HERRERO DE MIÑÓN, M., «La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración», en *REDC*, n.º 57, 1999, pp. 25 y ss.

⁷⁰ MENÉNDEZ, A. J., «La mutación constitucional de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 96, Septiembre/Diciembre 2012, pp. 41 y ss.

⁷¹ Muy interesantes los son estudios de SERRANO PÉREZ, M.ª M., «La Constitución económica europea y la transformación operada en el sistema económico interno y en el Estado social», y de CASAS BAHAMONTE, M.ª E., «El Gobierno económico de la Unión Europea y el Estado social», ambos en LÓPEZ GARRIDO, D (DIR.) Y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L. (Coordª), *Reforma Constitucional y Estabilidad presupuestaria*, Madrid, CEPC, 2013.

⁷² Perspectivas OCDE: España Políticas para una Recuperación Sostenible, OCDE, 2010.

y la reforma del sistema de pensiones, «para que la economía sea más fuerte, más limpia y más justa».

En el *Informe España OCDE 2011*, se indicaba cómo la recuperación de la economía internacional de lo que cabría calificar como la peor crisis económica y financiera de las últimas décadas sigue siendo frágil. El ritmo varía según los países, pero en general la economía global se ha visto frenada por la elevada deuda de los sectores público y privado y la reacción de los mercados financieros ante las dificultades para solucionar estos problemas. El impacto de la crisis en España ha sido más persistente que en la mayoría de las economías de la OCDE. Entre los principales efectos destacan el colapso del sector inmobiliario, el incremento de la tasa de desempleo y el aumento del déficit público. Especial atención se prestaba a los importantes progresos para enfrentar estos desafíos llevados a cabo en España, entre los que, especialmente se indicaba que «La reciente reforma constitucional es un ejemplo de liderazgo y responsabilidad para tomar la iniciativa frente a los mercados y lanzar una señal clara e inequívoca de disciplina presupuestaria a largo plazo»⁷³. La OCDE ha seguido trabajando «con y para» España en el diseño e implementación de políticas y soluciones que permitan hacer frente a estos retos, muchos de ellos son comunes a todos los países miembros de la OCDE, de ahí que la experiencia acumulada en los países miembros pueda ser de interés. «Sumando esfuerzos y compartiendo experiencias, la OCDE y España pueden diseñar y poner en práctica mejores políticas para una vida mejor».

En el Informe *Mejora de la regulación en España, OCDE*, de diciembre de 2011, ya la OCDE indicaba cómo desde el regreso de la democracia, España ha gozado de uno de los crecimientos económicos más altos de Europa, para lo que han jugado un papel muy importante las reformas económicas y estructurales de las últimas tres décadas, centradas en la desregulación y en la liberalización, lo que redujo el papel del gobierno en el mercado. El cambio de situación experimentado a partir de 2009, como consecuencia de la crisis económica, exigía reformas dirigidas, además de a modificar el mercado laboral, a reducir el déficit español, y reformas estructurales importantes: mejora de la transparencia; aumento de la eficiencia y la productividad y reforma de la Administración, y mejora de la balanza comercial.

El *Informe España OCDE 2012*, reveló cómo «las autoridades españolas han emprendido un valiente programa de reformas para combatir desde su

⁷³ La importancia de la reforma constitucional del art. 135 de la Constitución española, como instrumento importante para asegurar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad, y por ende de la gobernanza en España, ha sido apuntalado por el Informe de la OCDE sobre la gobernanza pública en España: España, de la reforma de la administración a la mejora continua, OCDE, INAP, FILAP, trad. De JORGE TUÑÓN NAVARRO, Madrid, 2014.

raíz las causas de la crisis actual, algo totalmente encomiable. Aunque la incertidumbre en la zona euro y la desaceleración económica mundial complican la recuperación de España –la OCDE muestra su seguridad de que el país va por buen camino–. El coste de las reformas es alto, pero la recompensa será mayor y dejará una economía española más fuerte y mejor preparada para competir a nivel global».

Entre las principales reformas que el informe aplaude, destacan las medidas de consolidación de las cuentas públicas y el fortalecimiento de las reglas fiscales, así como las profundas reformas del mercado laboral y del sector bancario⁷⁴.

«La crisis del empleo en España no ha afectado a todos por igual. Los efectos de la crisis se han hecho sentir con más fuerza en los grupos más vulnerables y las desigualdades han crecido rápidamente. Un mercado del trabajo débil y desigual ha llevado a muchísimos trabajadores jóvenes o poco capacitados a la pérdida del empleo y existen serios riesgos de que estas dificultades económicas perduren. Las reformas del sistema de protección social y del mercado del trabajo deberían concentrarse en aliviar las dificultades económicas de los hogares más pobres y en mejorar las perspectivas de los desempleados de larga duración y de los jóvenes»⁷⁵.

El *Informe España OCDE 2014*⁷⁶, reflejó que la economía española ha regresado a una senda de moderado crecimiento tras una prolongada recesión y, lo que resulta crucial, los diferenciales de la deuda soberana se han reducido de manera drástica. Este cambio tan significativo pone de manifiesto los efectos de las importantes reformas adoptadas para fortalecer el sector bancario –entre las que se incluye un programa de asistencia financiera–, las actuaciones del Banco Central Europeo, la mejora de la sostenibilidad de las cuentas públicas –con un ritmo de consolidación fiscal actual ligeramente inferior– y las reformas dirigidas a mejorar el mercado laboral y el de bienes y servicios.

No obstante, el reto fundamental para España es avanzar a partir de estos logros con el fin de impulsar el crecimiento y reducir el desempleo de manera significativa a través de un aumento sostenido de la productividad y la competitividad, y disminuir la deuda externa. Para ello, la OCDE proponía como medidas: reducir de manera ordenada el endeudamiento de los sectores público y privado; acometer mejoras en las instituciones y en las políticas del mercado laboral para disminuir la elevadísima tasa de desempleo –que en sí

⁷⁴ Criterios reiterados en INFORME OCDE ESPAÑA 2013.

⁷⁵ Panorama de la Sociedad 2014 Resultados Clave: ESPAÑA. La crisis y sus consecuencias, OCDE, marzo de 2014.

⁷⁶ Estudios económicos de la OCDE ESPAÑA. Septiembre 2014. VISIÓN GENERAL, OCDE, 2013.

misma constituye un factor clave de la desigualdad— y reformar el entorno empresarial para favorecer la entrada y el crecimiento de empresas.

La OCDE, en el *Informe España OCDE 2015*, utilizando su «Índice de Justicia Social» ha analizado diferentes aspectos que valoran la vida de los ciudadanos españoles, desde el desempleo hasta el medio ambiente al objeto de descubrir hasta qué punto los diferentes gobiernos de los países miembros promueven y facilitan la inclusión social y económica de cada sociedad —España no queda bien en este baremo: aparece en la cola entre los países OCDE, perdida en el puesto número 30—⁷⁷.

El informe destaca el elevado desempleo que se sufre en nuestro país. Sobre el mercado de trabajo, incide en la economía sumergida y en torno a la gestión de las administraciones, explica que los déficits, tanto central como autonómicos, siguen siendo importantes. La deuda pública, por su parte, es alta y creciente. Igualmente, el informe pone de manifiesto que los recortes se han llevado por delante gran parte de los recursos destinados a la financiación en I+D+i, a la calidad del sistema sanitario o a promover el desarrollo.

En cuanto a políticas sociales, el informe apunta que, a pesar de los esfuerzos del país por mejorar el acceso y la calidad de la educación, los resultados de PISA siguen dando una nota mediocre. La exclusión social se concreta en la falta de ayudas a las familias y la elevada tasa de pobreza infantil. En el lado positivo se destaca el nivel de tolerancia social, que facilita la integración de los inmigrantes, la sostenibilidad de las pensiones y la rentabilidad del sistema de salud nacional.

Respecto a calidad democrática, el informe de la OCDE destaca la poca transparencia de la financiación de los partidos políticos. Esto se debe, según apunta el estudio, a que además de la financiación pública existen donaciones privadas poco claras, que permiten abusos. En este sentido recuerda que aún no es operativa la nueva legislación que ha aprobado el Gobierno, supuestamente más estricta.

En este capítulo la OCDE critica los obstáculos que ofrece la legislación para que se celebren referendos. Del mismo modo, concluye que las restricciones que contempla la Ley de Seguridad Ciudadana no contribuyen a que mejoren los índices de calidad. Por su parte, el informe cataloga el sistema judicial de independiente y fuerte, aunque critica la tardanza en alcanzar resoluciones.

⁷⁷ Al analizar los diferentes «ingredientes» que conforman la nota, España aparece en el número 33 en el apartado de política económica destinada a garantizar la justicia social; en el 30, en cuanto a la calidad de su democracia; en el 19 en relación a la capacidad del Gobierno para enfrentarse a la crisis económica; en el puesto 26 respecto a políticas sociales, y en el 29 en relación a políticas medioambientales.

En la nueva edición de su *informe «Perspectiva Económica Global, el club de los países ricos»*, del año 2016, sostiene que la recuperación «sólida» de España continuará en 2016 y 2017, aunque se irá ralentizando «gradualmente» a medida de que el impacto positivo de la depreciación del euro y de la caída del precio del petróleo y de otras materias primas se vaya disipando⁷⁸.

La OCDE subraya que el empleo está creciendo «de manera sólida» y por ello rebaja la tasa de paro hasta el 22,1% para el año 2015 (22,3% en la estimación anterior) y hasta el 19,8% para 2016, dos puntos menos que las previsiones anteriores. A pesar de estas mejoras, ve «riesgos a la baja» en este escenario derivados de la «posible incertidumbre política y sus efectos sobre la agenda nacional de reformas», así como de una posible desaceleración en Europa o un «rápido crecimiento» del petróleo o del precio de los alimentos básicos.

Por el lado positivo, subraya que la recuperación de la inversión en construcción puede ser más fuerte de lo previsto, especialmente si la economía española es capaz de atraer inversión extranjera a «niveles más altos».

La OCDE destaca que la caída de las tasas de endeudamiento de las empresas y de los hogares también continuará prestando apoyo a la recuperación de la economía, junto con la política fiscal, espera que sea «ligeramente expansiva» en los próximos dos años. «Estos factores, junto con la aplicación de importantes reformas estructurales, están aumentando la confianza empresarial», aunque se debe seguir reduciendo la «elevada» deuda pública y el déficit.

La política monetaria del Banco Central Europeo (BCE) seguirá siendo «altamente acomodaticia» y el menor coste crediticio impulsarán la inversión y el consumo, lo que junto con la mejora de la recuperación europea, tendría un impacto positivo en las exportaciones españolas, también impulsadas por la depreciación del euro y la caída del precio del petróleo.

Entre las reformas que propone, la OCDE también señala que la ley de unidad de mercado debe aplicarse «plenamente» para armonizar la regulación de las empresas en todas las comunidades autónomas, y añade que debe fomentarse una mayor competencia en los servicios profesionales, en los puertos, en la distribución de gasolinas y en el sector de la electricidad, así como impulsar la I+D.

⁷⁸ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) ha mejorado la previsión de crecimiento de la economía española en 2015, hasta el 3,2%, tres décimas más que la estimación de junio, pero en cambio ha rebajado ha empeorado una décima la de 2016, hasta el 2,7%. La previsión de crecimiento del 3,2% para este año es una décima inferior a la estimada por el Gobierno, mientras que la de 2016 se sitúa tres décimas por debajo del crecimiento del 3% con el que el Ejecutivo ha elaborado los Presupuestos del próximo año.

A pesar de un cierto cambio de tendencia en el «modelo OCDE», se observa un predominio de liberalismo que afecta de manera intensa en la vertiente «social» del modelo económico constitucional español, y que ha podido incidir en el mantenimiento de equilibrios sociales en España.

España es el país de la OCDE en el que más ha crecido la desigualdad desde el inicio de la crisis, tan solo por detrás de Chipre y superando hasta en catorce veces a Grecia⁷⁹. Además, según los datos de la OCDE⁸⁰, los hogares más desfavorecidos son los que han sufrido una mayor caída de los ingresos durante la crisis, y el salario de los más ricos es 18 veces superior al del 10% más pobre. En este sentido, España es el segundo país de la Unión Europea en el que más ha crecido la distancia entre rentas altas y bajas, sólo por detrás de Estonia, y entre 2007 y 2014 el salario medio español se desplomó un 22,2%.

Respecto a la desigualdad que afecta a los niños más desfavorecidos en los países ricos, España es uno de los países donde más se ha incrementado en los últimos años la desigualdad infantil de los menores desfavorecidos en materia de renta, según dicho informe. En concreto, cuando se han medido los ingresos de los hogares más pobres con hijos se ha descubierto que en España las rentas son un 62,62% inferior al valor situado en la mitad de la tabla de rentas españolas (mediana). En relación al resto de países ricos de la UE y la OCDE, España se sitúa en el puesto 36 de los 41 países analizados en cuanto a igualdad de las rentas. Solo le superan en desigualdad Israel, Grecia, México, Rumanía y Bulgaria. Unicef denuncia también que España es el país de la UE que menos porcentaje de PIB dedica a prestaciones monetarias para familias e infancia (un 0,5%), menos de un tercio de la media europea, a pesar del alto porcentaje de niños se encuentran en riesgo de pobreza o exclusión social⁸¹.

España es el país de la zona euro en que más aumentó la pobreza y la desigualdad en los años de la crisis. España supera en seis puntos la tasa media de la eurozona; somos el tercer país con peores datos, solo por detrás de

⁷⁹ Informe «Una economía al servicio del 1%» de INTERMON OXFAM, de 18 de enero de 2016. Según el Informe, a pobreza y la exclusión en España han aumentado «de manera alarmante» en los últimos años, con 13,4 millones de personas en riesgo de exclusión en el año 2014 (el 29,2% de la población española). La distancia entre ricos y pobres ha crecido y en 2015 el 1% de la población concentró tanta riqueza como el 80% de los más desfavorecidos. Oxfam Intermón presentó estos datos de cara al Foro Económico Mundial (WEF) celebrada en Davos del 20 al 23 de enero y en el que exigió que se trabaje por «sociedades más redistributivas y con un claro esfuerzo hacia la justicia social».

⁸⁰ Informe de la OCDE para Davos 2016.

⁸¹ Informe presentado por Unicef sobre *La igualdad del bienestar infantil en los países ricos*, abril de 2016.

Grecia y de Letonia, lo que nos sitúa en el grupo de países con más pobreza y desigualdad, y nos aleja de los más desarrollados y equilibrados⁸².

TITLE: The OECD in the definition of economic policies in Spain. OECD and economic constitution. Development and influence of the OECD in the era of globalization

RESUMEN: El fenómeno de la globalización implica la aparición de problemas globales y deslocalizados y la emergencia de redes sociales en los ámbitos de la economía, la ciencia, la política, y el derecho, que incrementa la interdependencia global. Los agentes que llevan a cabo este proceso son principalmente las organizaciones intergubernamentales.

La «globalización» ha sido observada, ante todo, como una re-concentración de la autoridad pública mundial, en rigor una re-privatización del control de la autoridad colectiva, que ha creado una trama institucional interestatal, que tiende a operar como un gobierno mundial.

La OCDE ha pasado a jugar un papel trascendental en la determinación de políticas económicas que afectan a decisiones políticas estatales, que incluso inciden en los mandatos constitucionales nacionales en materia económica.

PALABRAS CLAVE: globalización, OCDE, Constitución económica, democracia.

ABSTRACT: El phenomenon of globalization implies the emergence of distributed and global problems and the emergence of social networks in the fields of economy, science, policy, and law, which increased global interdependence. Agents who carry out this process are mainly intergovernmental organizations.

«Globalization» has been observed, first of all, as a re-concentration of global public authority, strictly speaking a re-privatization of control of the collective authority, which has created an intergovernmental institutional plot, which tends to operate as a world Government.

La OECD has come to play a transcendental role in determining economic policies that affect State policy decisions, affecting even the national constitutional mandates in the economic sphere.

KEY WORDS: globalization, OECD, economic Constitution, democracy.

RECIBIDO: 03.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

⁸² Datos Eurostat 2015, marzo 2016.

G-20: ESTRUCTURA Y ADECUACIÓN A SUS FINALIDADES EN EL MARCO ORGANIZATIVO E INSTITUCIONAL INTERNACIONAL¹

Enrique Belda Pérez-Pedrero

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp207-226

SUMARIO: 1. EL G-20 PARA EL DERECHO Y PARA LA ECONOMÍA. INTRODUCCIÓN JURÍDICA A UNA «INSTITUCIÓN» INSTRUMENTAL. 2. ¿LA ORGANIZACIÓN DEL G-20 POSIBILITA SUS FINES INSTITUCIONALES? CONGRUENCIA CON SUS FUNCIONES. 3. LA TEMÁTICA ECONÓMICA COMO EJE DE LA EXISTENCIA DEL G-20. LA PRESENCIA DEL DERECHO EN LA ECONOMÍA. ¿Y DE LA ECONOMÍA EN EL DERECHO? 4. LA RENUNCIA A LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DEL AGRUPADO Y OTRAS ANALOGÍAS CON EL SISTEMA ONU. 5. CONCLUSIONES ENLAZADAS CON EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN «CONSTITUCIÓN Y MERCADO EN LA CRISIS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA»: UNIÓN EUROPEA Y G-20. 6. APÉNDICE (BIBLIOGRAFÍA, RED E INFORMACIÓN BÁSICA).

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R). Investigadores principales: José Luis GARCIA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN. Agradezco el apoyo ofrecido por el Instituto para la Gobernanza y la Racionalidad del voto, y por la Red Científica Internacional sobre Derecho y Economía.

1. EL G-20 PARA EL DERECHO Y PARA LA ECONOMÍA. INTRODUCCIÓN JURÍDICA A UNA «INSTITUCIÓN» INSTRUMENTAL

Cuando en 2005 los españoles fuimos a votar, favorablemente, en referéndum, algo que denominaron como Proyecto de Constitución para Europa, puede que solo los interesados en el derecho público supieran diferenciar entre lo que consiste realizar un proceso constituyente, y lo que es reforzar con una consulta la decisión de tus representantes/gobernantes para que cierren un tratado internacional de carácter multilateral. Me refiero a este hecho tan palmario de búsqueda confusión de la ciudadanía hacia una norma de carácter supranacional, como un ejemplo más y ya conocido, de la presencia en nuestras vidas, haciendas y toma de decisiones, de unas macroestructuras internacionales que no terminan de reconocer el déficit de participación de los pueblos que componen los Estados soberanos, demandando mecanismos de acompañamiento. En este caso, como punto de partida de un estudio aproximativo sobre el G-20, de lo que se trata es de exponer ese hecho que consiste en que las estructuras preexistentes de toma de decisiones no solo demandan en ocasiones una búsqueda de legitimidad popular para sus acuerdos: incluso también van a demandar figuras e «instituciones» instrumentales paralelas y flexibles que se destinan, en principio, a mejorar el funcionamiento de entramados organizativos ya constituidos. Ambos ejemplos son la muestra de la tolerada imperfección de los mecanismos representativos internacionales y supranacionales.

Cuando hace una década sucedía esa llamada a referéndum para la «constitución» europea, ya llevaba varios años funcionando una serie de reuniones internacionales conocidas por «G», con la finalidad de servir de foros de toma de decisión política en asuntos de relevancia económica mundial, es decir, de inseparable interés con la mayor parte de decisiones que afectan a los ciudadanos de los Estados allí representados, y por el peso cualitativo y cuantitativo de los mismos, también de una gran parte de habitantes del planeta. El G-20, evolución organizativa de otros grupos muy conocidos que aglutinaban a las potencias mundiales de finales del siglo XX, nace como foro destinado a incorporar la voz gubernativa de los países que por economía y población suman la mayor parte de personas bajo sus fronteras y la más absoluta preponderancia económica sobre las otras decenas de países que no están representados. Su origen viene del propio impulso de las potencias occidentales tradicionales del último tercio del siglo pasado, el G-7, para el tratamiento de asuntos financieros relativos a la búsqueda de la estabilidad económica mundial, y sus efectos en el crecimiento y el desarrollo. La impronta económica de la idea es indiscutible, pues nace articulada formalmente en la reunión de responsables de Economía del G-7 de 26 de septiembre de

1999, siguiendo las directrices de la cumbre de Colonia de junio de ese mismo año, y culminando con otra cumbre de inauguración los días 15 y 16 de diciembre de 1999 en Berlín. Lo componen los miembros de los «ges» 7 y 8 precedentes: Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Francia, Japón, Canadá, Italia y Rusia, más las adiciones que lo separan de la visión parcial, occidentalista y cuantitativamente no representativa. Así, se suman las demás potencias económicas emergentes y/o de planteamientos económicos dispares con la línea de economía de mercado preponderante en el G-8: China, India, Australia, Corea del Sur, Indonesia, México, Brasil, Turquía, Argentina, Arabia Saudita y Sudáfrica. Para cerrar el círculo de la influencia económica de otras naciones de economía y población más pequeña, el vigésimo miembro es la Unión Europea. El concierto internacional se articula, en congruencia con sus fines, a través de la participación de los responsables gubernamentales de finanzas y de bancos centrales. Oficialmente, se refieren a los países que provienen del G-7 más parte de la Unión Europea, como industrializados, y al resto como «emergentes».

La organización de este concierto intergubernamental es bien sencilla: a. el objetivo de estabilidad económica se concreta a través del impulso de cualesquiera medidas que redunden en ello, tanto promocionales como de persecución de prácticas ilícitas. b. Se reúnen anualmente c. También cada año rota la presidencia según el país organizador de la cumbre. Al modo conocido en la Unión Europea, se pretende una estabilidad de continuación compuesta por una *troika* conformada por el convocante anual del evento, el que lo presidió el anterior y el que lo hará el siguiente. d. Invitan a otros grupos², organizaciones³ y terceros países a las cumbres, en ocasiones de manera permanente, como sucede con España desde 2015⁴. Y como máxima muestra de su impronta económica, cumbres, reuniones preparatorias o grupos de trabajo, cuentan con la presencia activa de representantes de los organismos mundiales con competencias/influencias económicas y financieras: Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, OCDE, Organización Internacional del Trabajo, Financial Stability Board, etc.

No es mi intención, desde estas páginas, facilitar al lector información divulgativa, que bien podrá encontrar en un apéndice posterior. Las líneas anteriores intentan mostrar con la elocuencia de la brevedad, el principal beneficio y la más palmaria dificultad que acompaña al G-20: por una parte, en cuanto a lo positivo, ha de resaltarse la existencia de un ámbito de discu-

² Por ejemplo, a foros representativos de la sociedad civil (C20) o los negocios (B20).

³ El caso de ASEAN (Association of South-East Asian Nations).

⁴ Ya representada como miembro de la Unión Europea, también ha sido país invitado con habitualidad o ha ejercido formalmente representando al resto de sus socios durante la presidencia rotatoria de la UE.

sión flexible donde tratar las cuestiones de relevancia económica mundial (es decir, todo lo que afecta a la humanidad, directa o mediatamente), sin reglas procedimentales más allá de las convenciones descritas y las que marque la cortesía, sin estructuras, personal permanente, votos o vetos. En ellos se habla de mercados, crisis, prioridades, preocupaciones e incluso de las organizaciones constituidas (como el Fondo Monetario Internacional). Ello posibilita que, ante relevantes amenazas a la economía mundial como el escándalo de Lehman Brothers en 2008, exista cierta capacidad de respuesta global. En cuanto lo negativo, obvio es decirlo desde un estudio desde el campo del derecho constitucional, aparece la superación de esquemas organizativos internacionales, que parecen ser reconocidos como inoperantes en las tomas de decisiones; y en definitiva, la falta de aplicación de esquemas de control y participación de la ciudadanía de los países miembros a través de sus parlamentos, profundizando una línea de cooperación internacional donde se prima el ámbito gubernativo y donde ni siquiera queda la presencia de la voluntad de los habitantes de los países miembros (y menos de los que no lo son), en la supervisión de tratados y convenios de eficacia multilateral pero con clara incidencia nacional.

De cualquier manera, estas páginas no pretenden recrearse en una crítica al respecto invocando la necesidad que todo jurista del derecho público tiene de llamar a la organización democrática que procura una toma de decisiones legítima: tan solo como punto de partida hay que constatar que, si el siglo XX ha sido el de la construcción de un modelo internacional de convivencia tanto mundial como regional, el siglo XXI parece presentarse desde su mismo inicio como el de la deconstrucción. El G-20 no es otra cosa que la expresión, puede que bastante realista e irrefutable, del fracaso provocado por la lentitud del entramado de suma de Estados constituido por la Organización de Naciones Unidas, así como del desfase práctico que surge de la necesidad de tomar decisiones en los centros de poder, que sí influyen en la economía global y que no están (o el peso que reflejan es bajo) en el más de un centenar de países no representados en este foro de industrializados y emergentes. El problema jurídico-público, no obstante, es que este conjunto de naciones, cuando en ellas su sistema sea democrático y lo permita, debería articular sus aportaciones y cualquier proceso de toma de decisión con sujeción a los cauces emanados del principio de legalidad que reviste la adopción *ad intra* de los actos de sus gobiernos, y la aplicación de su orden jurídico de habilitaciones y controles ante los compromisos adquiridos a nivel internacional. Es por tanto en el ámbito del derecho interno donde, en cierto modo, pudiera compensarse la superación de los esquemas preestablecidos de toma de decisiones que parecían imponerse durante el siglo XX a través de una numerosa y compleja red de tratados y convenios; con sus correspondientes organizaciones.

Ahora bien, tampoco esta primera conclusión puede desatender la compleja realidad de la toma de decisiones en la economía mundial, muy especialmente en los años de crisis económica precedente: el G-20, de una parte concilia sus funciones con la coexistencia del orden internacional que sus impulsores han apadrinado y que los sumados han tolerado. Y de otra, da visibilidad a lo que hasta el momento se trataba a puerta cerrada en contactos de todo tipo y con presencia de grupos de presión de toda índole. Su actuación, pues, podría recordar vagamente a la de la Junta de Portavoces de nuestro derecho parlamentario, cuando prepara, desbroza y simplifica asuntos que luego ha de tratar el pleno de una cámara representativa. Si la concertación que nace de las reuniones anuales supone marcar prioridades en las organizaciones internacionales y en los instrumentos financieros y económicos ya articulados, el G-20 requiere la confianza ciudadana. A fin de cuentas, su esencia es, precisamente, no querer ser una «institución», para ganar así en margen de libertad y confrontación de ideas, algo loable siempre que desde el derecho se subraye la necesidad de articular esos posibles beneficios por los cauces establecidos. La máxima expresión de los poderes políticos y económicos puede llegar a ser compatible con una articulación jurídica más acabada, y en ocasiones ya conseguida, en instituciones preexistentes.

En resumen, desde el punto de vista formal, creo que el Grupo de los 20 es un mecanismo instrumental, de escasa articulación institucional pero de amplísima capacidad de influencia, que con su definición de líneas de política económica y financiera agiliza la toma de decisiones por parte de países y organizaciones internacionales. Y desde el material o de contenido, comparto con CARRERA, que lo más relevante es cómo procura la apertura de la concertación a las economías emergentes que se esconden tras estados densamente poblados⁵.

⁵ CARRERA, J., «El G20, la crisis y el rediseño de la arquitectura financiera internacional», Banco Central de la República Argentina, Investigaciones Económicas, BCRA n.º 2009/45, Noviembre de 2009. Pág. 2: «Una de las notas más originales de la crisis actual es el ámbito o foro de discusión multilateral decidido para su tratamiento: el G20, del cual participan tanto economías avanzadas como emergentes. A diferencia de lo ocurrido en los anteriores rediseños de la AFI, los países emergentes tienen esta vez la oportunidad de participar en el debate y en la toma de decisiones. La presencia de estos países en el G20 es un reconocimiento de su creciente importancia relativa (representan más del 30% del PIB mundial y han explicado, aproximadamente, un 60% del crecimiento global en los últimos años) y de su mayor protagonismo en la arena comercial, monetaria y financiera internacional. Este grupo nació en 1999 a raíz de la crisis asiática. Su objetivo inicial era promover un ámbito en el cual las principales economías avanzadas y emergentes dialoguen a nivel político y técnico sobre el mejoramiento del sistema financiero y también sobre temas relacionados con el crecimiento de largo plazo como, por ejemplo, las políticas para morigerar el calentamiento global».

2. ¿LA ORGANIZACIÓN DEL G-20 POSIBILITA SUS FINES INSTITUCIONALES? CONGRUENCIA CON SUS FUNCIONES

En anteriores estudios me he referido a la necesidad de depurar del ordenamiento jurídico de un Estado todas las instituciones que no tengan encomendada una función que, de un modo u otro, influya en los derechos y libertades de las personas⁶. Creo que es una medida acertada la aplicación de este parámetro de organización institucional en todo momento, y no solo en tiempos de crisis, que es cuando se buscan las simplificaciones por motivos de contención del gasto público. Que cada institución u órgano cumpla unos cometidos, y solo esos, que redunden, por aplicación o protección, en el ámbito de nuestros derechos, sirve para recordar la instrumentalidad de las instituciones y la preeminencia del corazón democrático constituido por el sistema de libertades, sobre la estructura «ósea», representada por los órganos de un país o de una comunidad internacional.

Las instituciones económicas previstas en las constituciones de los países democráticos se ajustan a este perfil, y su finalidad planificadora, preventiva, recaudatoria, solidaria o redistributiva; tan solo tiene como finalidad el abastecimiento de los fondos necesarios para realizar los derechos, ya sea desde los poderes públicos o procurando el ambiente social para su materialización (empleo, seguridad mercantil, etc.). En una estructura internacional rige el mismo principio de fundamentación: Naciones Unidas o Unión Europea, mantienen una serie de finalidades que convergen en procurar derechos a las personas de sus Estados miembros, careciendo de interés un entramado institucional de este tipo, y dentro de él, cualquiera de sus órganos, si su fin último no es redundar en la mejora de las condiciones de vida que en conjunto facilita procurar los derechos humanos reconocidos. El desarrollo en las últimas décadas de organismos especializados en materia económica y financiera como el FMI o el Banco Mundial, no se sale de este patrón y tan solo busca la operatividad, según parece irrealizable de ordinario, en foros gubernamentales multilaterales de competencia genérica. La toma ágil de decisiones económicas y crediticias, y no solo la especialización, están en el origen de este tipo de órganos. Ahora bien, lo que cabe preguntarse (aunque no pueda responderse en las limitaciones de espacio que se imponen en este estudio) es si estas instancias económicas mundiales tienen una relación de dependencia y control con estructuras de participación estatal similares a las que órganos especializados en materia económica tienen con parlamentos y gobiernos dentro de los Estados; o si por el contrario, la autonomía funcional

⁶ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

y de toma de decisiones es de tal calibre que los propios mecanismos de control terminan por atenuarse y el engarce con la voluntad de los Estados soberanos que las promueven se debilita. El problema es si cabe mayor, cuando la influencia en la toma de decisiones se experimenta no solo desde las estructuras estatales competentes sino también desde grupos de presión económica, multinacionales, o desde cualquier ente no gubernamental.

La articulación del G-20, en este sentido de la finalidad funcional, no tiene mancha: primero porque no se constituye como institución internacional pues es solo una simple concertación donde no han de barajarse criterios de sostenibilidad económica o eficiencia en la gestión de fondos. Segundo, porque sus cometidos inciden de forma absolutamente decisiva en la materialización de los derechos, al trabajar sobre su provisión económica tanto desde el punto de vista de la financiación como desde el de la cobertura sostenible y previsión de su mantenimiento. Por último, los gobiernos actúan directamente, con lo cual sus responsables rinden cuentas en el ámbito que dispone la legislación interna de sus Estados para el control de las acciones derivadas de la competencia en política exterior.

Si la actuación del G-20 es satisfactoria a los fines fundacionales para los que fue concebido, lo habrán de responder los analistas económicos internacionales o las ciencias económicas, e incluso las ciencias políticas⁷. Desde los primeros parece haber una evaluación anual dependiente de la actividad derivada de sus cumbres, mientras que las segundas analizan en su caso, global o parcialmente, los frutos de sus lineamientos económicos una vez que se materializan tras las decisiones de instituciones internacionales o nacionales que los adoptan. Unos y otros resaltan, no siempre de forma positiva, la informalidad de las reuniones del grupo: lo que de beneficio conlleva la falta de formalidad, es claro que se corresponde con la ausencia de instrumentos para revertir con eficacia cualquier disfuncionalidad del sistema⁸. El trasfondo económico de la toma de decisiones se mueve por dos exigencias: una general y siempre presente, que es la interdependencia de las economías mundiales, que obliga a la adopción de medidas comunes, y otra de aparición cíclica o regional, ocasionada por las crisis inherentes en el sistema económico.

Lo que al derecho público le llama la atención de este planteamiento en el ámbito de las competencias económicas (igual que desde el punto de vista

⁷ Entre otros: COLOMER, J. M., *El gobierno mundial de los expertos*, Anagrama, Barcelona, 2014. JOKELA, J., «The G-20: A pathway to Effective Multilateralism?», en *Chaillet Papers* n.º 125, ISS Unión Europea, abril de 2011. NAKAGAWA, Junji, *International Harmonization of Economic Regulation*, Oxford University Press, 2011. POSTEL-VINAY, K., *The G-20: A New Geopolitical Order*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014.

⁸ En este sentido STEINBERG, F., «Por qué hay que esperar poco del G-20» *Expansión*. 12 de noviembre de 2014.

institucional, en el apartado anterior lo acabo de mencionar, era la debilidad de los lazos de control ciudadano), es sin duda el aspecto de cesión de soberanía que ya ha sido ampliamente tratado al abordar la traslación de toma de decisiones económicas hacia organismos supranacionales regionales, y que el tiempo sigue demostrando como problema no resuelto⁹. Así, cualquier planteamiento de organización internacional que pretenda cierto grado de eficacia en la planificación y ejecución de políticas económicas o en la prevención de efectos adversos de las mismas, demanda para su éxito de un sustancial trasvase de ámbitos competenciales económicos en sentido ciertamente extenso (medidas presupuestarias, financieras, crediticias, de gasto, incluso de ejecución de todo tipo de políticas sociales), y con ello renuncia a una de las partes más preciadas del haz de competencias estatales derivados de la soberanía de los Estados. Si ese paso ha sido, o está siendo (véase el caso de Grecia en 2015) dificultoso para los países que hace décadas teníamos esa posibilidad en nuestras previsiones internacionales, incluso incorporadas al propio texto constitucional (art. 93 CE), piénsese en aquellos otros, miembros del G-20, que por su condición geográfica o política levantan sobre sus espacios de soberanía un velo protector más denso (China, India). En el G-20 se renuncia de plano a este planteamiento de cesiones, e incluso la propia dinámica de adopción de acuerdos impide que se cuestione lo más mínimo el ámbito de competencias económicas de los Estados miembros, al carecer de una reglamentación interna de votos donde las mayorías signifiquen algo, o coarten tanto las decisiones finales de sus participantes en otros foros internacionales constituidos, como las decisiones en la legislación propia y la ejecución interna de los lineamientos económicos alcanzados.

3. LA TEMÁTICA ECONÓMICA COMO EJE DE LA EXISTENCIA DEL G-20. LA PRESENCIA DEL DERECHO EN LA ECONOMÍA. ¿Y DE LA ECONOMÍA EN EL DERECHO?

La significación y protagonismo económico de esta pseudoestructura internacional que han bautizado como G-20 es inobjetable¹⁰, siendo uno de

⁹ Ver el enfoque de BALAGUER CALLEJÓN, F., «Crisis económica y crisis institucional de Europa», En *Revista española de Derecho Constitucional* n.º 98, págs. 91 a 107, mayo-agosto de 2013. Desde el punto de vista de problemas concretos, un ejemplo en GIL IBÁÑEZ, A., «Principio de primacía del derecho europeo y Constitución española: límites y consecuencias de la cesión de soberanía por la nueva Constitución europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* n.º 232, págs. 3 a 16, 2004.

¹⁰ CARRERA, J., «El G20, la crisis y el rediseño de la arquitectura financiera internacional», *ob. cit.*, pág. 1: «Todas las grandes crisis han requerido reformular la Arquitectura Financiera Internacional (AFI). El G20, constituido como foro de discusión y acción frente a la crisis, concentró su trabajo en dos áreas: primero, la coordinación de las políti-

los exponentes primeros de la respuesta actual ante las crisis cíclicas. La cuestión es, como se viene adelantado, determinar qué posición debe adquirir el orden jurídico para articular estas formas de actuar de los agentes económicos, y de los propios agentes políticos cuando han de actuar en el campo de la economía. A la inversa, parece clara, y la necesaria presencia de la economía en la toma de decisiones articuladas por una norma, ha sido resaltada desde diversos puntos de vista¹¹ como elemento imprescindible para la consecución de decisiones razonables y sostenibles en cualquier sociedad avanzada.

La pregunta que se puede plantear, por ello, al hilo de la filosofía organizativa del G-20 es si debe estar el derecho, entendido como conjunto de reglas del juego, presente en la economía. La respuesta es afirmativa pero debe razonarse desde distintos frentes. Por una parte, el G-20 como tal, toma una serie de decisiones o acuerdos políticos, o de política económica, en un nivel ajeno a los procesos de decisión normativa o de directrices nacionales o internacionales. La buscada posición de comodidad en sus esquemas, que le sitúa al margen de la dinámica de necesaria sujeción de todos los actos a un soporte jurídico, es el marco buscado por sus componentes para la agilidad,

cas macroeconómicas para salir de la crisis y segundo, la reforma de la AFI tanto en lo concerniente a las regulaciones financieras como a las organizaciones multilaterales de crédito y supervisión. Quedó fuera de la agenda atender otros aspectos críticos de la AFI como las reglas de funcionamiento del sistema monetario internacional. En relación a esta cuestión, es materia de debate la situación actual de «no régimen» que generó fenómenos como los desbalances globales, careció de reglas claras respecto al rol del dólar en la provisión de liquidez internacional y como reserva de valor, y que tampoco tuvo un prestamista de última instancia. El hecho de que se abriera la discusión del rediseño de AFI a nuevos actores como los países emergentes ha sido muy positivo. El desafío es lograr que este marco persista cuando la crisis sea superada para que estos países puedan tener una inserción internacional menos asimétrica».

¹¹ POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Little Brown, New York, 1973. En España, las disciplinas que se encargan en Ciencias jurídicas y Económicas de esta materia son la Economía Política y la Hacienda Pública, de modo principal. Como aproximación al tema: CABRILLO, F., «¿Por qué un análisis económico del derecho?». En *Revista de Occidente* n.º 58, págs. 37 a 46, 1986. DURÁN LALAGUNA, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992. MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. POLINSKY, M. A., *Introducción al Análisis económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985. Pastor, S., «Una introducción al Análisis Económico del Derecho», en *Hacienda Pública Española*, n.º 89, págs. 137 a 157 (1984). Del mismo autor: *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1989. TORRES LÓPEZ, J.; *El Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1987. En *Filosofía del Derecho*, entre otros: CALSAMIGLIA, A., «Eficiencia y Derecho», en *Doxa* n.º 4, págs. 267 a 302, 1987. HIERRO, L., «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)» en *Doxa*, n.os 15 a 16, págs. 945 a 969, 1994.

al menos pretendida, en la toma de decisiones. Donde se produce el sometimiento al principio de legalidad y sometimiento al sistema de fuentes del derecho, es en el ámbito interno de cada uno de esos países participantes: así, los compromisos internacionales de los mandatarios y responsables económicos que asisten a las reuniones, solo se materializan cuando en sus respectivos ámbitos de competencia concretan los acuerdos conseguidos en estos grupos, sea este G-20 o en los otros G's coexistentes, a través del acto normativo o ejecutivo procedente, y de acuerdo a los principios y reglas de su derecho interno, o en el caso de la Unión Europea, en el de su derecho comunitario.

Por otra parte, la discrecionalidad decisiva que podría mostrarse en las cumbres del G-20 en abuso del marco abierto con el que se plantea el foro, no es tal. Como se acaba de reseñar, los mandatarios actúan con arreglo a las normas desde las que extraen su mandato en materia de política exterior o económica, y además, la presencia de las instituciones internacionales de toda índole a la que nos hemos referido, llevan al foro intergubernamental al mismo concierto mundial, conocido y establecido, que impide la disociación entre las finalidades de este grupo y las perseguidas por esas instancias internacionales constituidas. Así, el G-20 se abstiene de suplantar, por superación cualitativa y económica, a las organizaciones mundiales o regionales. Ese peligro podría parecer *prima facie* inquietante: ante un anquilosamiento del orden surgido tras la II Guerra Mundial, y rechazada la dinámica de poder efectivo de una o dos potencias mundiales, se constituye un nuevo orden de facto en el que los más grandes relevan en la práctica al concierto de naciones ya constituido. No parece que el G-20 esté generando esa realidad, pues si las principales potencias marcan calendarios y finalidades, ocurre y ocurría al margen de la existencia de los G's. Además, la propia amplitud del G-20 frente a los precedentes G's 7 u 8, introduce un factor de diversidad y concierto que le aproxima más a instituciones articuladas procedentes (las del marco ONU) que a la dinámica de políticas internacionales basadas en bloques, que fue propia de la segunda mitad del siglo XX.

Por todo ello, el G-20 se presenta como un cuerpo distinto, ante el orden internacional, pero no es ni ajeno ni extraño al mismo. Sus decisiones no chocan ni violentan las del orden previamente constituido pues se articulan en una fase previa de concertación que puede o no tener efectos. Además, como suma de mandatarios que ejercen una serie de funciones previamente establecidas en ordenamientos jurídicos con reglas específicas de competencias y bajo el imperio del principio de legalidad, cualquier reunión del G-20 se aleja de patrones poco deseables de funcionamiento descontrolado. Como subrayaba anteriormente, las posibles dudas de falta de control en origen, de riesgos de influencia por parte de grupos de presión, etc., tienen menos relevancia que cuando su existencia se denuncia sobre las instituciones interna-

cionales o nacionales que efectivamente deben de tomar las decisiones, y en cualquier caso, la magnitud de la convocatoria desanima algo más a los presuntos interferentes de lo que lo pueda hacer una reunión más reducida de las principales potencias o de las instituciones económicas observadoras.

Hasta aquí se ha dejado constancia de la presencia del orden institucional nacional o internacional, en la *estructura* organizativa del G-20, pero habría también de sumarse esa aparición en el *contenido* de las decisiones, en este caso económicas. La respuesta solo cabe desde la continuidad de los planteamientos anteriores: las conclusiones de los participantes en las cumbres anuales, reuniones preparatorias o grupos de trabajo se articula desde el respaldo constitucional, legal o estatutario que les ofrecen las fuentes del derecho a la que su representación se sujeta. Los lineamientos ofrecidos por los países participantes en estos foros existen para los medios de comunicación y mercados financieros (que no es poco), pero no para la realidad hasta tanto no se concretan. Es claro, además, que las recomendaciones o conclusiones pueden seguirse por todos los participantes, solo por parte, por ninguno, o por terceros países; siendo el momento de la traslación a los Estados y organizaciones, el único relevante a efectos jurídicos. Como acabo de plantear, es obvio que en la práctica la incidencia en los mercados puede ser notoria, no obstante, pero el derecho no puede (y a lo mejor no debe) remediarlo.

4. LA RENUNCIA A LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DEL AGRUPADO Y OTRAS ANALOGÍAS CON EL SISTEMA ONU

Los españoles hemos conocido históricamente la inhabilitación que supone padecer un régimen autocrático, y que nuestro Estado quiera participar en una organización internacional, siendo negada nuestra incorporación por la ausencia de un orden interno basado en leyes democráticas. La pluralidad de naciones que impulsó la Organización de Naciones Unidas de 1948, posibilitaba en aras de un entendimiento global y de otras razones prácticas, la presencia de todos los Estados constituidos. No así otras organizaciones internacionales de ámbito regional como el Consejo de Europa, o supranacional, como la Unión Europea. El G-20, como demuestra su trayectoria, se centra en los temas económicos soslayando, más bien admitiendo como un hecho, la diversidad organizativa de sus participantes y el distinto estatuto jurídico de los habitantes de los países representados. Sin necesidad de señalar a qué países nos referimos, lo cierto es que el G-20 renuncia a exigir lo que se suponía como requisito superado en su primer origen, como G-7 (Se trata de los países más avanzados en todos los campos y no solo en el económico, donde el desarrollo ha seguido al crecimiento, democráticos, en congruencia internacional en el ideario de respeto de los derechos humanos que reposa tras los Estados sociales y democráticos de derecho). Nos enfrenta-

mos entonces, al lamentable realismo que constituye la ausencia de regímenes democráticos sobre el gobierno de centenares de millones de personas.

No parece lógico que esa exigencia, ausente en instituciones internacionales previas, haya de planear sobre un ámbito de intercambio de opiniones. La finalidad misma de previsión de los problemas mundiales surgidos de las crisis económicas, es una pura contradicción con las concepciones en la materia de algunos de los participantes en el grupo, que al menos en teoría negaron históricamente los principios del mercado que condicionan toda la actividad de este foro. De cualquier forma, si estas líneas están situando el foco de estudio sobre la necesidad del ciudadano de saberse parte de las instituciones y de la toma de decisiones de sus poderes públicos, a través de una suerte de vigencia de los principios de participación y control en todo aquello que les afecta; no quedaría otro remedio que la renuncia a una respuesta conjunta en la evaluación de las decisiones de este G-20. Así, la legitimidad democrática de la toma de decisiones solo puede ser abordada parcialmente y respecto de aquellos Estados o uniones de Estados donde el derecho constitucional confiere de forma certera y reconocible a sus mandatarios la capacidad de tomar decisiones en las áreas afectadas por la economía y la política exterior. Cualquier test de «democraticidad», o de representación y control, que quisiera aplicarse a este foro de naciones en su conjunto, no tendría resultado positivo, como tampoco razón de ser.

Qué duda cabe, no obstante, de la influencia en millones de personas de los resultados obtenidos en las cumbres, y de la inconsistencia filosófica que surge de la confrontación del modelo en el que unos participantes guardan tras de sí un origen democrático en sus actos, y otros imponen a los habitantes de sus territorios las medidas adoptadas. En este sentido, se retrata el G-20 como una muestra más de su capacidad de ser espejo del sistema actual de naciones, donde la falta de armonización en idearios organizativos y en carencias de mínimos denominadores en el respeto práctico de los derechos, es la nota dominante. Un buen ejemplo, al que aludíamos al describir el régimen organizativo y que procede traer a colación, es el del reparto de presidencias/cumbres que se instauró en el grupo desde la cumbre de Seúl de 2010, y que recuerda la dinámica de bloques o de intereses que se percibe en las experiencias organizativas internacionales que protagonizaron la descolonización. La decisión de reglamentar la organización de las presidencias, dividiendo en grupos a los países miembros no parece que sea la de repartir el peso entre bloques, pues a todos alcanza la rotación. Más bien sería la de dar estabilidad a la convocatoria de reuniones, sin dejar al arbitrio de la oportunidad geopolítica de los mandatarios, la concertación anual de este evento. Así, los grupos se numeran del 1 al 4, siendo el primero el constituido por Arabia Saudita, Australia, Canadá y Estados Unidos. El segundo es el de India, Rusia, Sudáfrica y Turquía. El tercero el de Argentina, Brasil y Méxi-

co. El cuarto lo forman Alemania, Francia, Italia y Reino Unido. Y el quinto, el compuesto por China, Corea del Sur, Indonesia y Japón. El criterio geográfico es evidente en los tres últimos grupos, el latinoamericano, el europeo-occidental y el asiático, pero no en los dos primeros. Las últimas presidencias a partir de Seúl 2010 fueron cambiando de grupo (Francia, México, Rusia y Australia; de 2011 a 2014). La presidencia China opera en este año 2016 (Hangzhou), que sería un nuevo grupo, pero en 2015 se realiza en Turquía, que está en el grupo de Rusia, que presidió en 2013, por lo cual la correlación no opera automáticamente, ya que ha habido grupos que repiten desde ese acuerdo de 2010, antes de la participación de países adscritos a otros, sin que transcurran cinco años.

5. CONCLUSIONES ENLAZADAS CON EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN «CONSTITUCIÓN Y MERCADO EN LA CRISIS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA»: UNIÓN EUROPEA Y G-20

En este último epígrafe ha de hacerse una referencia a dos asuntos básicos, que son los que justifican este estudio como contribución al amplio proyecto de investigación de referencia, una vez que se han realizado las anteriores consideraciones.

La primera cuestión es instrumental o formal: La Unión Europea es parte del G-20 como un solo miembro, participando a través de las autoridades de países que componen dicha Unión, y representando a su vez a una multiplicidad de Estados (que para mayor complicación están en algún caso ya en el G-20). La segunda es de fondo: ¿afecta el G-20 a la crisis o replanteamiento de la Unión Europea, que es el objeto del presente proyecto de investigación, a nivel de toma de decisiones, tanto institucionales como de política económica? La respuesta habría de darse desde el ámbito de otros campos como la Sociología o la Economía, pero aquí ha de constatarse en una aproximación que responda a una visión completa de las relaciones entre G-20 y Unión Europea, de la similitud de objetivos, aunque parcial, entre ambas figuras, a pesar de la no institucionalización propia del G-20.

- a) En la fundación del G-20 aparece la impronta de las potencias occidentales como ocurría en el precedente G-7. Los países más desarrollados han sido los que han constituido en el último tercio del siglo xx el eje representativo de las potencias modelo de la economía de mercado, Estados Unidos, Japón, Canadá, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia. Los cuatro últimos son países miembros de la Unión Europea, y de entre ellos, los tres últimos fueron los impulsores en los años cincuenta del pasado siglo de la estructura de las Comunidades Europeas. La sustancialidad e individualidad como agente de política inter-

nacional que logra la Unión Europea a partir de 1992, coloca a esta experiencia supranacional al primer nivel de las potencias económicas mundiales más allá del cómputo de riqueza u operaciones de las cuatro potencias señaladas, pues varios millones de personas más y una veintena de países medianos y pequeños, aportan un valor adicional en este campo. Ese plus o suplemento que la posiciona en la economía global como agente de primer orden, es la toma de decisiones conjunta en el ámbito de la economía, así como la puesta en común, al menos en las finalidades que interesan al G-20, de instituciones económicas que actúan en nombre de todos los miembros.

El peso de los países de la Unión Europea en el G-20, a pesar de esta posible duplicidad que supone que varios de ellos puedan estar adicionalmente representados en ese grupo por las instituciones supranacionales europeas en su conjunto, es notablemente inferior al que gozan en los G's 7 y 8 fundados con anterioridad. Es la muestra elocuente del cambio de siglo y la asunción por parte del continente europeo de un plano secundario ante los países emergentes con elevadas cifras de producción: puede que ya camine a la posición de acólito, que es el que, parece, le terminará correspondiendo al cabo de unas décadas. La presencia de toda la Unión Europea en el G-20 se articula por sus reglas internas, participando los representantes comunes de política exterior y economía, así como los del Estado que ostente la presidencia rotatoria y en su caso, los otros dos que componen la *troika* que da estabilidad a las rotaciones. Países medianos de la Unión como España, son sumados por diversos medios al G-20, por cesión de asiento de los socios o ya recientemente como país invitado permanente¹².

¹² «La primera participación española en el G-20 tuvo lugar en la cumbre extraordinaria de noviembre de 2008 en Washington cuando el entonces presidente de Francia, Nicolás Sarkozy, cedió a España uno de los dos puestos que le correspondían como presidente de turno de la Unión Europea y como miembro del G-8. Tras la cita de Washington, España fue invitada oficialmente para asistir a la cumbre extraordinaria de Londres de abril de 2009, con el primer ministro británico Gordon Brown como anfitrión. Después de participar en la cumbre de Londres, España consideró consolidada su posición en el G-20 como corresponde a su peso político y económico en la comunidad internacional. España también estuvo en Pittsburgh, en septiembre de 2009, para participar en la cumbre extraordinaria presidida por Barack Obama, anfitrión de la cita. En esa ocasión España ejercía la presidencia de turno de la Unión Europea. Posteriormente, España ha asistido a la cumbre extraordinaria de Toronto, en junio de 2010. Durante la presidencia de Corea del Sur, tuvo lugar la cumbre extraordinaria de Seúl, en noviembre de 2010; en ella, el país anfitrión apoyó la posibilidad de que España formara parte de un G-20 ampliado. España ha participado en las últimas cumbres, celebradas en Cannes (Francia), en noviembre de 2011, en Los Cabos (México) en junio de 2012, y en San Petersburgo (Rusia) en septiembre de 2013». <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/G20YOCDE/Paginas/Presencia.aspx> (fecha de con-

El problema de este esquema en el que podrían surgir, y de hecho surgen habitualmente, intereses económicos contrapuestos y prioridades distintas en orden al gasto, la carga impositiva o múltiples cuestiones financieras; es una cuestión ajena al G-20, al que solo llegará la voz única de la Unión Europea. Ello no es obstáculo para que tales divergencias se reflejen, en el caso de los miembros que la componen, pero que por su propia importancia también han accedido al grupo.

La representación de la Unión Europea en el G-20 se canaliza por las reglas internas de representación exterior, asistiendo a las cumbres el Presidente del Consejo Europeo y el Presidente de la Comisión Europea. A las citas interministeriales acude el ministro competente en razón de la materia, del Estado que ostenta la presidencia rotatoria, el comisario correspondiente en función de la competencia sobre el tema objeto de debate, y una representación del Banco Central Europeo.

- b) La segunda cuestión a abordar, y que concluye con la presente aproximación al G-20 por parte del grupo de investigación al que hacemos referencia en primera página, es la influencia de este concierto económico en el período crítico, institucional y financiero, que se observa en la Unión Europea. Al margen de la evaluación que ha de corresponder, como se ha dicho, a otras disciplinas, desde el derecho constitucional hay que contestar con un «sí»: lo que el G-20 supone, está presente en el debate sobre crisis y reorientación europea. Primero, porque el fortalecimiento en la última década de un «gobierno común» representado por la Comisión Europea y de mandatarios de instituciones como la presidencia del Banco Central Europeo, es en buena medida la consecuencia del proceso globalizador que representa el G-20, y Europa responde al mismo con la consciencia, también en lo organizativo, que solo como bloque puede afrontar la pujanza económica de China o países emergentes como Brasil, Indonesia, India, o nuevamente en la historia continental, de Rusia. Segundo, porque en el origen de la Unión Europea la principal motivación, por más que su exclusividad se desdibujara en atención a potenciar otros criterios de identidad, fue la económica:

sulta, 25 de mayo de 2015). En la actualidad España es invitado permanente, siendo el único Estado con ese status: <<Each year, the G20's guests include Spain (a permanent invitee); the Chair of ASEAN; Global Governance Group; two African countries (the chair of the African Union and a representative of the New Partnership for Africa's Development (NEPAD)) and a country or countries invited by the presidency, usually from its own region. Since the first leader-level meeting of the G20 in 2008, guests have included Benin, Brunei, Cambodia, Chile, Colombia, Equatorial Guinea, Ethiopia, Kazakhstan, Malawi, the Netherlands, Spain, Switzerland, Thailand, the United Arab Emirates, Vietnam, Mauritania, Senegal, Myanmar and New Zealand» <https://g20.org/about-g20/g20-members/g20-world/> (fecha de consulta, 25 de mayo de 2015).

crecimiento, estabilidad, desarrollo, racionalización de criterios monetarios y crediticios, y prevención o amortiguación de crisis cíclicas. Su modelo ha sido muchas veces una referencia para el resto de la comunidad internacional y aunque los intereses que puedan salir del G-20 (si es que estando en él un número tan amplio y diverso de Estados, cabe pensar que se llegue a un interés coincidente¹³) no sean concurrentes con los circunstanciales de la Unión, los Estados asistentes al grupo van buscando (para sí mismos y se supone que para todo el orbe) ese mismo eje constituido por crecimiento/desarrollo/prevención de crisis.

6. APÉNDICE (BIBLIOGRAFÍA, RED E INFORMACIÓN BÁSICA)

a) *Bibliografía y otras fuentes escritas*

- ALEXANDER, N., «Introducción al G20», Heinrich Boell Foundation-US, ed. de junio de 2011.
- ANTUÑANO MARURI, I., «Las decisiones del G-20 y su impacto sobre los países más débiles» En *Documentación Social* n.º 158, julio-septiembre de 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Crisis económica y crisis institucional de Europa» En *Revista española de Derecho Constitucional* n.º 98, págs. 91 a 107, mayo-agosto de 2013.
- BANCO MUNDIAL, *Postcrisis growth and development. A development agenda for G-20*. Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo/Banco Mundial, Washington D.C., 2011.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- BERGGRUEN, N.; GARDELS, N., *Gobernanza inteligente para el Siglo XXI. Una vía intermedia entre occidente y oriente*. Taurus, Santiago de Chile, 2013.
- BERNANKE, B., «The Macroeconomics of the Great Depression: A Comparative Approach» En *Journal of Money Credit and Banking*, vol. 27 (1), 1-28, 1995.
- BUCHANAN, J.; BRENNAN, G., *La razón de las normas. Economía política constitucional*. Unión Editorial, Madrid, 1987.
- CARRERA, J., «El G20, la crisis y el rediseño de la arquitectura financiera internacional», Banco Central de la República Argentina, Investigaciones Económicas, BCRA n.º 2009/45, Noviembre de 2009.

¹³ «Los países emergentes tienen hoy visiones sobre la regulación financiera, los mecanismos de ajuste en el sistema monetario internacional o las mejores prácticas en política comercial que son muy distintas a las de los países avanzados. Incluso tienen una visión sobre cómo debería funcionar (y regularse) el capitalismo que dista mucho de la dominante en Washington o Londres. Además, tras décadas de liderazgo intelectual y político anglosajón en asuntos económicos internacionales, la crisis financiera global ha supuesto un importante golpe a la visión norteamericana del capitalismo, lo que ha puesto a Estados Unidos a la defensiva, generando un vacío de poder significativo en el sistema internacional, que ni los países emergentes ni la Unión Europea están dispuestos a ocupar». STEINBERG, F., ... *art. cit.*

- CASAS PARDO, J.; BRU PARRA, S. (eds.), *Economía y Política*, Universidad de Valencia, 1988.
- COLOMER, J. M., *El gobierno mundial de los expertos*, Anagrama, Barcelona, 2014.
- GARTON, T., «Hacia un mundo libre: del G-8 al G-20», En *El País*, 28 de mayo de 2011.
- HEAP, P. C., *Globalización y reforma de cumbres. Un experimento de gobernanza internacional*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo-Ediciones Mayol, Ottawa (Canadá)-Bogotá (Colombia), 2009.
- JOKELA, J., «The G-20: A pathway to Effective Multilateralism?», En *Chaillot Papers* n.º 125, ISS Unión Europea, abril de 2011.
- NAKAGAWA, J., *International Harmonization of Economic Regulation*, Oxford University Press, 2011.
- NELSON, R. M., «The G-20 and International Economic Cooperation: Background and Implications for Congress», En *Congressional Research Service*, US House of Representatives, 9 de diciembre de 2009.
- PORTES, R., «Global Imbalances», En M. Dewatripont, X. Freixas y R. Portes (eds.): *Macroeconomic Stability and Financial Regulation: Key Issues for the G20*, Centre for Economic Policy Research, 2009.
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Little Brown, New York, 1973.
- POSTEL-VINAY, K., *The G-20: A New Geopolitical Order*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014.
- STEINBERG, F., «Por qué hay que esperar poco del G-20», En *Expansión*, 12 de noviembre de 2014.

b) Enlaces *www*

1. G-20
<https://g20.org/> (fecha de consulta, 2 de mayo de 2016).
2. España en G-20
<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/G20YOCDE/Paginas/Presencia.aspx> (fecha de consulta, 2 de mayo de 2016).
3. Derecho y economía
<http://www.voltairenet.org/mot120950.html?lang=es> (Red Voltaire).
<https://www.facebook.com/#!/economyderecho> (facebook: Red Científica Internacional sobre Economía y Derecho Público).

c) Información básica

Fuente: <https://g20.org/> (fecha de consulta, 2 de mayo de 2016).

1. Miembros:
Alemania
Canadá

Estados Unidos
Francia
Italia
Japón
Reino Unido
Rusia
Arabia Saudí
Argentina
Australia
Brasil
China
Corea del Sur
India
Indonesia
México
Sudáfrica
Turquía
Unión Europea

2. Organizaciones internacionales concurrentes:

The success of the G20 is achieved with support from international organisations, which provide advice on G20 priorities and help G20 members and guests identify policy gaps where actions will have the most impact. Representatives of international organisations are invited to relevant G20 meetings, including meetings of Sherpas, Finance Deputies and working groups. These organisations include:

- the Financial Stability Board (FSB). The FSB, which was established by G20 leaders following the onset of the global financial crisis, coordinates the work of national financial authorities and international standard-setting bodies to develop and promote effective regulatory, supervisory and other financial sector policies.
- the International Labour Organization (ILO). The ILO promotes rights at the workplace, encourages decent employment opportunities, enhances social protection and strengthens dialogue on work-related issues.
- the International Monetary Fund (IMF). The IMF works to foster global monetary cooperation, secure financial stability, facilitate international trade, promote high employment and sustainable economic growth, and reduce poverty around the world.
- the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). The OECD promotes policies that improve the economic and social well-being of people around the world. It works with governments to

- understand what drives economic, social and environmental change, with a focus on analysing and comparing data to predict future trends.
- the United Nations (UN). The UN is committed to maintaining international peace and security, developing friendly relations among nations and promoting social progress, better living standards and human rights.
 - the World Bank. The World Bank is a vital source of financial and technical assistance to developing countries around the world. It is not a bank in the ordinary sense but a unique partnership to reduce poverty and support development.
 - the World Trade Organization (WTO). The WTO provides a forum for negotiating, implementing and monitoring agreements aimed at reducing obstacles to international trade and ensuring a level playing field, contributing to economic growth and development.

3. Invitados:

Each year the G20 president invites guest countries to attend the Leaders' Summit to participate in member discussions about the agenda.

Inviting guest countries gives non-members an opportunity to bring their views to the G20 table. The selection of guests reflects the G20's commitment to ensuring all regions of the world are represented, and in consulting with countries beyond the G20 membership so as to understand fully their economic challenges, how they experience changes in the global economy and how G20 decisions affect them.

Each year, the G20's guests include Spain (a permanent invitee); the Chair of ASEAN; Global Governance Group; two African countries (the chair of the African Union and a representative of the New Partnership for Africa's Development (NEPAD)) and a country or countries invited by the presidency, usually from its own region. Since the first leader-level meeting of the G20 in 2008, guests have included Benin, Brunei, Cambodia, Chile, Colombia, Equatorial Guinea, Ethiopia, Kazakhstan, Malawi, the Netherlands, Spain, Switzerland, Thailand, the United Arab Emirates, Vietnam, Mauritania, Senegal, Myanmar and New Zealand.

In 2015 Turkey decided to invite Azerbaijan together with Malaysia, as the 2015 Chair of ASEAN; Senegal, representing NEPAD; Singapore, Spain and Zimbabwe, as the 2015 chair of the African Union.

4. Otras aportaciones:

The G20 committed in its 5th Anniversary Vision Statement to listen carefully to institutions and countries which are not in the group. This is because the G20's growth and resilience agenda matters to all countries, not just those in the G20. Growth in G20 countries, which constitute 85 per cent of the global economy, is essential to growth and development elsewhere.

In 2015, the G20 is focusing on Low Income and Developing Countries (LIDCs) with a view to highlighting the relevance of G20's development agenda for these countries. 2015 offers a unique opportunity to enhance global development agenda. G20 has a strong role to play in that.

5. Las cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno se celebran desde 2008:
14 y 15 de noviembre de 2008 en Washington, Estados Unidos.
2 de abril de 2009 en Londres, Reino Unido.
24 y 25 de septiembre de 2009 en Pittsburgh, Estados Unidos.
26 y 27 de junio de 2010 en Toronto, Canadá.
11 y 12 de noviembre de 2010 en Seúl, Corea del Sur.
3 y 4 de noviembre de 2011 en Cannes, Francia.
18 y 19 de junio de 2012 en Los Cabos, México.
5 y 6 de septiembre de 2013 en San Petersburgo, Rusia.
15 y 16 de noviembre de 2014 en Brisbane, Australia.
15 y 16 de noviembre de 2015 en Antalya, Turquía.

Nota de accesibilidad: Se puede solicitar el contenido de este estudio en Braille, a la dirección de correo electrónico <Enrique.Belda@uclm.es>

TITLE: G-20: Structure and fitness for its targets in international organizational and institutional framework

RESUMEN: El G 20 es un mecanismo instrumental, de escasa articulación institucional pero de amplísima capacidad de influencia, que con su definición de líneas de política económica y financiera agiliza la toma de decisiones por parte de países y organizaciones internacionales. Su importancia existencial pasa por procurar la apertura de la concertación mundial a las economías emergentes que se esconden tras Estados densamente poblados.

PALABRAS CLAVE: G 20; Instituciones económicas internacionales; Política Exterior; Derecho Constitucional; Derecho Internacional Público.

ABSTRACT: The G20 is an instrumental mechanism, with limited institutional structuring, although with wide influence ability, with its definition of lines of economic and fiscal policy speeds up the decision making on the part of international countries and organizations. Its existential impression goes through obtain the global agreement opening to emerging economies hidden behind densely-populated countries.

KEY WORDS: G 20; International Economic institutions; Foreign policy; Constitutional law; Public international law.

*RECIBIDO: 03.06.2016
ACEPTADO: 22.06.2016*

LA REPRESENTATIVIDAD DE LA FED¹

Tomás Bastarreche Bengoa

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp227-260

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA IDEA DE UN BANCO CENTRAL. 2. EL MARCO NORMATIVO DE LA FED. 3. LOS MECANISMOS REPRESENTATIVOS DE LA FED. 3.1. *The Federal Reserve Board*. 3.2. *The Federal Reserve System*. 3.3. *La oficina de Diversity&Inclusion y la Equal Employment Opportunity Commission*. 4. CUESTIONES SOBRE LAS RELACIONES «POLÍTICAS» Y CAPACIDADES DE INTERVENCIÓN DE LA FED EN EL MERCADO FINANCIERO. 4.1. *La importancia de la función de los Federal Banks y su misión representativa*. 4.2. *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES O PLANTEAMIENTOS EN RELACIÓN AL PROYECTO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA. 6. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUCCIÓN. LA IDEA DE UN BANCO CENTRAL

Lo pretensión de este artículo es la de exponer sumariamente algunas cuestiones generales sobre la Reserva Federal (Fed) en Estados Unidos, que puedan tener sentido dentro del debate que nos proponemos en este número de la revista dirigido al estudio de los mecanismos que sirvan para mejorar la integración política europea a través de una mejor integración económica. A lo largo de este ensayo, el intento de adentrarnos en el sistema que informa

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R). Investigadores principales: José Luis GARCIA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN.

esta institución americana ha estado presidido por un planteamiento latente relacionado con la pregunta acerca de ¿por qué se ha defendido por tantos pensadores relevantes la no necesidad de un banco central, o cuando ha existido este, se ha propuesto su desaparición? La historia de la Fed es una buena prueba de este debate. La crisis económico financiera global que estamos viviendo, si no lo ha hecho tan explícito, desde luego ha puesto en tela de juicio el papel del Banco Central europeo.

El profesor GARCÍA GUERRERO, a quién entre otros, pero muy fundamentalmente hay que agradecer el propio planteamiento de este debate, ha planteado, en mi opinión, una de las cuestiones esenciales que lo motivan: el modelo económico de la Unión Europea, que descansa, entre otros pilares, en un Banco Central cuya única exclusiva misión es el de la estabilidad de los precios, puede estar peligrosamente congelando, inmovilizando determinados principios constitucionales, en especial aquellos referidos al Estado Social, de modo que no puedan cumplirse más allá de los límites que permite el mismo modelo económico². Creo que, si se piensa con detenimiento en esta afirmación, se comprende pronto cómo sus implicaciones políticas en términos democráticos son enormes.

Precisamente este mismo debate sobre las implicaciones democráticas en el modelo económico, o acerca de la construcción de un paradigma económico-constitucional, como así lo denomina Eduardo Sanz en «*Los consensos económico-constitucionales: diagnóstico y afanes de la política económica*»³, es un debate que estuvo ya presente en la creación de los EE.UU. y en la propia creación de un Banco Central.

Permítanme introducir una referencia no tan estrictamente académica. La polémica puede leerse en *El Federalista* de A. Hamilton y –entre otras– en la *Letter to John Taylor* de Thomas Jefferson. No obstante, prefiero reproducir una escena de una excelente serie de televisión, «*John Adams*», de la HBO y que, perfectamente, pudo ser real. Es 1790, y en ella se está produciendo una

² GARCÍA GUERRERO, J.L.; «La desconstitucionalización de la Constitución económica española», ponencia en las Jornadas Internacionales «Las mutaciones de la Constitución Económica en un contexto multinivel y transnacional»; Universidad de Deusto, Facultad de Derecho 19 y 20 de noviembre de 2015 y que es el sustento de este número de la Revista. No obstante, el profesor García Guerrero sostuvo ya esta idea en «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre los bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de constitución»; en **Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional**; Eduardo Jorge Prats y Manuel Valerio Jiminián Coordinadores, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, ISBN 978-9945-08-059-9, mayo 2014.

³ SANZ ARCEGA, E.; «Los consensos económico-constitucionales: diagnóstico y afanes de la política económica», DOC. n.o 1/2015, *Instituto de Estudios Fiscales*, Grupo de Investigación en Economía Pública, NIPO: 634-15-001-X.

comida de bienvenida a Thomas Jefferson que acaba de llegar de Francia como embajador y ha sido nombrado Secretario de Estado del primer Gobierno de Washington. Hamilton toma la palabra y comienza a hablar de necesidad de creación de un Banco Central que asuma toda la deuda contraída por los Estados durante la Guerra y pueda emitir moneda. Jefferson, bastante contrariado, señala que todo el dinero se encuentra en el norte, y que, sin embargo, las deudas también se acumulan en el norte. Hamilton, muy serio y ante la mirada aprobatoria de Washington, replica que, si pretenden conseguir crédito extranjero, es necesario dar confianza, demostrar unidad y que exista una Unión fuerte. Jefferson, aún más inquieto, exclama: ¡eso es contrario a los principios revolucionarios! Y en un tono desconfiado, continúa: lo que pretendéis no hace más que reproducir el dominio británico y del Banco de Inglaterra del que nos acabamos de librar sobre los nuevos Estados. Hamilton, impertérrito, simplemente viene a responder: pues claro, ¿si no es así, cómo pretendes evitar la sedición?

¿Es Jefferson un liberal y Hamilton un socialdemócrata? Lo primero puede ser cierto, en cualquier caso lo segundo, no. Se sabe, pero conviene recordar que el *First Bank of America* tuvo una primera consecuencia manifiesta: la creación de una gran burbuja financiera. Y a los veinte años de su existencia, momento de expiración de su habilitación según preveía su norma de creación, *The First Bank's charter 1791*, el Congreso no renovó su autorización para operar.

Cien años después, cuenta el economista alemán Reinhold Veit⁴ que, en una de sus primeras reuniones de su recién estrenado gobierno, en el que se debatía el programa a aplicar, Margaret Thatcher lanzó sobre la mesa *The Constitution of Liberty* de A. von HAYEK y afirmó: «este es nuestro programa de gobierno». Hemos sufrido lo que sucedió después con la política de Thatcher, la aplicación de las «*regganomics*», el Consenso de Washington y la gran desregulación del mercado financiero, donde los bancos, por ejemplo, la Reserva Federal, mantuvieron un tipo interés hasta del 20%, favoreciendo indudablemente la especulación a través de préstamos de toda clase y haciendo proliferar las tarjetas de crédito. A este respecto HAYEK parece tener claro algo que me parece muy cercano al pensamiento actual y que, desde

⁴ REINHOLT VEIT es uno de los principales editores de la obra de Hayek en Alemania. La anécdota la cuenta en un programa de la televisión de los EE.UU. llamado «Intellectual Portraits Series», y producido por la libertyfund.org, una asociación liberal bien conocida en EE.UU. y que cuenta con un presupuesto de 300 millones de dólares «*to encourage the study of the ideal of a society of free and responsible individuals. The Foundation develops, supervises, and finances its own educational activities to foster thought and encourage discourse on enduring issues pertaining to liberty*». <http://www.libertyfund.org/about.html>

luego, Thatcher debió aprender al dedillo de su «*mad professor*». Incluyo una cita un tanto extensa, pero en mi opinión muy elocuente, que transcribo literalmente traduciendo directamente las páginas 327 y 328 de su ya citada obra, *The Constitution of Liberty*: «Existen buenas y probablemente aún válidas razones que hacen preferible que estas instituciones [los Bancos Centrales] sean cuanto más independientes posible del gobierno y de su política financiera. Aquí, sin embargo, llegamos al tercer punto de lo que he llamado un desarrollo a-histórico que, aunque no estrictamente irrevocable, debemos aceptar para el futuro inmediato. Una política monetaria independiente de la política financiera es posible sólo si el gasto del gobierno constituye comparativamente una pequeña parte de toda la cuenta de pagos, y mientras la deuda del gobierno (y particularmente la deuda a corto plazo) constituya una parte pequeña de todos los instrumentos crediticios. Hoy en día esta condición no se da [que fue lo que intentaron sin duda Reagan y Thatcher, que se diera esa condición], y, en consecuencia, una política monetaria efectiva tiene que ser conducida únicamente en coordinación con la política financiera del gobierno. La coordinación en este sentido, sin embargo, quiere decir inevitablemente que cualquier autoridad monetaria nominalmente independiente tiene de hecho que ajustar su política a aquella del gobierno. Este último, nos guste o no, se convierte necesariamente en el factor determinante. Este control más efectivo sobre las condiciones monetarias que aparentemente se podría conseguir por parte del gobierno es bienvenido por algunos. Si en realidad nos hemos situado en una mejor posición para perseguir una política monetaria deseable debemos considerarlo después. Por el momento el hecho importante es que mientras el gasto del gobierno constituya una gran parte del producto interior bruto (national income), deberemos aceptar el hecho de que el gobierno necesariamente dominará la política monetaria y que la única manera que podemos alterar esto es reduciendo drásticamente el gasto de los gobiernos. Con el gobierno controlando la política monetaria, la inflación se ha convertido en la máxima amenaza en este campo. Los gobiernos de todos los lugares y en todos los momentos han sido los causantes de la depreciación de la moneda. Aunque ha habido ocasionalmente caídas prolongadas del valor de la moneda metálica, las mayores inflaciones del pasado han sido el resultado de gobiernos que o bien devaluaban la moneda, o bien expedían cantidades excesivas de dinero en papel. Es posible que la generación actual esté en guardia frente a las más crudas maneras de destruir el valor de los flujos de capital cuando los gobiernos han pagado sus actividades expidiendo dinero de papel. Lo mismo puede hacerse hoy en día, sin embargo, mediante procedimientos más sutiles susceptibles de escapar al control del público. Hemos visto como cada uno de los pilares fundamentales del estado del bienestar que hemos considerado tiende a favorecer la inflación».

Las cosas ya no funcionan exactamente así, y menos en la Unión Europea. Pero desde luego la visión ultra liberal de HAYEK no parece desconocida para el BCE y su mandato exclusivo de controlar la estabilidad de los precios. Por cierto, cabe recordar que la última persona que se atrevió a desafiar la potestad exclusiva de emitir moneda de la Fed fue el presidente más controvertido de todos, y quizá el más socialdemócrata: JFK, y su *Orden Ejecutiva 11110*, que permitía al Congreso la emisión de moneda, «los dólares de plata de Kennedy», respaldados por el propio Tesoro del Gobierno y, por tanto, libres de deuda al ser carentes de interés por no recaer sobre préstamos del Fed. Evidentemente, eso eliminaba el negocio seguro de los Bancos: pedir dinero prestado a la Fed a muy bajo interés, y comprar deuda del Tesoro al 3% o al 4%. La literatura conspirativa sobre este asunto como uno de los motivos de su asesinato es bastante abundante. Nada científica, en cualquier caso.

La verdad es que, si nos tomáramos en serio las advertencias de HAYEK, no nos extrañe nada que Jefferson, tal y como era la situación de los nuevos EE.UU., sospechara profundamente de la posición institucional de un Banco Central que, a fin de cuentas, pasaba a controlar la política económica en un equilibrio tan dudoso como desconocido con el Gobierno central, sobre todo, entendiéndolo muy bien que él venía de un Estado agrario del sur, de economía muy distinta al mundo más comercial del norte. Ya sabemos por cierto como se acaban resolviendo esas diferencias entre Norte y Sur en EE.UU. Y me parece que, en una posición no muy distinta, se encuentran los Estados nacionales con respecto a la Comisión y el BCE, o como nos matiza GARCÍA GUERRERO, respecto del ejecutivo económico del Unión.

¿Quién sería nuestro Estado comercial del norte? Alemania, y ¿qué ha hecho éste durante la crisis económica? La cuestión tiene su enjundia. En primer lugar, por primera vez, el Tribunal Constitucional Federal alemán le ha preguntado al TJUE (*preliminary ruling*) acerca de cuál es el derecho que impera, planteamiento que no hacía nunca, asumiendo casi siempre que prima el derecho alemán (sentencia Lisboa). En segundo lugar, lo que se cuestiona realmente es, ni más ni menos, si el BCE se ha saltado su mandato al llevar a cabo medidas de políticas económicas y no monetarias, e incluso que si estas políticas han incumplido la propia prohibición establecida por el TJUE, por la cual el BCE no puede financiar directamente a los Estados miembros –en definitiva, que esta institución no está habilitada para comprar deuda estatal y otorgar liquidez directamente–. Y para rizar aún más el rizo, la cuestión llega al Tribunal alemán porque el partido *Die Linke* (un partido alemán en cierta forma asimilable al Podemos español y al Syriza griego; de hecho han hecho giras juntos) plantea un conflicto entre órganos constitucionales al entender que el Gobierno había faltado a su obligación de promover la anulación de la política del BCE ante el TJUE por ser contraria a la legis-

lación europea, violando así los derechos fundamentales de los recurrentes. Es cierto que esto sucede en 2012, principios de 2013, y tanto Syriza como Podemos estaban entonces en contra de cualquier rescate o política impuesta, condición necesaria para acceder a la compra de Bonos estatales por parte del BCE, que es en lo que consistió fundamentalmente la política impugnada: en sus siglas en inglés OMT, «*Outright Monetary Transactions*». Y por cierto, es nuestro colega CRUZ VILLALÓN, el Abogado General encargado del caso, quien subraya que «the OMT programme is compatible with the TFEU, provided that, in the event of the programme being implemented, the timing of its implementation is such as to permit the actual formation of a market price in respect of the government bonds». Y en no muy distintos términos se ha mostrado el fallo del Tribunal correspondiente: «Los artículos 119 TFUE, 123 TFUE, apartado 1, y 127 TFUE, apartados 1 y 2, así como los artículos 17 a 24 del Protocolo (n.º 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, deben interpretarse en el sentido de que autorizan al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) a adoptar un programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios como el que se anunció en el comunicado de prensa al que se hace referencia en el acta de la reunión n.º 340 del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE) de 5 y 6 de septiembre de 2012». (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverfassungsgericht – Alemania) – Peter Gauweiler y otros / Deutscher Bundestag). (Asunto C-62/14)⁵.

2. EL MARCO NORMATIVO DE LA FED

No se plantea este problema en la Fed. La Reserva Federal es el Banco de un país y no de una zona monetaria que, como mucho, adopta la forma de una confederación de Estados. Y como explica muy bien LÓPEZ GARRIDO en «La Edad de Hielo», ésta es una diferencia esencial que quizá impida comparar directamente la política del BCE con la de la Fed. No obstante, también esta institución ha bordeado, durante esta crisis, su propio estatuto legal. ¿Cómo? Pues directamente gastando dinero intercambiando bonos del gobierno por activos tóxicos o, directamente incluso, adquiriendo estos activos y contabilizándolos en su balance. Es decir, hizo lo propio de una política fiscal que en

⁵ Un documento excepcional que muestra con bastante claridad lo sucedido con el BCE y el sector bancario es el informe denominado «Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos 2013», de la Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación n.º 51, ISBN: 978-84-616-6482-5. Un aspecto que, por ejemplo, debería interesar mucho a los españoles es el que se refiere a «Elementos básicos en el diseño del «banco malo» en España», escrito por Antonio Carrascosa (FROB).

teoría le corresponde al Gobierno y no a la Fed⁶. Y en todo caso, como refuerzo, en 2010 se incrementaron legislativamente las capacidades de supervisión de la Fed sobre la actividad bancaria⁷.

Lo analizaremos más adelante, ya que considero necesario detenerse antes en su marco normativo para entender de dónde surgen las competencias de la Reserva Federal y aquilatar su posición institucional.

La Ley de 1913 que establece la Reserva Federal, aunque modificada en numerosas ocasiones y actualmente en vigor, comienza de la siguiente manera:

«An Act To provide for the establishment of Federal reserve banks, to furnish an elastic currency, to afford means of rediscounting commercial paper, to establish a more effective supervision of banking in the United States, and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled. That the short title of this Act shall be the Federal Reserve Act».

Esta referencia proviene de la Ley del Congreso 6-38, *United States Statutes at Large 251*, promulgada el 23 de diciembre de 1913. También, podemos encontrarla, si bien dispersa en el *Título 12, Cap. 3, FRONT MATTER, Subcapítulo I, Definiciones, Organización y Normas Generales* que afectan al Sistema: *Sec. 226 del US. CODE*; y que se recoge, siendo característico del *US. CODE*, repartida en las distintas Secciones del *US. Code* y cómo ésta se ha ido actualizando. Y así, por ejemplo, en la *Sec. 227* encontraremos el *Banking Act de 1933*, y en la *Sec. 228 el Banking Act de 1935*⁸.

⁶ LÓPEZ GARRIDO, D.; *La Edad de Hielo*; RBA 2014.

⁷ Nos referimos a la muy conocida *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* y que en su archivo como Public Law es la *Pub.L. 111–203*. Como siempre, la ley ha quedado codificada de manera dispersa en el *US. Code*, estando por ej. una de sus principales novedades, la creación de una oficina de protección del consumidor «financiero» en el *Title 12 > Chapter 53 > Subchapter V > Part A > § 5491 Establishment of the Bureau of Consumer Financial Protection*. Pero volveremos a ello, porque no sólo decía una cuestión importante a cambio, en un claro juego de *check&balances* tan propios del common law.

⁸ Dejo aquí una nota que creo será de utilidad para cualquier investigador o lector que se enfrente a la legislación de los EE.UU.: ¿Qué son el *US. Code* y los *Status at Large*? El texto oficial de una Ley del Congreso es la versión final (*enrolled bill*) (tradicionalmente impresa en pergamino) presentada al Presidente después de pasar por el Congreso y el Senado para ser firmada o rechazada. Tras su promulgación, la ley original es enviada a la Oficina del Registro Federal (OFR) que forma parte de los Archivos Nacionales y Administración de Documentos (NARA). Obtenida su autorización por la OFR, la Oficina de Publicaciones del Gobierno distribuye copias individuales (*slip laws o Public Laws*). El archivero recopila volúmenes anuales de las leyes aprobadas y las publica como las *Uni-*

Se trata, tras el mencionado *First Bank of America* de Hamilton, de la tercera experiencia norteamericana, pues entre 1817 y 1828 existió el *Second Bank of America*. La ley es además fruto de la combinación de dos planes nombrados a través de sus impulsores, —como es propio en el sistema político norteamericano— *el plan Aldrich* y *el plan Vanderlip*⁹.

Sin duda alguna, la ley contemplaba una serie de modificaciones absolutamente sustanciales, tanto a nivel político como económico: La ley también contempló la creación de la *Federal Deposit Insurance Corporation*, lo que colocó a las operaciones de mercado abierto bajo responsabilidad de la Fed y estableció que las compañías bancarias conocidas como *holding* estuvieran bajo su supervisión, una práctica que tendría profundas implicaciones en el futuro. Además, como parte de estas reformas, Roosevelt retiró todos los certificados de oro y plata poniendo fin a dicho patrón monetario basado en oro y otros metales.

Por último, si bien casi veinte años después, la ley bancaria de 1935 introducirá cambios en la Junta de la Fed, denominada en adelante como *Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal*. Y tal y como funciona ahora, este órgano se conformará con siete miembros propuestos por el presidente y ratificados por el Senado para un periodo de 14 años. Con la reforma se eliminó, por tanto, la participación de los titulares del Tesoro y del Contralor de la Moneda en la Junta de Gobernadores de la Fed. Es decir, desapareció la representación del poder Ejecutivo en el máximo órgano decisorio de la política monetaria.

ted States Statutes at Large. Por ley, las *Statutes at Large* representan la «prueba legal» de las leyes aprobadas por el Congreso. Los *Statutes at Large*, sin embargo, no son una herramienta adecuada para la investigación jurídica. Están organizados en estricto orden cronológico por lo que leyes que abordan temas relacionados pueden estar dispersas en varios volúmenes. Las leyes, a menudo, derogan o enmiendan leyes anteriores por lo que son necesarias múltiples referencias cruzadas para determinar qué leyes están en vigor en cada momento.

El Código de los Estados Unidos es el resultado de un esfuerzo por hacer la búsqueda de las leyes pertinentes más sencillo, reorganizándolas por temas y eliminando secciones caducas o modificadas. Es decir, se «inventan» un código que no ha sido dictado por nadie, y que por tanto no es una Norma formal, sino que se compone de ellas. El Código es mantenido por la Oficina del Asesor de Revisión Legislativa (LRC) de la Cámara de Representantes de EE.UU. El LRC determina qué leyes de los *United States Statutes at Large* deben ser codificadas y qué leyes existentes se ven afectadas por las modificaciones o derogaciones ocurridas, o simplemente han expirado. En definitiva, investigando en el *US CODE* podremos encontrar más normas que afectan a la Fed y, por supuesto, al sistema bancario. En todo caso, el enlace directo a la ley en su versión actual sería: <http://www.federalreserve.gov/aboutthefed/fract.htm>

⁹ LOWENSTEIN, R.; *America's Bank: The Epic Struggle to Create the Federal Reserve*, Penguin Press 2015.

Estructuralmente no ha cambiado más, al menos sustancialmente. No obstante, como afirma LÓPEZ GARRIDO y tendremos ocasión de comprobar más adelante, sin modificar su estatuto parece que la Fed ha roto con la distinción entre política monetaria y política fiscal, llevando al extremo el cumplimiento de sus misiones.

Y eso lo ha podido hacer porque la Fed es el banco de un país en el que, dentro de su estructura federal, se cuentan con muchos mecanismos de unidad y, en este sentido, esta institución juega un papel esencial, tal y como ha demostrado con sus políticas, durante los períodos de crisis. Lo expresa la propia institución y me atrevo a aventurar, además, desde un sentido puramente americano (en los dólares americanos se puede leer: «*In God we trust*»), afirmación sobre la que no me atrevo a pronunciar. Explica la propia Fed en su página web:

«Who owns the Federal Reserve?»

The Federal Reserve System fulfills its public mission as an independent entity within government. It is not «owned» by anyone and is not a private, profit-making institution.

As the nation's central bank, the Federal Reserve derives its authority from the Congress of the United States. It is considered an independent central bank because its monetary policy decisions do not have to be approved by the President or anyone else in the executive or legislative branches of government, it does not receive funding appropriated by the Congress, and the terms of the members of the Board of Governors span multiple presidential and congressional terms.

However, the Federal Reserve is subject to oversight by the Congress, which often reviews the Federal Reserve's activities and can alter its responsibilities by statute. Therefore, the Federal Reserve can be more accurately described as «independent within the government» rather than «independent of government.»

The 12 regional Federal Reserve Banks, which were established by the Congress as the operating arms of the nation's central banking system, are organized similarly to private corporation – possibly leading to some confusion about «ownership.» For example, the Reserve Banks issue shares of stock to member banks. However, owning Reserve Bank stock is quite different from owning stock in a private company. The Reserve Banks are not operated for profit, and ownership of a certain amount of stock is, by law, a condition of membership in the System. The stock may not be sold, traded, or pledged as security for a loan; dividends are, by law, 6 percent per year».

Existen en este planteamiento muchos elementos dignos de análisis constitucional. Para empezar, su clara afirmación de que: «*the Federal Reserve can be more accurately described as «independent within the government» rather than «independent of government»*». En mi opinión esta considera-

ción tiene mucho que ver con lo que ya se ha mencionado antes: la Fed pertenece, es una institución, de la gobernanza federal de los EE.UU. Tal y como quería Hamilton para su *First Bank of America*.

Esta cualidad de independencia tiene además mucho que ver, en mi opinión, con el modelo político americano. El mecanismo es muy frecuente: nombramiento del máximo órgano por el Presidente, pero no vinculado a su mandato, refrendo del Senado y control del Congreso. No es la Reserva Federal un órgano constitucional, pero qué duda cabe que su naturaleza se define a través de un proceso constitucional no concebido específicamente para la Reserva Federal –sí para el nombramiento de otros altos cargos, como por ej. los magistrados– pero que aplicado a ésta, dota al órgano de las dos características propias del sistema de gobierno de los EE.UU. para otorgar legitimidad a las instituciones: una separación de poderes rígida que se combina magistralmente con la necesidad de colaboración entre los mismos¹⁰.

Ya veremos cómo en líneas generales –porque no resulta tan sencillo en cuanto al procedimiento utilizado– le corresponderá al Presidente de los EE.UU. realizar dos nombramientos como miembros del Consejo de Gobernadores de la Reserva Federal; si bien uno de ellos será el del Presidente, y éste tendrá que ser necesariamente escogido entre los miembros que ya forman parte del Consejo.

La Fed puede calificarse como agencia independiente, si nos atenemos a esa tipología tan mencionada cuando nos referimos a la Administración norteamericana, por ej., cuando nos referimos a la CIA. Aclaremos un poco esta cuestión ya que, en nuestra opinión, viene muy al caso.

El concepto de agencia independiente es altamente indeterminado. Ni la jurisprudencia, ni la ley, ni la doctrina han sido capaces de ofrecer un concepto unitario y homogéneo al respecto. A veces adoptan otras denominaciones, como comisiones, oficinas, establishments, administraciones, *board* o «consejos» etc... Entre la doctrina no faltan las suspicacias: «Se las admite como criaturas extrañas pero necesarias, como una parte integrante de la vida, como una molestia, tal vez» (GEOFFREY MILLER). «Ningún tema de Derecho Público es más intrigante que el que se relaciona con la legitimidad y constante validez de la Agencia Independiente» (PAUL VERKUIL). Como señala el catedrático de Derecho Administrativo ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA, el problema es que «cada Ley entiende de manera distinta el concepto de

¹⁰ Ahora bien, en el caso de la Reserva Federal, no es hasta la *Federal Reserve Reform Act de 1977* cuando se requiere para el nombramiento del Presidente y Vicepresidente el «*advice and consent*» del Senado. Entiendo que fue así porque en realidad el nombramiento de esos cargos es siempre una «promoción interna» entre los miembros ya nombrados de la Junta o Consejo de Gobernadores.

«Agency», por lo que la entidad que es una Agencia para una Ley puede no serlo para otra»¹¹.

En líneas generales, son creadas por ley del Congreso, la cual regulará la composición orgánica de la misma, su régimen jurídico, sus competencias y los objetivos que, con la creación de la misma, se pretenden conseguir. Son, en una opinión simplista, una especie de delegación del poder legislativo a través del establecimiento de una comisión. De hecho, el origen de las *Agencias Independientes* estriba en esta misma causa. El Congreso se vio saturado a los pocos años de echar a rodar y, para ello, instaló la práctica de crear comisiones delegadas que se encargarían de la regulación de un determinado sector económico o social. Así surgió la primera Agencia Independiente de la historia de EE.UU: la *Interstate Commerce Commission*.

Las que suelen ser catalogadas como *Agencias Reguladoras Independientes* están dirigidas por un órgano colegiado, cuyos miembros son elegidos por el Presidente y, en algunos casos, casi siempre, requieren la aprobación del Senado. Este órgano colegiado está presidido a su vez por un Director o Presidente ejecutivo nombrado por el Presidente de los EE.UU. Sus miembros, incluido su Presidente, dependiendo de la legislación que da lugar a cada Agencia, tendrán un mandato limitado o ilimitado. No podrán ser removidos de su cargo por el Presidente de EE.UU., salvo en supuestos tasados y *numerus clausus*: Incompetencia, abandono del servicio o conducta ilegal en el desempeño del cargo.

Tales rasgos que se acaban de exponer se enumeran a nivel general y son de régimen común, ello quiere decir que habrá que analizar la regulación originaria de cada una de las más de 300 agencias (entre ejecutivas e independientes) que existen para determinar sus especificidades, tal y como relata el profesor Moreno Molina. Mucho hemos oído hablar por ej. en estos días de la *Environmental Protection Agency* (EPA), a quién se le atribuyen los medios, la investigación y, también la oportunidad política, de discernir en el asunto Volkswagen. Una entidad que, por cierto, ha sido también objeto de polémica doctrinal, pues no se sabe bien si calificarla «*in the executive branch*» o «*whithin the government*».

¹¹ MORENO MOLINA, A.M.; *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Editorial: Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III de Madrid, Monografía, Madrid, 1996. Si bien tiene dos artículos más modernos en los que también hace referencia a la naturaleza política de las agencias de la administración norteamericana: «La reforma administrativa en los Estados Unidos: El Plan del Presidente Clinton», *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, n.º 134, 1994, págs. 521-542; y «Los modelos de administración por agencias en el derecho comparado: especial referencia a los Estados Unidos», *Foro de Seguridad Social*, ISSN 1578-4193, n.º 21, 2009, págs. 174-184.

Siguiendo la clasificación realizada por el mismo Moreno Molina, la Agencias pueden clasificarse sucintamente del siguiente modo:

Respecto a su Localización:

1. Agencias dentro de un Departamento (*agency within an executive department*).
2. Agencias Independientes dentro del poder Ejecutivo (*In the executive branch*).
3. Agencias independientes fuera del poder ejecutivo (*Independent Establishment*).

Respecto a sus Competencias:

1. Agencias Reguladoras Independientes (*Independent Regulatory Commissions*).
2. Agencias Independientes con poderes de resolución (*Independent Adjudicatory Commissions*).

Es importante señalar que la mayoría de las agencias poseen tanto la facultad reguladora como la de resolución o adjudicadora; ostentar una facultad no excluye poseer otra.

Como podemos deducir, la Fed se sitúa en el primero de ambos criterios de clasificación.

En general, las *Independent Regulatory Commissions* ejercen la potestad de *regulation*: Tal potestad no se puede asimilar en castellano a la de capacidad normativa. Este tipo de Agencias, las cuales son la amplia mayoría, tienen competencias para regular mediante reglamentos/normas diferentes, en áreas sectoriales de la economía y de la sociedad (*economic regulation & social regulation*). Dictan pues, disposiciones de carácter general con fuerza de ley y de obligado cumplimiento. Por otra parte, la *rulemaking*, contempla en su esencia el mismo trámite legislativo ordinario de audiencia del Congreso. En la elaboración del *Rule* o reglamento han de observarse las pautas que recoja cada *enabling act* de cada agencia, siendo destacable además que, en cada una de ellas, existe un trámite de audiencia obligatorio para todos los interesados en el reglamento que se esté elaborando, tal y como establece la *Regulatory Flexibility Act* de 1980.

Por último, no menos importante es su característica federal. El carácter federal de esta institución y el modo en que se formaliza su estructura tiene mucho que ver, en mi opinión, con el proceder americano de hacer política.

3. LOS MECANISMOS REPRESENTATIVOS DE LA FED

Siguiendo con la pregunta de quién posee la reserva federal, cabe recordar la obligación que tienen los Bancos Nacionales de pertenecer a la Reser-

va Federal, estando asimismo obligados a cumplir ciertas condiciones, lo que supone una elevada composición de la Reserva Federal en su carácter privado. Tal y como subraya la propia Fed:

«Approximately 38 percent of the 8,039 commercial banks in the United States are members of the Federal Reserve System. National banks must be members; state-chartered banks may join if they meet certain requirements. The member banks are stockholders of the Reserve Bank in their District and as such, are required to hold 3 percent of their capital as stock in their Reserve Banks.

Other Depository Institutions

In addition to the approximately 3,000 member banks, about 17,000 other depository institutions provide the American people checkable deposits and other banking services. These depository institutions include nonmember commercial banks, savings banks, savings and loan associations, and credit unions. Although not formally part of the Federal Reserve System, these institutions are subject to System regulations, including reserve requirements, and have access to System payments services».

Dos cuestiones esenciales:

1. Los bancos miembros están obligados a depositar el 3% de su capital total en acciones en su banco de la reserva que les corresponde.
2. Los bancos no miembros y cualquier entidad de crédito que opere en el mercado quedan sometidos a la regulación dictada por la Reserva Federal, entre ellas la obligación de reservas de capital. Y por supuesto, tienen acceso a los servicios bancarios federales que provee la Fed para operar.

La participación económica de los intereses privados representados en todo el país en el seno de la Reserva Federal es, en mi opinión, una característica esencial de esta institución, por lo que, no sin cierta razón, se le ha venido calificando de privada. Y ello incorpora sin duda un elemento de representación y unidad innegable. Y de nuevo, viene a ser un modelo propio y característico de los EE.UU., donde los intereses privados representados como tal, sin máscara, encuentran vías directas de representación en todos los ámbitos. Estoy por supuesto pensando en los *Lobbies*, pero también en muchos otros colectivos y actividades públicas.

3.1. *The Federal Reserve Board*

Existe una distinción formal, de carácter didáctico básicamente, pero que se utiliza mucho en la literatura económica, y desde la propia Fed. Se trata de distinguir entre *The Federal Reserve Board*, de la que forma parte evidentemente el *Board of Governors*, –lo que se conoce como Junta de Gobernado-

res, con el Presidente de la Reserva Federal a la cabeza, pero también los *Advisory Councils*; y la *The Federal Reserve System*, de la que forman parte los Bancos Federales de la Reserva Federal repartidos por el territorio nacional. Se trata, en definitiva, de diferenciar, por tanto, los órganos centrales y los estatales.

En cuanto a su máximo órgano, el *Board of Governors*, tan abundantemente citado en la literatura económica, se encuentra regulado en la Section 10 y siguientes, de la Federal Reserve Act¹².

«The Board of Governors of the Federal Reserve System (hereinafter referred to as the «Board») shall be composed of seven members, to be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate, after August 23, 1935, for terms of fourteen years except as hereinafter provided, but each appointive member of the Federal Reserve Board in office on such date shall continue to serve as a member of the Board until February 1, 1936, and the Secretary of the Treasury and the Comptroller of the Currency shall continue to serve as members of the Board until February 1, 1936. In selecting the members of the Board, not more than one of whom shall be selected from any one Federal Reserve district, the President shall have due regard to a fair representation of the financial, agricultural, industrial, and commercial interests, and geographical divisions of the country. In selecting members of the Board, the President shall appoint at least 1 member with demonstrated primary experience working in or supervising community banks having less than \$10,000,000,000 in total assets. The members of the Board shall devote their entire time to the business of the Board and shall each receive basic compensation at the rate of \$15,000 per annum, payable monthly, together with actual necessary traveling expenses».

¹² Este sería otro de los ejemplos que sirven perfectamente para ilustrar lo que queríamos explicar antes sobre el modo de codificar propio de los EE.UU. Si uno consultara únicamente la Federal Reserve Act, Section 10, encontraría el artículo original. La ley no se encuentra codificada de forma vigente. No obstante, en el *US. Code. Title 12, Chapter 3, Subchapter II, Board of Governors of the Federal Reserve System §241. Creation; membership; compensation and expenses*, puede encontrarse la versión vigente de ese artículo, que por cierto, fue modificado el 12 de enero 2015, Ley 114-1 Section 109, 120 Stat 9, del *Public Law Print*, y no del boletín oficial de *Statutes at large*, tal y como indica el propio US. Code, que recoge, toda la vida del artículo y las distintas disposiciones que han ido afectando a su redacción: (Dec. 23, 1913, ch. 6, §10 (par.), 38 Stat. 260; June 3, 1922, ch. 205, 42 Stat. 620; Aug. 23, 1935, ch. 614, title II, §203(b), 49 Stat. 704; Pub. L. 114-1, title I, §109(a), Jan. 12, 2015, 129 Stat. 9.). Como puede constatarse la primera referencia se remite evidentemente a la Ley original. Todos los artículos referentes al Board se regulan en este Subchapter II, correspondiendo a las Section 10 y siguientes de la Ley, tal y como se encuentran vigentes a día de hoy.

Llegados a este punto convendría llamar la atención sobre dos cuestiones. La primera, ya la habíamos mencionado de pasada. Como se desprende del propio artículo, la representación del Ejecutivo desapareció del *Board* el 1 de febrero de 1936.

La segunda cuestión se conecta con su dimensión representativa, ya que se cubren dos ejes claros: el territorial, y también el de los intereses económicos: In selecting the members of the Board, not more than one of whom shall be selected from any one Federal Reserve district, the President shall have due regard to a fair representation of the financial, agricultural, industrial, and commercial interests, and geographical divisions of the country. Cabe hacer notar que incluso la cualidad de estos intereses aparecen, en alguna medida, cuantificados: the President shall appoint at least 1 member with demonstrated primary experience working in or supervising community banks having less than \$10,000,000,000 in total assets¹³.

Pues bien, este principio de «representación justa» de los intereses económicos, en relación además con el territorio, se establece, como tendremos ocasión de analizar, de forma transversal y de abajo a arriba en toda la configuración de la Reserva Federal¹⁴ y de manera tan explícita como lo está en la propia formación del Consejo. Merece la pena destacar este modo de representación de intereses, prácticamente desconocido en Europa, y desde luego en el BCE.

Existe además una última dimensión político-representativa de carácter más convencional que no habíamos mencionado anteriormente. El modo de legitimación de estas agencias «*within the government*» está estrechamente vinculado al nombramiento político de sus órganos directivos. Y como ya antes mencionábamos, el sistema se configura de tal modo que, en general, a cada Presidente le corresponde siempre al menos un mínimo de nombramientos.

¹³ Por cierto, que la parte final del artículo se refiere claro está a dietas. Los sueldos de los miembros del *Board*, tal y como contaba el *Huffington Post* en 2014, fueron precisamente objeto de una pregunta a la Reserva Federal en virtud del *Freedom of Information Act*, por cierto, recogida en el *US. Code § 552*, y que a su vez es la *Public Law n.º 110-175, 121 Stat. 2524* de 2007. La respuesta de la Fed fue la publicación de los salarios de los miembros del *Board*, lo que por cierto dio lugar a un debate público por considerarse bajos. http://www.huffingtonpost.com/2014/10/17/federal-reserve-pay-janet-yellen_n_6001202.html. La *Freedom of Information Act*, al menos parcialmente, puede considerarse por su contenido homóloga a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno española.

¹⁴ De hecho, está presente de abajo arriba proporcionalmente de mayor a menor medida. Efectivamente, de una lectura de los CVs de los miembros del *Board* actual, se desprende, como no podría ser de otra manera, su perfil político, pero no su relación con un sector concreto de la economía. Como veremos eso no es así cuando se desciende de los puestos directivos dentro del *Federal Reserve System*.

Como establece la ley, en un artículo bastante complejo que traduzco de modo que se entienda un poco mejor, los miembros del Consejo o Junta –como prefiramos– son inelegibles para cualquier otro puesto, cargo o empleo en cualquier otro banco asociado, durante todo el tiempo de su mandato y durante los dos años posteriores al mismo, aunque esta restricción no será aplicable para quienes hayan servido durante el mandato completo para el que fueron elegidos. Al término del periodo de mandato de cualquier miembro designado en el Consejo del Banco Federal, y según la regulación bancaria de 1935, el Presidente [de los EE.UU.] determinará el plazo del mandato de su sucesor para un periodo que no exceda del plazo de 14 años, tal y como en su día así lo fijó el Presidente con motivo de su nombramiento, pero de tal modo que se asegure de que no vaya expirando el mandato de más de uno de los miembros del Consejo en cada periodo de dos años, y de que cada miembro ejerza su cargo para un periodo de 14 años desde que expiró mandato de su predecesor, a no ser que éste sea removido con anterioridad y por causa motivada, por el propio Presidente. De entre las personas así nombradas, una será designada por el Presidente, con audiencia y consentimiento del Senado, para ejercer como Presidente del Consejo para un periodo de 4 años y otros 2 serán también nombrados por el Presidente, con audiencia y consentimiento del Senado, para ejercer como Vicepresidentes del Consejo, cada uno de ellos por un periodo de cuatro años, uno de los cuales ejercerá en ausencia del Presidente del Consejo, tal y como se establece en el párrafo cuarto de la sección, y el otro será designado Vicepresidente de Supervisión. El Vicepresidente de Supervisión pondrá en marcha las recomendaciones del Consejo referidas a la supervisión y regulación de la entidad de depósito, las empresas asociadas y otras entidades financieras que estén bajo la supervisión del Consejo, vigilando la supervisión y regulación de las mismas. El Presidente del Consejo, sometido a su supervisión, será su representante ejecutivo en activo. Todo miembro del Consejo hará y suscribirá su acta de juramento en el plazo de 15 días tras la comunicación de su nombramiento. Al finalizar el término de su mandato, los miembros del Consejo seguirán ejerciendo sus funciones hasta que sus sucesores hayan sido designados y cualificados como tales. Ningún miembro del Consejo que haya sido designado a partir de la fecha de aprobación de la Ley Bancaria de 1935, será reelegible para un nuevo nombramiento como tal, una vez que haya ejercido como tal durante un periodo completo de 14 años. (US. Code § 242 – *Ineligibility to hold office in member banks; qualifications and terms of office of members; chairman and vice chairman; oath of office*).

La verdad es que el sistema tiene su complejidad, y su finalidad se centra básicamente en procurar que un mismo Presidente no tenga la capacidad de realizar más de dos nombramientos cada dos años, lo que casi siempre sucede. No obstante, se dan muchas variables. Para empezar, se producen nume-

rosas vacantes, pues casi nadie cumple sus mandatos íntegros de 14 años. Además, nada obliga a nominar a nadie por un periodo de 14 años, aunque se suele hacer, pero no siempre. Y, por último, se puede nombrar a un Gobernador por el término de años que restan de una vacante, y posteriormente nombrarle de nuevo o bien por 14 años más, o bien por el número de años que le restan hasta cumplir 14. Ambos casos se dan con frecuencia. Y para rizar el rizo, si se es nombrado Presidente o Vicepresidente, ese tiempo no cuenta como miembro del Consejo, con lo que se puede ser Presidente 4 años y 14 años formar parte del Consejo. Además, las plazas tienen sus periodos «*terms*» de dos años para su cobertura (de ahí que, en ocasiones no puedan cubrirse), que comienzan los 1 de febrero y que no están condicionadas al momento de renuncia del Gobernador de turno. Y como hemos señalado, las renunciaciones son muy frecuentes¹⁵, lo que abre muchas posibilidades. No obstante, si se comprueba la lista de miembros del Consejo desde 1935, puede apreciarse una periodicidad bastante estable.

3.2. *The Federal Reserve System*

Los órganos fundamentales del *Federal Reserve System* son evidentemente los 12 Bancos Federales de la Reserva Federal desplegados en el territorio de los EE.UU. Esta división proviene de la batalla del Presidente W. Wilson contra el *Plan Aldrich* que, en un primer momento, se concibió para que se extendieran sucursales por todo el país.

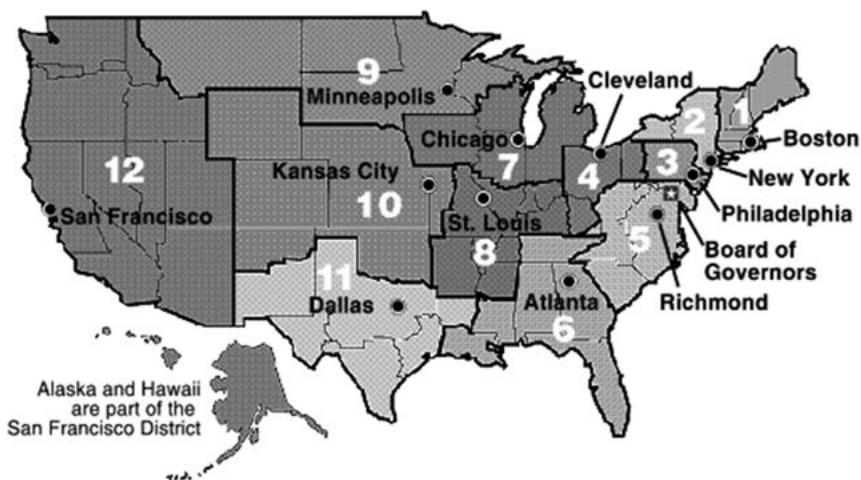
Finalmente, y tras la aprobación de la ley en 1913, se nombró un Comité de Organización integrado por el Secretario del Tesoro, William g. McAdoo (principal opositor del *Plan Aldrich* y valedor del *Plan Vanderlip*), el Secretario de Agricultura, David f. Houston y el Contralor de la Moneda, John Skelton Williams, designado posteriormente.

La tarea fundamental del Comité era la de elegir las ciudades para asentar los bancos de la Fed regionales y dividir el territorio en distritos. Los criterios fundamentales para la configuración de los distritos y la elección de las sedes fueron: la capacidad de los bancos miembros dentro del distrito para poseer un capital mínimo de 4 mil dólares requerido para cada banco de la Fed conforme a la ley, las conexiones mercantiles, industriales y financieras existentes en cada distrito, la capacidad distrital del banco del Fed para atender la demanda de los negocios que existen en cada localidad, factores geográficos junto a la

¹⁵ Por ej., en la actualidad hay 5 miembros en la Junta o Consejo. Sarah Bloom Raskin, que era miembro del *Board* hubo de presentar su dimisión cuando Obama la nombró *United States Deputy Secretary of the Treasury*, convirtiéndose en la mujer de más alto rango en la historia del todo poderoso Departamento del Tesoro de los EE.UU. Su vacante aún no está en «*term*» de ser cubierta.

disponibilidad de red de transporte y comunicación existentes, la población, el área y las actividades de negocios que prevalecían en los distritos¹⁶.

El resultado, invariable desde 1913, y también en la cuestión de los directores que veremos más adelante, fue el siguiente. Los 12 Bancos Federales de la Reserva Federal se encuentran en: Atlanta, Boston, Chicago, Cleveland, Dallas, Kansas, Minneapolis, Nueva York, Filadelfia, Richmond, San Luis y San Francisco. Y su distribución territorial, o la conformación de sus distritos, es la siguiente:



Fuente: <https://www.federalreserve.gov/otherfrb.htm>

En cuanto a su regulación, se encuentran en la *Section 4. Federal Reserve Banks* (Chapter 12 US. Code § 308) por cierto, como recoge el US. Code «*part of original Federal Reserve Act; not amended*».

Y en cuanto a la dimensión representativa antes señalada, ésta se repite en la figura de los Directores, la cual se muestra de nuevo típicamente americana, signifique eso lo que signifique. Existen en cada Banco «*A nine-member board*», como *Head-office directors*. Cada *Board* se divide a su vez en tres tipos de directores:

- Class A directors – elegidos por los bancos miembros de ese distrito, y que pertenecen al Banco Federal en los términos que señalábamos al

¹⁶ TALLMAN E, MOEN J.; «Lesson from the panic of 1907», disponible en el *Federal Reserve Bank of Atlanta*, <https://www.frbatlanta.org/-/.../ern390tallman.pdf>.

principio (y que tienen al menos el 3% de sus reservas de capital en el Banco Federal de su distrito), siendo nombrados «*to represent those banks*».

- Class B directors – elegidos también por esos mismos bancos miembros, pero que, en lugar de representar a dichas entidades, deben ser nominados «*to represent the public with due, but not exclusive, consideration to the interests of agriculture, commerce, industry, services, labor, and consumers*». Es decir, para representar al tejido empresarial y social de la zona.
- Class C directors – elegidos también «*to represent the public with due but not exclusive consideration to the interests of agriculture, commerce, industry, services, labor, and consumers*», si bien, al representar en cierta medida el interés general, son nombrados directamente por el *Board of Governors*.

Una distinción doctrinal básica que se deriva de esta regulación es considerar a los directores tipo A como «*banking representatives*», mientras que a los directores de clase o tipo B y C se les denomina «*representative of the public*». Creo que este tipo de calificación nominal que reciben estos cargos electos es bastante ilustrativo de su finalidad y alcance representativo.

Hay que tener en cuenta, además, la existencia de numerosos «*branches*» en la mayoría de los Bancos Federales, que reproducen la misma estructura de mando, o directiva, si bien es cierto que pueden tener un número más reducido de directores en consideración a su tamaño¹⁷.

La Fed publica anualmente un cuadro con la representación exacta de sectores económicos en relación al número de directores dentro del *Federal Reserve System*, lo que demuestra la preocupación que conlleva esta dimensión representativa en la configuración de la institución. Es el siguiente:

¹⁷ Act 1913. Section 3. Branch Offices:

1. *Establishment of branches of reserve banks*

The Board of Governors of the Federal Reserve System may permit or require any Federal reserve bank to establish branch banks within the Federal reserve district in which it is located or within the district of any Federal reserve bank which may have been suspended. Such branches, subject to such rules and regulations as the Board of Governors of the Federal Reserve System may prescribe, shall be operated under the supervision of a board of directors to consist of not more than seven nor less than three directors, of whom a majority of one shall be appointed by the Federal reserve bank of the district, and the remaining directors by the Board of Governors of the Federal Reserve System. Directors of branch banks shall hold office during the pleasure of the Board of Governors of the Federal Reserve System. [12 USC 521. As amended by act of June 21, 1917 (40 Stat. 232)].

Sector (non-bankers)	Directors
Accounting	0
Agriculture and Food Processing	13
Architecture	1
Consumer/Community	19
Education	10
Energy, Mining and Extraction	8
Engineering	2
Financial Services (non-banking)	12
Health Care Delivery	12
Information Technology	9
Insurance	4
Labor	6
Law	4
Manufacturing	25
Media, Marketing, and Public Relations	0
Nonprofit/Business Groups	3
Pharmaceuticals	1
Publishing	0
Real Estate and Construction	9
Real Estate Brokerage	2
Services (miscellaneous)	19
Telecommunications	3
Transportation	13
Utilities	8
Wholesale and Retail Trade	18
Total (non-banker directors)	201
Total banker directors	70
Vacancies	3
Total directorships	274

Fuente: <http://www.federalreserve.gov/aboutthefed/directors/sectors-by-directors.htm>

Evidentemente, la representación más alta continúa siendo la del sector bancario, no en vano acapara 36 puestos fijos en los Bancos Federales y que, en analogía con las estructuras precedentes, viene a alcanzar un tercio aproximado de representación en los Consejos de los «Branches», sin que, no obstante, la ley obligue a ello. De hecho, según se desprende del cuadro anterior, 1/3 de 274 directores es 82.2, siendo por tanto la representación del sector bancario ligeramente menor en los «Branches».

A efectos de ilustrar con un poco más de detenimiento el alcance de la cualidad de Director como «*representative of the public*» he escogido el nombramiento de Sophie Minich, para el *Seattle Branch Federal Reserve Board* el 1 de septiembre de 2015. Y ello porque reúne las tres cuestiones fundamentales para su nombramiento como tal:

- La representación de un sector económico concreto.
- La representación de un sector poblacional concreto ya sea desde un punto de vista racial o territorial.
- Una demostrada capacidad de intervención social en el sector económico y territorial de modo que prácticamente se trataría de personalidades con «liderazgos sociales», o más bien económicos pues así se miden, consolidados.

La propia página web del banco¹⁸ señalaba en su día que:

«The Board of Governors of the Federal Reserve System has appointed Sophie Minich, president and CEO, Cook Inlet Region, Inc. (CIRI), to the Seattle Branch board of directors. The appointment was effective September 1, 2015. Ms. Minich was appointed to provide insights on her respective business sector and offer observations on the economy.»

CIRI is one of 12 land-based Alaska Native regional corporations created by the Alaska Native Claims Settlement Act of 1971. CIRI's business lines include energy development, oilfield and construction services, real estate, and tourism and hospitality. CIRI is Southcentral Alaska's largest private landowner with approximately 1.3 million acres. Other land holdings are located in Texas, Arizona, California and Hawaii. CIRI has approximately \$1 billion in assets».

SOPHIE MINICH es por supuesto nativa de Alaska.

Una última cuestión a tener en cuenta son las diferencias y límites, en cuanto a incompatibilidades, para la elección de los directores de Clase B y C. Efectivamente, esa representación «*of the public*» es diferente en ambas figuras.

¹⁸ <http://www.frbsf.org/our-district/press/news-releases/2015/sophie-minich-appointed-seattle-branch-federal-reserve-board/>

Si bien ambas figuras, en contraposición a los Directores de Clase A, tienen una evidente incompatibilidad laboral con cualquier puesto en instituciones de crédito supervisadas por la Fed¹⁹, la diferencia esencial residiría en su capacidad de ostentar determinados intereses empresariales, muy especialmente en estas entidades de préstamo (*loan and savings*). En esencia, frente a los directores de Clase B, que si cumplen en sus compañías determinados mínimos se les permite su participación, los directores de Clase C están muy limitados al respecto, «*may not own stock in any savings and loan holding company unless the total of all banks and savings associations owned by the company falls below a de minimis threshold. Under no circumstances may a Class C director hold a controlling interest in a supervised savings and loan holding company*»²⁰.

Quizá convenga recordar aquí que los directores nombrados para el puesto no pierden su condición laboral previa ni desempeñan su labor al frente del *Board*, en régimen de exclusividad «*fulltime*». De ahí la importancia del régimen de incompatibilidades aplicable. Por reflejarlo de un modo más sencillo, los directores de Clase B siguen siendo personalidades de un altísimo nivel adquisitivo y de gran participación en el sector financiero, los directores C no. O al menos no tanto.

En definitiva, lo que se pretende subrayar en este punto es que la explícita representación de los intereses privados a través de los Directores de los Bancos y *Branches* del sistema de la reserva federal no es única en los Bancos Centrales, pero sin duda viene a ser la más radical²¹. Cabe apuntar que gran parte de las limitaciones o incompatibilidades aplicables al ejercicio de esta función han sido introducidas por ley, aunque algunas se han producido por cuestiones de política de nombramientos. Volveremos a ello para matizar algunas cuestiones en el siguiente apartado V.

¹⁹ En concreto: • *bank* • *bank holding company* • *branch or agency of a foreign bank* • *savings association* • *credit union* • *designated financial market utility* • *systemically important financial institution* • *Edge Act or agreement corporation* • *a subsidiary of any such company or entity*).

²⁰ http://www.federalreserve.gov/aboutthefed/directors/pdf/roles_responsibilities_FINALweb013013.pdf. En este pdf. publicado por la Fed, se recoge en su página 26 un cuadro perfectamente ilustrativo de las limitaciones e incompatibilidades de los directores diferenciados por su pertenencia a la Clase A, B o C. Por poner un ejemplo, que se aprecia en el cuadro a golpe de vista: un director de Clase B puede ser accionista (*stockholding*) de un Fondo de riesgo supervisado por la Fed (*Edge Act and agreement corporations*), por ejemplo del Santander, que está en NYC, mientras que un Director de Clase C no. Todo ello en realidad se realiza desde una perspectiva de conflicto de intereses.

²¹ LARS FRISSELL, KASPER ROSZBACH, GIANCARLO SPAGNOLO; «Governing the Governors: A Clinical Study of Central Banks», August 31 – September 1, 2006, Sveriges Riksbank working papers. Disponible: www.riksbank.se

3.3. *La oficina de la Diversity&Inclusion y la Equal Employment Opportunity Commission*

También cabe descender aún más en el escalafón y analizar también alcance de la representatividad en el nivel de la propia selección del personal del *Federal Reserve System*. De hecho, la oficina de *Diversity&Inclusion* es una oficina dedicada exclusivamente a ello.

Si bien estructuralmente se encuentra bajo la supervisión del *Board of Governors* y, por tanto, es un órgano suyo, su conformación refleja, como siempre, una estructura federal adaptada exactamente al *Federal Reserve System*, contando con oficina propia en todos los *Boards* y *Branches*. Por eso la incluimos aquí. La propia Fed es explícita al respecto:

«*In January 2011, the Federal Reserve System established offices to promote diversity and inclusion at the Board and at the 12 Federal Reserve Banks. The offices build on the Federal Reserve System's long-standing efforts to promote equal employment opportunity and diversity, and will continue to work to foster diversity in procurement, with a focus on minority-owned and women-owned businesses. In addition to promoting diversity at the Board and throughout the System, the Board's Office of Diversity and Inclusion will play an integral role in the development of standards to assess the diversity practices at entities regulated by the Federal Reserve.*»

Bajo este prisma, y con la supervisión de *Board of Governors* en colaboración con el resto de entidades, la oficina ha ido publicando el *EEO-1 Survey Data-report*, correspondiendo las siglas EEO a la *Equal Employment Opportunity Commission*, cuya única misión es prácticamente la elaboración de este informe (si bien el último que consta es el de mayo de 2015). A efectos ilustrativos cabe subrayar que este informe²² se estructura sobre dos ejes: el puesto de trabajo (desde *Governors* hasta «*service workers*») y el origen racial o étnico, a su vez desglosado en hombre y mujer²³.

Por ejemplo, el total de mujeres trabajadoras en la Fed «*black or African American*» es del 13'24%, mientras que el de hombres de la misma categoría sería del 9'57%. No obstante, en la categoría superior de trabajadores (*Exec. Senior Level Managers, Governors, Officers*) los varones «*black or African American*» representarían un 5'15% del total y el de mujeres de la misma categoría un 7'35%, mientras que los hombres «*Whi-*

²² <http://www.federalreserve.gov/aboutthefed/diversityinclusionrpt.htm>

²³ Transcribo las categorías de este bloque: *Hispanic or Latino* y dentro de *Non-Hispanic*: *White, Black or African American; Asian; Native Hawaiian or Other Pacific Islander; American Indian or Alaska Native; Two or More Races*.

te» a este nivel superior suponen el 48'53% de los empleados, descendiendo al 35'81% en el total.

En mi opinión, este tipo de clasificación no sería posible en Europa ni comparable con la situación del BCE y la participación de los Bancos nacionales en su seno²⁴. Se trata de dos tipos de integración y representatividad bien distintas.

4. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LAS RELACIONES «POLÍTICAS» Y CAPACIDADES DE INTERVENCIÓN DE LA FED EN EL MERCADO FINANCIERO

En líneas generales, se ha enunciado insistentemente –y así lo hace la propia Fed– aunque no conste de este modo en la Ley, que el Sistema de Reserva Federal tiene asignadas cuatro responsabilidades principales:

- Instrumentar la política monetaria nacional incidiendo en las condiciones monetarias y crediticias de la economía, buscando el nivel máximo de empleo, la estabilidad de precios y unos tipos de interés moderados a largo plazo.
- Supervisar y regular las instituciones bancarias para proteger el sistema bancario y financiero del país y proteger los derechos crediticios de los consumidores.
- Mantener la estabilidad y contener los riesgos que puedan surgir en el sistema financiero.
- Proveer los servicios financieros que requieran las instituciones de depósito, el gobierno y los organismos oficiales extranjeros.

Y en cuanto a la política monetaria, que sí recoge la Ley como tal, ésta siempre distingue entre objetivos e instrumentos:

1. Los objetivos de política monetaria son los establecidos en la propia Ley de la Reserva Federal, la cual establece que la Junta de Gobernadores y el Comité de Operaciones de Mercado abierto deben tratar de alcanzar los objetivos de²⁵:

²⁴ Sobre el BCE y su configuración, ARROYO GIL A. y GÍMENEZ SÁNCHEZ, Isabel M., «Otras instituciones (Tribunal de Cuentas y BCE) y organismos de la UE», en LÓPEZ CASTILLO, A., *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2015.

²⁵ Ley de la Reserva Federal: *Section 2a. The Board of Governors of the Federal Reserve System and the Federal Open Market Committee shall maintain long run growth of the monetary and credit aggregates commensurate with the economy's long run potential to increase production, so as to promote effectively the goals of maximum employment, stable prices, and moderate long-term interest rates.*

- Máximo empleo
 - Precios estables
 - Moderados tipos de interés a largo plazo
2. El Sistema de la Reserva Federal utiliza tres instrumentos principales en la instrumentación de la política monetaria:
- a) Operaciones de Mercado Abierto. A través de la compra y venta de instrumentos financieros, la Fed regula el dinero en circulación. Con más dinero disponible, los tipos de interés tienden a reducirse, y así más dinero es prestado y gastado y viceversa.
 - b) Coeficiente de reservas. Un banco miembro presta la mayor parte del dinero depositado en él. Si el Fed dice que deben quedarse con una mayor reserva, la cantidad de dinero que un banco puede prestar disminuye, haciendo los créditos más inaccesibles y provocando alzas en los tipos de interés.
 - c) Tipos de Descuento. Modificaciones en el tipo de interés a la cual los bancos pueden pedir dinero al Sistema de Reserva Federal. Bancos miembros pueden pedir préstamos de corto plazo al Fed. El interés que cobra el Fed a los bancos por los préstamos es llamado Tipo de Descuento.

Teniendo en cuenta estas premisas y, por tanto, con la idea clara de que el empleo sí es un objetivo de la Fed, es como hay que acabar entendiendo la introducción de las *Quantitative Easing* (Q1, Q2 y Q3) y todas aquellas medidas frente a la crisis económica adoptadas desde 2008 en adelante y que pusieron de manifiesto el gran poder de la Reserva Federal, su comprensión de la situación y sus posibilidades de manejo de la misma; y en el otro lado del Atlántico, los múltiples problemas del BCE.

Efectivamente, como afirma LÓPEZ GARRIDO, las *Quantitative Easing* han supuesto, entre otras cosas, «un cambio histórico» en la política monetaria y en las de un Banco Central. La Fed ha vinculado sin complejos toda su política monetaria a la situación global de la economía y a la contención del déficit, derribando así los «muros artificiales construidos durante tantos años entre la política fiscal y la monetaria, y entre la política monetaria convencional y no convencional». La prueba más clara ha sido la vinculación de la subida de los tipos de interés, aún cercanos al 0%, al descenso del empleo; inclusive, bajo el nuevo mandato de Janet Yellen, Presidenta del Consejo de Gobernadores de la Reserva Federal desde febrero de 2014, primera mujer en dicho cargo en la historia de esta institución, se han introducido elementos de consideración para la política monetaria ligados siempre al refinamiento de esta relación, como viene a ser la consideración de la tasa de trabajadores en desempleo de larga duración.

En definitiva, la Fed «ha inaugurado una nueva era al convertir en doctrina pública un objetivo que ya formaba parte –aunque apagadamente– de su estatuto legal: la lucha contra el desempleo»²⁶.

4.1. *La importancia de la función de los Federal Banks y su misión representativa*

Existe una estrecha relación y una ingente cantidad de estudios –si bien de carácter cuantitativo– sobre la relación entre la gobernabilidad de la Fed y su relación con los «*Directors representative of the public*». La idea básica subyacente obedece a una tensión característica en el *common law*. Según la propia Junta de Gobernadores de la Fed:

«Although the Federal Reserve considers the principal business affiliation and experience of directors in the selection process, directors are not supposed to be champions of any special interest or constituency. Once becoming a director, an individual is expected, like members of the Board of Governors, to act objectively and in the public's best interest.» (Board of Governors of the Federal Reserve System 2001). «Finally, the act charges each board of directors with administering the affairs of the Reserve bank «fairly and impartially and without discrimination in favor of or against any member bank or banks.»» Board of Governors of the Federal Reserve System (2001).

En definitiva, la razón para representar a los intereses privados en los Bancos Federales a través de sus Consejos, es porque ello debe beneficiar al interés público. Dado que sus acciones tienen influencia en los ciudadanos, en sus intereses, éstos deben poder tener influencia en las decisiones de la Fed²⁷. Merece la pena aludir a que exactamente la misma idea estuvo ya presente en E. Burke cuando defiende casi con vehemencia en «*Reflections on the Revolution of France*» la importancia de la circunscripción local de los parlamentarios y su apego a la misma, insistiendo a su vez en la necesaria representación de los intereses nacionales y generales que debe enarbolar este diputado, alejándose sin pudor, cuando sea necesario, de los intereses de

²⁶ LÓPEZ GARRIDO, D., *La Edad de Hielo*, op. cit. Pags. 197 y ss. y las citas págs. 203 y 205 respectivamente. También para un magnífica explicación del contenido de las Q1, Q2 y Q3 respectivamente y el contenido de sus medidas.

²⁷ ADAMS RENÉE B., «Who directs the Fed», disponible en: www.lse.ac.uk. Renée Adams es una de las mayores expertas a nivel mundial en el concepto de «gobernanza» y trabajó en *el Federal Reserve Bank of New York* siendo sueca, si bien es PhD y Master en las Universidades de Chicago y Stanford. Actualmente es *Professor of Finance, Commonwealth Bank Chair in Finance Australian School of Business, University of New South Wales*.

sus propios electores. Negando en rotundo dicho autor, por supuesto, cualquier mandato imperativo.

En el caso de la Fed, parece que existe un cierto acuerdo doctrinal en que sean los *public representatives* una pieza clave a la hora de detectar y minimizar la «carga legislativa», o más bien el peso burocrático bancario sobre los ciudadanos o, inclusive, a la hora de perfilar la propia política monetaria en relación al comportamiento ciudadano en general. En este sentido y, en relación directa, parece haberse aceptado desde hace tiempo que se ejerza una influencia notable en las decisiones del Comité Fiscal de Mercado Abierto (FOMC en inglés) a través de los votos de los Directores de los Bancos Federales que, en general, sí se ven influenciados por las condiciones locales que representan²⁸.

Quizá convenga recordar aquí que el FOMC se compone del *Board of Governors* y de cinco representantes de los Bancos Federales, elegidos:

«One by the board of directors of the Federal Reserve Bank of New York, one by the boards of directors of the Federal Reserve Banks of Boston, Philadelphia, and Richmond, one by the boards of directors of the Federal Reserve Banks of Cleveland and Chicago, one by the boards of directors of the Federal Reserve Banks of Atlanta, Dallas, and St. Louis, and one by the boards of directors of the Federal Reserve Banks of Minneapolis, Kansas City, and San Francisco. In such elections each board of directors shall have one vote; and the details of such elections may be governed by regulations prescribed by the committee, which may be amended from time to time» (Section 12A Ley de la Reserva Federal).

Y no menos importante, sería recordar el hecho de que determinadas decisiones vitales sobre las Q1, Q2 y Q3 fueron anunciadas desde el propio FOMC, porque es su responsabilidad: al fin y al cabo es quién compra y vende²⁹.

Por último, parece además constatar que esta influencia se garantiza por el hecho de que en cada *Board* de los Bancos Federales, 6 lo sean en calidad de «*representatives from the public*», siendo por tanto mayoría en cada uno de ellos, y dado el mecanismo de elección, privilegia su representación en el FOMC.

La cuestión, o el problema surge cuando se demuestra que estos «intereses locales», tienen efectivamente su efecto, pero que este se dirige primor-

²⁸ GILDEA, J.A., «The Regional Representation of the Federal Reserve Banks Presidents»; *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º 24, 1992. Sobre la misma idea, y con una conclusión casi exacta el propio BCE ha publicado: «Do Federal Reserve Bank Presidents have a regional bias?» working paper series N.1731/2014 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp1731.pdf?6d19a02639b7e87fbb67ba31b62f91e5>

²⁹ LÓPEZ GARRIDO, D.; *La Edad de Hielo*, op. cit.

dialmente a beneficiar a los bancos locales, a los suyos sí, pero siempre a los más grandes. Así, parece existir una relación directa entre los nombramientos y la mejora de los intereses privados del sector concreto, ya sea bancario (Class A director), o de algún otro sector concreto, a través el nombramiento de un director. Sería una especie de *sello de garantía*, de estabilidad empresarial. Y eso tiene una gran influencia en los mercados. Y eso, a su vez, alejaría su función del interés público³⁰.

Este es el debate. Y parece que una buena parte de la respuesta de la Fed a la crisis sucedida, por positiva o negativa que dicha respuesta pueda considerarse, no estuvo exenta de conflictos de intereses privados³¹.

4.2. *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Pub.L. 111–203)

Visto lo anterior, uno de los resultados fundamentales de la crisis ha sido, a nivel legislativo, el conocidísimo *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Pub.L. 111–203). Ello ha tenido dos consecuencias esenciales para nuestro análisis.

- A) Se ha reducido el poder de los Directores de los Bancos Federales, muy especialmente incrementándose las capacidades de supervisión del *Board*.
- B) Se establece por primera vez la capacidad del «*Comptroller General*» of the USA, asignado a la *United States Government Accountability Office*, para realizar una auditoría sobre la gobernabilidad de la Reserva Federal. (*Sec. 1109*. de la ley), de enorme interés, aunque desde luego difícil de entender en toda su dimensión por las múltiples referencias a otras cuestiones que contiene. Dejo el precepto, aún siendo largo dada su interés «constitucional»³².

³⁰ ADAMS RENÉE B., «Who directs the Fed», op. cit.

³¹ HILSEN RATH, J. and D. Fitzpatrick, «New Fed Rules are being questioned», *The Wall Street Journal*, 2010, disponible en: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704858304575498252800975496>

³² SEC. 1109. GAO AUDIT OF THE FEDERAL RESERVE FACILITIES; PUBLICATION OF BOARD ACTIONS.

(a) GAO AUDIT.—

(1) IN GENERAL.—Notwithstanding section 714(b) of title 31, United States Code, or any other provision of law, the Comptroller General of the United States (in this subsection referred to as the «Comptroller General») shall conduct a onetime audit of all loans and other financial assistance provided during the period beginning on December 1, 2007 and ending on the date of enactment of this Act by the Board of Governors or a Federal reserve bank under the Asset-Backed Commercial Paper Money Market Mutual Fund Liquidity Facility, the Term Asset-Backed Securities Loan Facility, the Primary Dealer

Credit Facility, the Commercial Paper Funding Facility, the Term Securities Lending Facility, the Term Auction Facility, Maiden Lane, Maiden Lane II, Maiden Lane III, the agency Mortgage-Backed Securities program, foreign currency liquidity swap lines, and any other program created as a result of section 13(3) of the Federal Reserve Act (as so designated by this title).

(2) **ASSESSMENTS.**—In conducting the audit under paragraph (1), the Comptroller General shall assess— (A) the operational integrity, accounting, financial reporting, and internal controls of the credit facility; (B) the effectiveness of the security and collateral policies established for the facility in mitigating risk to the relevant Federal reserve bank and taxpayers; (C) whether the credit facility inappropriately favours one or more specific participants over other institutions eligible to utilize the facility; (D) the policies governing the use, selection, or payment of third-party contractors by or for any credit facility; and (E) whether there were conflicts of interest with respect to the manner in which such facility was established or operated.

(3) **TIMING.**—The audit required by this subsection shall be commenced not later than 30 days after the date of enactment of this Act, and shall be completed not later than 12 months after that date of enactment.

(4) **REPORT REQUIRED.**—The Comptroller General shall submit a report on the audit conducted under paragraph (1) to the Congress not later than 12 months after the date of enactment of this Act, and such report shall be made available to— (A) the Speaker of the House of Representatives; (B) the majority and minority leaders of the House of Representatives; (C) the majority and minority leaders of the Senate; (D) the Chairman and Ranking Member of the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs of the Senate and of the Committee on Financial Services of the House of Representatives; and (E) any member of Congress who requests it.

(b) **AUDIT OF FEDERAL RESERVE BANK GOVERNANCE.**—

(1) **AUDIT.**—(A) **IN GENERAL.**—Not later than 1 year after the date of enactment of this Act, the Comptroller General shall complete an audit of the governance of the Federal reserve bank system. (B) **REQUIRED EXAMINATIONS.**—The audit required under subparagraph (A) shall— (i) examine the extent to which the current system of appointing Federal reserve bank directors effectively represents “the public, without discrimination on the basis of race, creed, color, sex or national origin, and with due but not exclusive consideration to the interests of agriculture, commerce, industry, services, labor, and consumers” in the selection of bank directors, as such requirement is set forth under section 4 of the Federal Reserve Act; (ii) examine whether there are actual or potential conflicts of interest created when the directors of Federal reserve banks, which execute the supervisory functions of the Board of Governors of the Federal Reserve System, are elected by member banks; (iii) examine the establishment and operations of each facility described in subsection (a)(1) and each Federal reserve bank involved in the establishment and operations thereof; and (iv) identify changes to selection procedures for Federal reserve bank directors, or to other aspects of Federal reserve bank governance, that would— (I) improve how the public is represented; (II) eliminate actual or potential conflicts of interest in bank supervision; (III) increase the availability of information useful for the formation and execution of monetary policy; or (IV) in other ways increase the effectiveness or efficiency of reserve banks.

(2) **REPORT REQUIRED.**—A report on the audit conducted under paragraph (1) shall be submitted by the Comptroller General to the Congress before the end of the 90-day period beginning on the date on which such audit is completed, and such report shall

En cuanto a la primera cuestión, determinadas voces acreditadas han llamado la atención sobre el riesgo que supone la pérdida de la perspectiva que incorporaban estos directores en las acciones y políticas de la Fed, a la par que cabe preguntarse si esa reducción de poder afectará a todos los sectores por igual, o algunos de los más poderosos verán aún menos contrapuestos, sus propios intereses³³.

Respecto a la segunda cuestión, cabe preguntarse si no se trata de la contraprestación política más lógica frente a la quiebra de la división entre política fiscal y monetaria, como consecuencia de las nuevas políticas expansivas no convencionales que ha llevado a cabo la Fed de Bernake y Yelen. En todo caso representa todo un hito en el mecanismo del *check and balances* entre política y mercado³⁴. ¿Supone esto un cambio esencial, de relevancia consti-

be made available to— (A) the Speaker of the House of Representatives; (B) the majority and minority leaders of the House of Representatives; (C) the majority and minority leaders of the Senate; (D) the Chairman and Ranking Member of the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs of the Senate and of the Committee on Financial Services of the House of Representatives; and (E) any member of Congress who requests it. (c) PUBLICATION OF BOARD ACTIONS.—Notwithstanding any other provision of law, the Board of Governors shall publish on its website, not later than December 1, 2010, with respect to all loans and other financial assistance provided during the period beginning on December 1, 2007 and ending on the date of enactment of this Act under the Asset-Backed Commercial Paper Money Market Mutual Fund Liquidity Facility, the Term Asset-Backed Securities Loan Facility, the Primary Dealer Credit Facility, the Commercial Paper Funding Facility, the Term Securities Lending Facility, the Term Auction Facility, Maiden Lane, Maiden Lane II, Maiden Lane III, the agency Mortgage-Backed Securities program, foreign currency liquidity swap lines, and any other program created as a result of section 13(3) of the Federal Reserve Act (as so designated by this title)— (1) the identity of each business, individual, entity, or foreign central bank to which the Board of Governors or a Federal reserve bank has provided such assistance; (2) the type of financial assistance provided to that business, individual, entity, or foreign central bank; (3) the value or amount of that financial assistance; (4) the date on which the financial assistance was provided; (5) the specific terms of any repayment expected, including the repayment time period, interest charges, collateral, limitations on executive compensation or dividends, and other material terms; and (6) the specific rationale for each such facility or program.

³³ De nuevo, HILSENATH, J. and D. FITZPATRICK, «New Fed Rules are being questioned», *The Wall Street Journal*, para quién Goldman Sachs, a través del todo poderoso Banco Federal de NYC, es quién más influencia privada ejerce sobre la Fed.

³⁴ Un resultado práctico del objetivo de esa ley acerca de la «tensión» que comentábamos en la primera cuestión sobre la figura de los directores es por ej., el «*United States Government Accountability Office GAO Report to Congressional Addressees*». *FEDERAL RESERVE BANK GOVERNANCE. Opportunities Exist to Broaden Director Recruitment Efforts and Increase Transparency*«, y que está disponible en: <http://www.gao.gov/new.items/d1218.pdf>. Y en todo caso, desde entonces están todos los «reports» del GAO disponibles en https://www.federalreserve.gov/newsevents/reform_audit_gao.htm.

tucional –como denominaríamos a la europea– en la relación de una Reserva Federal «*within the government*» con el Ejecutivo? Ya no sólo la Fed rinde cuentas ante la Cámara, sino que el Gobierno «vigila» a la Fed y rinde cuentas a la Cámara. Y entre esa rendición de cuentas, por cierto, como dice expresamente la disposición citada más arriba (nota 31, Sec 1109) se incluye expresamente la política de nombramientos de los directivos, y el cumplimiento de los fines representativos de la norma que hemos estado señalando en relación con el problema de conflicto de intereses. Así el Comptroller debe: (i) *examine the extent to which the current system of appointing Federal reserve bank directors effectively represents «the public, without discrimination on the basis of race, creed, color, sex or national origin, and with due but not exclusive consideration to the interests of agriculture, commerce, industry, services, labor, and consumers» in the selection of bank directors, as such requirement is set forth under section 4 of the Federal Reserve Act;* (ii) *examine whether there are actual or potential conflicts of interest created when the directors of Federal reserve banks, which execute the supervisory functions of the Board of Governors of the Federal Reserve System, are elected by member Banks.*

Por el momento no puedo ir más allá de la formulación de esta cuestión.

El hecho es que, sin ánimo de resultar repetitivo, la Fed, en el curso de esta crisis financiera internacional, ha inaugurado a través de sus «nuevas» políticas un nuevo tipo de Banco Central que ha podido evitar el hundimiento de los Bancos (y de los Estados en Europa), salvar el crédito y, en definitiva, al menos a nivel macro, la economía. Este Banco compite y necesita del Ministerio de Economía, pero sin legitimación democrática; como nos recuerda LÓPEZ GARRIDO, sólo se legitimarán si actúan correctamente para defender los intereses generales. Y si en EE.UU. dichos intereses son los de un país, aunque desborden enormes regiones, en Europa superan a los de un solo país, y los de muchos. Por eso, siguiendo aún a LÓPEZ GARRIDO, no es de extrañar tampoco, y en relación a todo lo anterior, que la Fed primero, pero también el BCE hayan adquirido o incrementado la facultad de supervisión de las entidades financieras, sobre todo en cuanto al análisis de activos, –cuestiones por las que Obama ha recibido una dura crítica³⁵.

³⁵ No obstante, me atrevo a recoger una opinión que creo es la más generalizada en la prensa especializada y que resume bien lo que estamos tratando de exponer. Es de la revista *Forbes*, julio 2013: *George Pieler & Jens Laurson: “Dodd-Frank Is Much More Than Regulatory Overreach”: The anniversary of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act has caused a lot of nail-biting of late. There are worries that this omnibus financial services hyper-regulation act didn’t really end «too big to fail “for big institutions (true, it made the problem worse), that it needs to be more decisive in restoring the old Glass-Steagall regime that divides traditional banking from other finan-*

Hasta el momento únicamente he podido introducir sucintamente las soluciones que dibuja la Fed a la hora enfrentarse a esa concepción, siempre conflictiva, de los intereses generales, contando con un Estatuto además multifuncional. ¿Qué hay del Banco Central Europeo?

5. ALGUNAS CONCLUSIONES O PLANTEAMIENTOS EN DIRECCIÓN AL PROYECTO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA.

«Eight times a year, each Federal Reserve Bank gathers anecdotal information on current economic conditions in its District and summarizes this information in The Beige Book report, published on the Board's website»³⁶.

¿Asume esta relevante tarea el BCE a través de los Bancos Centrales de cada estado de la UE? ¿Aunque ésta sea calificada como simple «*anecdotal information*»?

¿La integración económica europea a la que aspiramos supone acercarnos al sistema de los EE.UU. en materia de política monetaria y fiscal? Como se pregunta José Luis García Guerrero, más allá del TFUE, ¿es necesario «constitucionalizar» el BCE? ¿Qué significa eso en el sistema de fuentes tan extraño que es la UE? ¿Sería el modelo la Fed? Si la respuesta es no, ¿qué se aprende de este modelo?

Confío en que este artículo y sus referencias bibliográficas ayuden a seguir debatiendo y profundizando en estas cuestiones.

6. BIBLIOGRAFIA

ADAMS RENÉE B., «Who directs the Fed», disponible en: www.lse.ac.uk.

ARROYO GIL A. y GÍMENEZ SÁNCHEZ, Isabel M., «Otras instituciones (Tribunal de Cuentas y BCE) y organismos de la UE», en López Castillo, A., *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2015.

BANCO CENTRAL EUROPEO, «Do Federal Reserve Bank Presidents have a regional bias?» working paper series N.1731/2014 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp1731.pdf?6d19a02639b7e87fbb67ba31b62f91e5>

cial services, that it lacks adequate resolution authority for failed institutions and so on. All these concerns presume Dodd-Frank is basically a reasonable proposition and that, if anything, its regulatory matrix just isn't wide-ranging enough...". <http://www.forbes.com/sites/laursonpieler/2013/07/23/dodd-frank-is-much-more-than-regulatory-overreach/#783f991846f3>

³⁶ <https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/beigebook/> estos informes son conocidos como el «*Beige Book*».

- FRISELL L., ROSZBACH K., SPAGNOLO G., «Governing the Governors: A Clinical Study of Central Banks», August 31 – September 1, 2006, *Sveriges Riksbank working papers*. Disponible: www.riksbank.se
- FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS, «Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos 2013», de la *Papeles de la Fundación* n.º 51, ISBN: 978-84-616-6482-5. «Elementos básicos en el diseño del «banco malo» en España», escrito por Antonio Carrascosa (FROB).
- GARCÍA GUERRERO, J.L., «La desconstitucionalización de la Constitución económica española», ponencia en las Jornadas Internacionales «Las mutaciones de la Constitución Económica en un contexto multinivel y transnacional»; Universidad de Deusto, Facultad de Derecho 19 y 20 de noviembre de 2015.
- «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre los bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de constitución»; en *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*; Eduardo Jorge Prats y Manuel Valerio Jiminián Coordinadores, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, ISBN 978-9945-08-059-9, mayo 2014.
- GILDEA, J.A., «The Regional Representation of the Federal Reserve Banks Presidents»; *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º 24, 1992.
- HILSENATH, J. and D. FITZPATRICK, «New Fed Rules are being questioned», *The Wall Street Journal*, 2010, disponible en: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704858304575498252800975496->
- LÓPEZ GARRIDO, D., *La Edad de Hielo*; RBA 2014.
- LOWENSTEIN, R., *America's Bank: The Epic Struggle to Create the Federal Reserve*, Penguin Press 2015.
- MORENO MOLINA, A.M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Editorial: Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III de Madrid, Monografía, Madrid, 1996.
- «La reforma administrativa en los Estados Unidos: El Plan del Presidente Clinton», *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, n.º 134, 1994.
- «Los modelos de administración por agencias en el derecho comparado: especial referencia a los Estados Unidos», *Foro de Seguridad Social*, ISSN 1578-4193, n.º 21, 2009.
- SANZ ARCEGA, E., «Los consensos económico-constitucionales: diagnóstico y afanes de la política económica», DOC. n.º 1/2015, *Instituto de Estudios Fiscales*, Grupo de Investigación en Economía Pública, NIPO: 634-15-001-X.
- TALLMAN E, MOEN J., «Lesson from the panic of 1907», disponible en el Federal Reserve Bank of Atlanta, <https://www.frbatlanta.org/-/.../ern390tallman.pdf>.

TITLE: The representativeness of the Fed

RESUMEN: La Reserva Federal o Fed es el Banco Central de los EE.UU. Y como todo Banco Central, su misma concepción o esencia es o fue discutida. La Fed, posee un marco normativo y una estructura representativa propia de un Estado, y propia de los EE.UU., el BCE no. Eso los hace

incomparables. Efectivamente, la Fed expulsó de su gobierno al Ejecutivo en 1936. Desde entonces ha mantenido un estatuto «whithing the government» y una estructura federal y representativa que constituyen su esencia jurídico-constitucional. Durante reciente crisis económica y financiera su labor y las capacidades de las que le dota su estatuto normativo han sido «estiradas» al máximo, probándose como un órgano esencial para el gobierno de los Estados y la política económica global del Siglo XXI.

PALABRAS CLAVE: representatividad, política monetaria, política fiscal, representación de intereses económicos o privados, representación territorial.

ABSTRACT: The Federal Reserve, or the Fed, is the Central Bank of the US. As like another Central Bank its own conception has been under discussion. Nevertheless, the Fed has is founded by known procedures or proper legal basis on the sovereignty of a National State; the ECB is not. That circumstance makes them unmatched. Certainly the Fed expel the Executive from its governance in 1936, obtaining at the same time a status «whithing the government» and a federal and representative structure that set up its legal-constitutional basis. During the recent economic and financial crisis the Fed, expanding his competences and legal status to its last possibility, has proven to be an essential body for the governance of the National States and the global economic policy of the 21th Century.

KEY WORDS: representation, monetary policy, tax policy, representation of economic or private interest, local representation.

*RECIBIDO: 03.06.2016
ACEPTADO: 22.06.2016*

LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACION SOCIOECONÓMICO EN LATINOAMÉRICA¹

Ernani Contipelli

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp261-280

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO INSTITUCIONAL. 3. ESTRUCTURA Y FUNCIONES DE LOS PRINCIPALES ÓRGANOS E INSTITUCIONES. 4. CATEGORIZACIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO. 4.1. *Evolución de las Propuestas de Integración*. 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

A finales de la década de 60, un grupo de países ubicados en la región andina compuesta por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, decidió firmar un pacto por el que pretendían, a través de la integración y de la cooperación económica, superar las adversidades causadas por el subdesarrollo, empezando, así, el proceso de integración andino conocido como Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena.

La evolución del Pacto Andino, en la actualidad, Comunidad Andina, se caracteriza por una serie de avances y retrocesos comunes a las dificultades

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R). Investigadores principales: José Luis GARCÍA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN.

encontradas en cualquier proceso de integración. Aunque la intención del Pacto Andino sea acercar los países andinos para promover el desarrollo armónico y equilibrado en la región por intermedio de acciones conjuntas, la crisis instaurada por los conflictos entre sus miembros pone en riesgo el futuro del modelo de integración.

El presente artículo tiene por objeto realizar una descripción general del proceso de integración andino a partir de su análisis histórico, institucional y conceptual. De ese modo, en la primera parte, presentamos un breve análisis histórico del desarrollo institucional de la integración andina, verificando los principales hechos que contribuirán para su formación y que actúan en su conformación actual. La segunda parte explora la estructura institucional de la Comunidad Andina para verificar la adecuación de sus órganos e instituciones con los objetivos estipulados para el bloque. En la tercera parte, tratamos la categorización del regionalismo andino y la evolución de sus propuestas institucionales, especialmente, para verificar como la Comunidad Andina se comporta ante el actual escenario globalizado, como vía para debatir el propio cuadro del desarrollo del proceso de integración socioeconómica en Latinoamérica.

2. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO INSTITUCIONAL

Con la desilusión generada por la ineficiencia de la ALALC (en adelante, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) como entidad integracionista destinada a propiciar desarrollo económico en el continente sudamericano, por la falta de consideración de las diferencias existentes entre sus miembros y de las constantes crisis políticas que imperan en el continente², algunos países buscaron en la formación de distintos bloques que atendían a sus peculiaridades regionales la respuesta a sus problemas económicos para, posteriormente, pensar en la incorporación a un Mercado Común Latinoamericano, como, por ejemplo, en 1966, la Declaración de Bogotá «*Bases de una*

² Como señalado una de las grandes motivaciones para la firma del Acuerdo de Cartagena, además de la pretensa uniformidad económica en la región andina, esta relacionada con la insatisfacción de determinados países miembros de la ALALC en especial los subdesarrollados por la ausencia de mecanismos compensatorios. En tal sentido, GONZÁLES afirma que: «Los países medianos y pequeños que se encontraban abocados a formar sus propias estructuras continuaron desarrollando principalmente sus políticas de sustitución de importaciones para sus propios mercados, ya que su potencialidad para aprovechar el mercado ampliado requería una acumulación inicial de infraestructura que no poseían. Este elemento creó el descontento de los países medianos y pequeños que en 1969 promovieron el acuerdo sub-regional andino» (GONZÁLES, A. C. *Reflexiones sobre el Futuro de la ALALC. Integración Latinoamericana: El Futuro de la ALALC*, p. 14. Revista Mensual INTAL n.º 40, 1979).

Común Política Internacional» firmada por Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Con vistas a la formación de un mercado común entre esos países, que, al fin, se convirtió en una primera manifestación formal de integración entre los países andinos. Algunos autores, como LUNA CAMPO, consideran que la historia del Grupo Andino empieza a gestarse con la suscripción de la «*Declaración de Bogotá*» en 1966, en que fue posible establecer las bases preliminares del futuro pacto de integración subregional³.

Posteriormente, la integración andina se profundiza con la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 26 de mayo de 1969 entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Colombia y Perú, que efectivamente crea el Pacto Andino, configurando una unión aduanera entre los mencionados países. En sus bases originales, ese modelo de integración era definido como un esfuerzo para fortalecimiento del poder de negociación para mejor actuación en el comercio internacional y reducción de la dependencia. Sobre la composición del grupo, cabe resaltar que en enero de 1971, Venezuela notificó a la ALALC su intención de incorporarse al Acuerdo de Cartagena, lo que efectivamente ocurrió en febrero de 1973.

Por lo tanto, el Pacto Andino surge de la necesidad de preparar la economía de los países de la región para las exigencias del mercado internacional, estimulando el comercio interregional, la industrialización y el consecuente armónico desarrollo de sus miembros. En ese sentido, al menos teóricamente, la integración impulsaría el acceso recíproco a los mercados de los países miembros del grupo, dotándoles de mayor poder de negociación para inserción en el plan internacional, la medida en que permitiría una actuación con unidad y una base para tratar igualmente a todos los países del continente. Constituía un esfuerzo conjunto para superar la condición de subdesarrollo,

³ LUNA CAMPO, A. *Elementos de Derecho Comunitario: Panorámica de la ALALC y del Pacto Andino*, p. 41 Bogotá: PAX, 1974. La Declaración de Bogotá, firmada en 16 de agosto de 1966, originada de una reunión envolviendo los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y los delegados personales de los Presidentes de Ecuador y Perú, en que se pretendía discutir la situación económica-social de esos países en el contexto Latinoamericano, evoluciono en dirección a la suscripción del mencionado documento tendente fundamentalmente a la creación de un mercado común subregional, que según Leopoldo Duran Valdés, «aparte de reconocer la urgencia de la integración de las naciones latinoamericanas en una gran comunidad económica señala, en forma específica, la necesidad de acelerar al máximo el progreso de los países de menor desarrollo económico y de mercado insuficiente, para lo cual propone, entre otras medidas, 'la concertación de acuerdos entre uno o más países de menor desarrollo económico relativo y de mercado insuficiente con un país de mayor desarrollo económico relativo, que estarían libremente abiertos a la adhesión de los países pertenecientes a las dos categorías primeramente mencionadas pero cuyas ventajas temporalmente no serían extensiva a las restantes» (*El Acuerdo de Integración Subregional: Antecedentes, Negociaciones y Comentarios*, p. 179. Revista de Derecho Publico n.º 10. Santiago: Universidad de Chile, 1969).

especialmente, por la reducida dimensión de sus mercados internos que no despertaban intereses del comercio internacional.

La puesta en marcha del proceso de integración exigió la flexibilización de las medidas adoptadas para conciliar de los intereses de los países involucrados y alcance de las finalidades propuestas por el Pacto Andino, como, por ejemplo, la reprogramación de plazos para liberación del comercio interno en la subregión acordado a través del Protocolo de Lima (1976). Sin embargo, el proceso integracionista andino sufre un duro golpe en 30 de octubre 1976, con la retirada de Chile (Decisión 102: «*Cese para Chile de los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Cartagena*»), justificada en divergencias sobre las medidas económicas, en especial, relativas al libre comercio adoptadas por el grupo. En realidad, recordamos que durante tal momento el país pasaba por un periodo político turbulento con la reciente derribada de Salvador Allende del poder y el golpe militar comandado por Augusto Pinochet⁴.

Otra situación que afectó el avance de la propuestas del Pacto Andino fue la crisis económica de 1980, la cual llevó a los países miembros a promover políticas proteccionistas, reduciendo las posibilidades de lograr los objetivos acordados, sobre todo, en relación a la unión aduanera, elemento fundamental para definición de políticas comunes y aumento de la competitividad del bloque ante el comercio internacional. En tal contexto, fue firmado el Protocolo de Quito (1987), que flexibilizaba los procedimientos definidos por Acuerdo de Cartagena y acababa por postergar el desarrollo del proceso de integración. Así, durante tal periodo la restricción al crecimiento generada por crisis económica, asociada a una restricción al crecimiento, influyó negativamente en los flujos comerciales entre los países miembros del bloque, implicando fuertes trabas al desarrollo del proceso de integración andino⁵.

Durante finales de los ochenta e inicios de los noventa, fueron realizados diversos arreglos institucionales y procedimentales con vistas a conferir mayor viabilidad al Pacto Andino⁶, especialmente, a través de la creación de una

⁴ Con respecto a la retirada de Chile del Pacto Andino, CASAS GRAGEA afirma que: «Bajo el régimen del general Pinochet, Chile adoptó un modelo económico liberal de orientación hacia fuera que el resto de países del Acuerdo consideraron incompatibles con la estrategia y los objetivos conjuntos establecidos. Finalmente, esto supuso el abandono de Chile del Grupo Andino en 1976 y como consecuencia, un duro retroceso en el proceso comunitario andino» (El Modelo Regional Andino Enfoque de Economía Política Internacional, p. 16. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003).

⁵ PORTA, F. *La Integración Sudamericana en Perspectiva. Problemas y Dilemas*, p. 26. Santiago: CEPAL, 2008.

⁶ Durante la década de los 90s, constatamos un fortalecimiento del proceso de integración andino vinculado a los siguientes factores: en el ámbito doméstico, por la volun-

zona de libre comercio y institución del arancel externo común entre el bloque, destacándose las decisiones tomadas en la Cumbre de Galápagos (1989), donde fue formulado el «*Diseño Estratégico para la Orientación del Grupo Andino*»⁷; en la Reunión de Machu Picchu (1990), que determina la constitución del Consejo Presidencial Andino; en la Reunión de Caracas (1991), la cual ratificó los acuerdos para institución del arancel externo común y determinó la armonización de políticas cambiarias y monetarias; y, finalmente, la Reunión de Cartagena de Indias (1991), fundamental en la definición de las políticas externas del grupo, que culminó en importantes tratativas comerciales como con los países miembros del MERCOSUR.

Con respecto al arancel externo común, en 1992, Bolivia decidió el levante de las tasas arancelarias en relación a las importaciones de Colombia, Ecuador y Venezuela; en 1993, Ecuador programó la suspensión de las tarifas arancelarias para los países miembros del Pacto Andino y, finalmente, en el mismo año, el Arancel Externo Común fue aprobado a través de la Decisión 335 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En 1997, el bloque experimenta un giro institucional y estructural por intermedio de los Protocolos de Trujillo (1996) y Sucre (1997), con la introducción de reformas en las bases originales del Acuerdo de Cartagena, las cuales amplían el campo de actuación del Pacto Andino. De ese modo, la integración pasa a ser no apenas técnica y comercial, sino también de contenido claramente político, al insertar en su estructura el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de RR.EE., además de convertir Junta del Acuerdo de Cartagena en un Secretaría General con funciones políticas, originando, así, el Sistema Andino de Integración y la Comunidad Andina en reemplazo del Pacto Andino.

Pese al aumento de los indicadores económicos y comerciales con la nueva configuración institucional del grupo, los niveles de desigualdad social y pobreza no presentaban mejoras, llevando a la extensión de los objetivos

tad política de apertura de los mercados de los países miembros del bloque, influenciados por el Consenso de Washington; y, en el plan internacional, por la intensificación del comercio mundial e internacionalización del capital. Tal fase del Pacto Andino es caracterizada por el denominado regionalismo abierto, que busca conciliar la interdependencia y liberalización comercial, orientando el proceso de integración a adopción de políticas tendientes al incremento de la competitividad internacional.

⁷ Especialmente, en la Cumbre de Galápagos, en que fue aprobado el Diseño Estratégico y el Plan de Trabajo, constataste una inversión en el modelo de sustitución de importaciones que vigoraba en las ideas iniciales del grupo, las cuales tendían a la protección de la industria nacional con elevados aranceles, pasando al modelo abierto, a partir de los finales de la década de ochenta, con la eliminación de los aranceles internet y formación de una zona de libre comercio, ocurriendo un aumento considerable en el comercio intracomunitario.

buscados por la integración andina con la incorporación de la vertiente social, conforme decisión tomada en la Cumbre de Quirama del Consejo Presidencial Andino (2003), sobre todo, con la creación del Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social y la aprobación del Plan Integrado de Desarrollo Social – PIDS.

A partir del nuevo arreglo institucional por la creación de la Comunidad Andina y del Sistema Andino de Integración y también por la mayor complejidad y ambición de los retos definidos para el bloque, en 2005, fue insertado en su agenda entre los objetivos primordiales: la promoción de la integración latinoamericana, con la intención de estimular su actuación política en el plan internacional⁸, transformando la Comunidad Andina en un canal de articulación entre Sudamérica, Centroamérica y el Caribe. En ese mismo año, Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, países componentes del MERCOSUR fueron convertidos en miembros asociados de la Comunidad Andina (Decisión 613 del Consejo Andino).

Por otro lado, en 2006, después de algunos miembros del bloque anuncian el establecimiento de acuerdos de libre comercio con Estados Unidos, Venezuela opta por su salida de la Comunidad Andina, mientras que, en el mismo año, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprueba la concesión a Chile de la condición de País Miembros Asociado, posibilitando un acercamiento con vistas al reingreso del país al bloque⁹.

⁸ Entre las importantes tratativas realizadas por la Comunidad Andina para promover su inserción internacional y establecer pactos sobre la base «*región a región*», señalamos las negociaciones, tras el Cumbre de Viena en 2006, para firma del Acuerdo de Asociación Unión Europea-CAN, lo cual objetiva el fortalecimiento del proceso de integración en la región, diferenciándose del foco comercial presente en otros acuerdos negociados anteriormente de forma bilateral por los estados miembros de la CAN (LEVI CORAL, M. *La Relación UE-Comunidad Andina en el Contexto de la Negociación de los Acuerdos de Asociación*, p. 252, en ROY, J. y DOMÍNGUEZ, R. (eds). *España en la Unión Europea y el Estado de la Integración Latinoamericana*. Miami: Miami-Florida European Union Center/Jean Monnet Chair, 2010), pasando a involucrar temas de contenido social y medioambiental, decisivos para formación de la posterior Estrategia Andina de Cohesión Económica y Social.

⁹ A pesar de la necesidad de formulación de un nuevo diseño estratégico para desarrollo del Pacto Andino con carácter multidimensional (economía, política y sociedad), tomando en consideración la transformaciones sufridas en el escenario internacional, «el inicio de negociaciones bilaterales por parte de Ecuador, Perú y Colombia para concretar tratados de libre comercio con Estados Unidos, y la salida de Venezuela de la CAN en abril de 2006, empantanaron los avances realizados (...) y plantearon un nuevo panorama de crisis, al punto que diversos sectores le han venido apostando a la desintegración del grupo» (CASAS CASAS, A. y CORREA, M. E. *¿Qué Pasa con la Comunidad Andina de Naciones-CAN? Papel Político* vol. 12, n.º 02. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007). Entretanto, comprendemos que el bloque resiste y presenta un señal de fortalecimiento

La retirada de Venezuela no afecta la ampliación de los objetivos propugnados por el bloque, que, en la Cumbre de Tarija (2007), acuerda un modelo de Integración Integral para atribuir a la aspectos políticos y sociales, ambientales y culturales, la misma preocupación conferida a la agenda económica y comercial del grupo¹⁰.

Esa integración integral es reforzada por la definición de Agenda Estratégica Andina y su consecuente plan de implementación (2010), así como por la elaboración de una Estrategia de Cohesión Económica y Social¹¹ y de los Objetivos Andinos de Desarrollo Económico y Social, que fijaran ámbitos de cooperación, compromisos y metas concretas que deberán ser asumidas por el grupo hasta el 2019, para formular políticas públicas comunes destinadas a fomentar el desarrollo social conjunto, actuando en la reducción de la pobreza y de las desigualdades sociales.

3. ESTRUCTURA Y FUNCIONES DE LOS PRINCIPALES ÓRGANOS E INSTITUCIONES

Desde el Acuerdo de Cartagena, el proceso de integración andina surge con una estructura institucional caracterizada por la supranacionalidad, presentando inicialmente como principales Órganos la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal Andino de Justicia¹², el Parlamento Andino y la

durante tal periodo, especialmente, por el ingreso de Chile como Estado miembro asociado, que le permite participar de reuniones del SAI (artículo 2 de la Decisión 645).

¹⁰ La Integración Integral convirtiese en el nuevo paradigma de las acciones de la Comunidad Andina, tratándose de actualización de sus objetivos a las exigencias del multipolar contexto internacional contemporáneo que se presenta marcado por distintas y dinámicas formas de desarrollo institucionales y actores, en especial referencia al desarrollo sostenible para atribuir condiciones dignas de existencia a población de esos países, conforme mencionado por los Jefes de Estados de los miembros de la Comunidad en la Cumbre de Tarija sobre la necesidad de «desarrollar y profundizar el proceso de integración de la Comunidad Andina tomando en cuenta, en forma más efectiva, las visiones y enfoques de los Países Miembros, con el objetivo de lograr una unidad en la diversidad al servicio del vivir bien de nuestros pueblo y en armonía con la naturaleza» (2007).

¹¹ La Estrategia Andina de Cohesión Económica y Social fue elaborado en el marco del proyecto de cooperación CAN-Unión Europea de Apoyo a la Cohesión Económica y Social (CESCAN) a partir de la estrategias de cooperación regional 2007-2013, tratándose de la adopción de políticas sociales comunes y prioritarias direccionadas a «contribuir a la superación de la pobreza, la exclusión y desigualdad social en el área andina; a la vigencia de los derechos sociales, individuales y colectivos de la población y al logro de un mayor grado de cohesión nacional y regional» (Convenio n.º DCI-ALA/2007/018-993, 2008).

¹² El Tribunal Andino tiene entre sus funciones primarias la tarea de control de la legalidad de las normas comunitarias, a través de la acción de nulidad, la resolución de las

Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC). A partir del Protocolo de Quito, adquiere importancia el Consejo Presidencial Andino y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

La conformación de la estructura actual del Pacto Andino define sus estructuras institucionales en el Protocolo de Trujillo (1997)¹³, donde la responsabilidad por el desarrollo de proceso de integración no se encuentra a cargo de la Comisión, instancia de carácter esencialmente, comercial, sino es que es determinado por el Consejo Presidencial Andino y al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Órganos dotados de poder político. Lo que demuestra la nítida tendencia de ampliar los objetivos de bloque para asumir una orientación de carácter político y no apenas de contenido económico-comercial.

El Consejo Presidencial Andino está compuesto por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, siendo considerando el máximo Órgano del bloque, ejerce las funciones de conducción política de la Comunidad Andina, formalizadas en Directrices que no son consideradas parte integrante del orden jurídico comunitario. Por otro lado, compete al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la tarea de elaboración de la política exterior de los Estados-miembros relativa a la integración, además, de ser necesario, la coordinación de posiciones comunes ante instancias internacionales. Por último, la Comisión tiene la función de formular, ejecutar y evaluar la política de integración en que se refiere a la temática comercial y de inversiones, formulando normas que deben ser cumplidas por los países de la Comunidad.

diferencias sobre el incumplimiento de las obligaciones entre los países miembros y asegurar la interpretación y aplicación uniforme de la legislación comunitaria en el territorio de la Comunidad Andina. Además de las acciones a disposición de los Estados, es posible verificar algunas posibilidades de provocación del Tribunal por particulares, como por ejemplo, la acción de nulidad de los actos normativos comunitarios, lo que revela el intento de acerca la ciudadanía del proceso de integración. El Tribunal Andino también posee competencias de carácter arbitral y de jurisdicción laboral con respecto a los funcionarios comunitarios (PINO ESTRADA, M. M. *El Sistema Jurídico en la Comunidad Andina de Naciones*. Revista Intellector n.º 04, Rio de Janeiro: Centro de Estudos em Geopolitica e Relacoes Internacionais, 2006). Importante señalar que el Acuerdo de Cartagena no había previsto originalmente la creación de un tribunal, atribuyendo la resolución de controversias al sistema de arbitraje. En 1979, a través del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que paso a tener vigencia apenas en 1983, estableció la institucionalización de un sistema judicial comunitario en el marco del Pacto Andino.

¹³ De acuerdo con MARCEL TANGARIFE, la importancia decisiva del Protocolo de Trujillo consiste en el hecho de que tal documento trae «cambios para el proceso de integración, especialmente en lo referente al fortalecimiento de las instituciones comunitarias, para dotar a la Comunidad Andina de mayores instrumentos encaminados a perfeccionar la zona de libre comercio y la unión aduanera» (*Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, p. 63. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002).

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión pueden ser considerados como los órganos legislativos en la estructura del bloque, ya que son encargados de expedir las denominadas Decisiones, o leyes andinas. Conforme al Acuerdo de Cartagena, la producción legislativa de tales órganos obliga a los países miembros¹⁴ y posee aplicabilidad inmediata¹⁵, siendo de fundamental importancia para consolidar la actuación de la Comunidad bajo las determinaciones del derecho comunitario andino.

La articulación entre órganos e instituciones que poseen diferentes competencias y funciones –normativas, políticas, judiciales, ejecutivas, entre otras– atribuye a la Comunidad Andina una estructura y complejidad similar a un «Estado», que está a cargo del Sistema Andino de Integración (SAI). Por lo tanto, el Sistema Andino de Integración tiene como objetivo la coordinación entre las instancias componentes de la Comunidad Andina para profundizar el proceso de integración y fortalecer las acciones conjuntas entre sus miembros.

Entre los mecanismos de coordinación y funcionamiento del SAI, encontrase la Reunión de Representantes de la Instituciones componentes del Sistema, que es convocada y dirigida ordinariamente, al menos una vez al año, por el Presidente del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y, extraordinariamente, cuando solicitada por cualquiera de las instituciones integrantes. El SAI es responsable también por la articulación de los Consejos Asesores Ministeriales que expresan opiniones al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de los Comités Técnicos establecidas en el marco del proceso de integración.

La Secretaría General del SAI acumula funciones de apoyo técnico, correspondientes anteriormente a la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena, y también ejecutivas a través de la emisión de Resoluciones. Otra instancia de carácter comunitaria es el Parlamento Andino que, sin potestad para expedición de normas vinculantes, en la medida en que colabora con la creación de normas mediante sugerencias a los órganos del Sistema Andino de Integración y actúa en la verificación del cumplimiento de los objetivos del proceso de integración. Funciona como un simple órgano deliberativo que es susceptible de diversas críticas, ya que al no propiciar una efectiva representación democrática de la ciudadanía ante el proceso de integración y carecer de me-

¹⁴ El artículo 2 del Acuerdo de Cartagena estipula que: «Las Decisiones obligan a los países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina».

¹⁵ El artículo 3 del Acuerdo de Cartagena determina que las Decisiones del Consejo del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, así como de las Resoluciones de la Secretaría General «serán directamente aplicables en los países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior».

canismos que posibiliten una efectiva canalización de las propuestas sociales objetivadas por la Comunidad, se pondría en cuestión su propia existencia.

La coordinación empeñada por el SAI se ha fortalecido a partir de la adopción del paradigma de Integración Integral y la consecuente definición de los Objetivos Andinos de Desarrollo Social, que requiere una mayor participación política del Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social y de sus respectivas instancias nacionales para estrechamiento de los vínculos de cooperación interinstitucional.

Desde un punto de vista práctico, el gran problema del Sistema de Integración Andino respecto a la convergencia y cumplimiento de acciones basadas en el Derecho Andino, está relacionado con el principio de unidad que «impone y permite garantizar un funcionamiento institucional coherente y centrífugo, en el que la actuación de los distintos órganos se oriente en una misma dirección, evitando la dispersión institucional»¹⁶.

Sobre tal aspecto, el Sistema Andino de Integración revela cierta ineficacia por la ausencia de coordinación entre sus Órganos e Instituciones, lo que puede ser constatado en los siguientes aspectos: «i) No acatamiento de los fallos de los órganos del Sistema Andino de Integración, por la prioridad asignada a las consideraciones locales o internas de los países sobre los intereses comunitarios; ii) Por la énfasis dado en la estructura institucional de la Comunidad Andina a las actividades adelantadas por entes ejecutivos como los Ministerios de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina, iii) Por la inexistencia de políticas de coordinación de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración en el marco del Derecho Andino de la Integración»¹⁷.

Por fin, aunque la Comunidad Andina presente una estructura institucional compleja y establece en sus propuestas el cometido de lograr de una integración de carácter supranacional, su realidad es muy diferente. La dinámica de sus instituciones revela un proceso de integración de carácter intergubernamental en que los intereses nacionales de los países miembros dominan el direccionamiento político de la Comunidad, debilitando el carácter comunitario de sus instancias decisionales, siendo por lo tanto, cuestionable la estructura existente con la realidad actual del bloque¹⁸.

¹⁶ QUINDIMIL, J. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, p. 145/146. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2006.

¹⁷ BLANCO ALVARADO, Carolina. *La Crisis de la Comunidad Andina*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 42: 1-32, Barranquilla, 2014.

¹⁸ Podemos ilustrar la situación con la Decisión 322 que permitió a los países miembros de Comunidad a promover negociaciones unilateralmente con otros países de la región (ALADI, Centroamérica y Caribe), estando apenas obligados a comunicar tal hecho a los demás miembros de la Comunidad, contrariando el artículo 98 del Acuerdo de Car-

De todas maneras, señalamos que la Comunidad Andina de Naciones está lejos de ser vista un ente supranacional, con personalidad jurídica internacional soberana que se sobreponga a los países miembros. En tal sentido, el proceso de integración no se desarrolla a través de la transferencia de soberanía con carácter definitivo, sino con la atribución de competencias respetando el orden jurídico constitucional de los países miembros.

Dentro de la perspectiva de derecho comunitario y tomando en consideración la estructura institucional de la Comunidad Andina, constatamos que su proceso de integración sigue una concepción propia, *sui generis*, en la medida en que los poderes de los países miembros pueden ser limitados por las leyes comunitarias que prevalecen sobre la legislaciones estatales. Estas normas pueden ser aplicadas por el Poder Judicial nacional, pero eso no implica en la pérdida de soberanía estatal, especialmente, en términos de legitimidad. Sin embargo, la inoperatividad de algunas instituciones claves perjudica la consolidación y desarrollo del Derecho Comunitario, como son los casos, por ejemplo, del Tribunal Andino, pues, aunque sus fallos sean vinculantes y de estricto cumplimiento, sus determinaciones no son cumplidas, implicando en un vacío de credibilidad en la actuación de tal entidad. Además, el Parlamento Andino, posee atribuciones deliberativas y de verificación sobre el desarrollo del proceso de integración, que no tienen carácter vinculante, reduciendo la importancia de su campo de acción¹⁹.

4. CATEGORIZACIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

En las concepciones de regionalismo, el aspecto geográfico, por fuerza del fenómeno natural de la proximidad territorial entre países, funciona como un elemento facilitador para el establecimiento de relaciones políticas convergentes que pueden variar desde cuestiones económicas o socioculturales, entre otras, dentro de una zona espacial de interés común.

No obstante, debemos considerar que el hecho de estar ubicado en un mismo espacio geográfico y poseer rasgos generales comunes no significa que un trabajo conjunto desempeñado por las naciones comprendidas en la región será exitoso. Especialmente, en términos de integración, se evidencia la necesidad de establecimiento de arreglos institucionales y procesos que enganchen los participantes en un sentimiento de solidaridad y pertenencia.

tagena, que exige la realización de consultas a la Comisión «*adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión*», lo que evidentemente prioriza los intereses nacionales en detrimento de los comunitarios, reforzando el carácter intergubernamental asumido por el bloque.

¹⁹ CASAS CASAS, A. y CORREA, M. E. *¿Qué Pasa con la Comunidad Andina de Naciones-CAN?* Papel Político vol. 12, n.º 02. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Particularmente, en lo que respecta a la región andina, encontramos la cadena de montañas de los Andes como aspecto geográfico caracterizador de la zona y que, de cierto modo, refleja en la cultura del pueblo atribuyéndoles un rasgo común. Debemos considerar también los desafíos ocasionados por las barreras naturales de la región, como, por ejemplo, los desniveles de altura, que agregan factores de complejidad a la aproximación entre los países de la región, exigiendo un mayor esfuerzo en la superación de adversidades físicas para promoción de la integración en la zona.

Entretanto, es obvio que tal condicionante geográfico impone un acercamiento inicial que depende esencialmente de las voluntades políticas e intereses de los gobernantes de establecer vínculos comunitarios entre países ubicados en la región²⁰. Por lo tanto, los aspectos geográficos y políticos se presentan como uno de los principales elementos en la determinación de los procesos de integración, como en el caso de la Comunidad Andina de Naciones, en que desde la firma del Acuerdo de Cartagena es posible constatar periodos de mayor avances, así como de retrocesos, siempre pendientes de los intereses nacionales de los países miembros.

Destacamos también que la existencia de una gran diversidad interna económica, en que encontramos países en creciente desarrollo como Perú y Colombia, agravan las diferencias políticas e ideológicas de los actuales gobiernos, generando un fraccionamiento al interior del bloque. Al fin, la coyuntura política genera efectos perjudiciales en la integración de la Comunidad Andina, limitando el establecimiento de elementos primordiales en la región como cohesión económica y social, que afecta negativamente al proceso de integración e incrementa la desigualdad entre los países miembros, como será comprobado en la secuencia de nuestro estudio.

4.1. Evolución de las Propuestas de Integración

Como forma de iniciar el presente apartado, importa considerar que los procesos de integración²¹ presentan determinadas etapas vinculadas a su pro-

²⁰ Con respecto a la complejidad de los factores que concurren para formación de las entidades regionales, MAZZEI afirma que: «*Perché si sviluppi il regionalismo tra gli Stati non bastano la prossimità geografica e un certo grado di interdipendenza economica, ma sono necessari anche altri fattori quali l'identità regionale (per cui un insieme di tradizione storiche, culturali e sociali porta alla percezione condivisa di appartenere a una particolare comunità, o preferenze politiche o ideologiche. Il diverso peso specifico di questi fattori produce diversi tipi di regionalismo)*» (*Relazioni Internazionali*, p. 151. Milano: Egea, 2012).

²¹ Para mejor comprender el concepto de integración es necesario ingresar en su sentido etimológico consistente en el acto de agregar diferentes especies, la unión de algo menor con algo mayor, de tal manera que el resultado de esa junción siempre implica en una variación positiva, de contenido superior a las condiciones anteriores. En el plan de la

fundización y consolidación que empieza, en su periodo inicial, con la institución de una zona de libre comercio, en que son suprimidos los aranceles al comercio interregional. Secuencialmente, se establece la Unión Aduanera, con la uniformización de los aranceles en relación a las mercancías importadas de terceros países. Después se forma un Mercado Común con el objetivo de liberar el tránsito de los factores productivos en la zona territorial correspondiente al bloque²²; y, por último, se establecen políticas macroeconómicas unificadas para establecer la Unión Económica entre los países miembros²³.

ciencia política, comprende la unión de Estados soberanos para constitución de una comunidad con existencia y actuación internacional propia. Específicamente, la integración regional se refiere al proceso en que diferentes Estados soberanos, situados en una misma zona geográfica del planeta se unen para formación de una organización internacional (CONTIPELLI, E. y PICCIAU, S. *La Evolución de los Modelos de Cooperación Internacional y las Potencias Emergentes: BRICS*, p. 31, Revista Direito Mackenzie v. 08, 2014).

²² La formación del Mercado Común Andino (MCA) tuvo sus rumbos definidos especialmente por la Cumbre Presidencial de Lima (2000), en que los Jefes de Estado de los países miembros decidieran, justificados en la atribución de agilidad y flexibilidad al proceso, promover el desarrollo del mercado común por intermedio de Directrices, la cuales no hacen parte del orden jurídico comunitario y, en tal perspectiva, manifiestan las voluntades políticas individuales y puntuales de cada Estado, es decir, demuestra directamente el interés de los mandatos presidenciales, perjudicando el establecimiento de un programa consistente y de largo plazo, además de la ausencia de confianza en el funcionamiento institucional del proceso de integración.

²³ Según GARCÍA GUERRERO, en la ciencia económica constatamos cuatro tipos de acuerdos supraestatales que se encuentran directamente vinculados con la intensidad de su integración económica: acuerdos de libre comercio, caracterizados por la reducción, cuando no eliminación, de las barreras arancelarias a los productos comerciales, surtiendo efectos en el principio de unidad económica nacional y su correlato la unidad de mercado; uniones aduaneras, en que se profundiza la integración, pues, además de las barreras arancelarias, son fijados objetivos comunes frente al exterior, es decir se busca una política comercial común; mercado común, que implica una política comercial común y una completa liberalización de los factores de producción, generando un nuevo ordenamiento supraestatal que se relaciona con los ordenamientos de los estado miembros principalmente a través del principio de competencia; y el cuarto e ultimo tipo, corresponde a la unidad económica supra estatal, que conlleva las mismas exigencias que el mercado común, pero incluye, además, una armonización de las políticas macroeconómicas y de las políticas regulatorias. De acuerdo con el autor, el Pacto Andino estaría inserto en el segundo tipo de integración, o sea, unión aduanera, destacando que ese proceso de integración estaba dirigido a la conformación de un mercado común, pero ha fracasado, sobretudo, tras la creación de la Alianza del Pacifico involucrando México, Colombia, Perú y Chile. (GARCÍA-GUERRERO, J. L. *Las Integraciones Económicas Supraestatales y los Acuerdos entre Bloques Económicos en Definitiva, la Globalización como Último embate al Concepto Racional Normativo de Constitución*, en PRATS, E. J. y JIMINIÁN, M. V. (coords) *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*. Republica Dominicana: Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014).

La superación de las etapas descriptas, que atribuyen complejidad al proceso de integración, encuentra una serie de factores que contribuyen para su limitación en el continente latinoamericano, entre los cuales se sobresalen la inestabilidad política y económica, las diferentes concepciones ideológicas que generan distintas perspectivas sobre la integración y la ausencia de apertura democrática en ciertos países.

Según la doctrina²⁴, es posible identificar algunos aspectos que singularizan la formación del proceso de integración andino, relacionados con la determinación de una política de desarrollo industrial conjunta y ecuánime; la distribución uniforme de ventajas y costes de la integración, ese fue un motivo determinante para formación del bloque contrariando la lógica de la ALALC; el establecimiento de un planteamiento estructurado, compuesto por etapas para lograr un arancel externo común; posibilitar la atracción de empresas multinacionales, sobre todo como forma de transferencia de tecnología; y, por fin, definición de estructura institucional capaz de generar potencializar los resultados positivos de la integración.

Teniendo en cuenta las afirmaciones anteriores revisaremos la evolución de las propuestas de integración del Pacto Andino. Es importante considerar algunas condicionantes que contribuyeran para creación del bloque y que están vinculados a aspectos socioculturales como el facilitador comunicacional en razón de la presencia de un idioma único en la región y los rasgos culturales comunes entre esos países miembros que se ubican en una misma región territorial.

De ese modo, el Pacto Andino se estableció como un modelo institucional destinado a la promoción de desarrollo económico en la región a través de la adopción de una política común para reducción de la dependencia directa en relación a la inversión extranjera, especialmente, con la armonización de normas relativas a la inversión extranjera en la región, diferenciándose de los demás esquemas de integración propuestos para países subdesarrollados. La protección a los países miembros del grupo revelan como puntos de acción la gradual eliminación de barreras aduaneras y la intensificación de las comunicaciones para facilitar el comercio recíproco.

Lógicamente, para alcanzar tales resultados el Pacto Andino estuvo cerca de 22 años entre progreses y retrocesos. Solamente, en 1989, la Cumbre de Cartagena determinó el renacimiento del proceso de integración andino, cuando los Presidentes de los países miembros acordaron la creación en un corto plazo de un modelo de Unión Aduanera, que fue dibujada con mayor precisión en las reuniones siguientes (Galápagos, Cuzco, La Paz, Caracas y

²⁴ GERMÁNICO, S. P. *El Grupo Andino de Hoy: Eslabón Hacia la Integración de Sudamérica*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 1995.

Cartagena), las cuales decidirán por el establecimiento de la Zona de Libre Comercio y del Arancel Externo Común.

Por lo tanto, como principales resultados alcanzados a partir de las propuestas iniciales de formación del bloque, la Comunidad Andina logró establecer un modelo de integración comercial marcado por la existencia de una zona de libre comercio desde 1993, en que los productos de origen andino circulan libremente en la subregión (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), independientemente del pago de aranceles, y de un arancel externo común en vigor desde 1995.

Otra importante conquista en términos de integración es la libre circulación de personas en el territorio de los países de la Comunidad Andina. A partir de 2003, fue autorizado el ingreso sin pasaporte entre los ciudadanos de los países miembros del bloque, bastando para entrada la presentación del respectivo documento de identidad. Además, con la Decisión 504 de Junio de 2001, fue creado el Pasaporte Andino, lo cual presenta un padrón uniforme con características mínimas en relación a la nomenclatura y a determinadas cuestiones de seguridad.

Con la adopción de la Agenda Estratégica Andina surgen nuevos retos, que necesitan de una mejor definición para consolidación de la integración andino, los cuales se refieren, por ejemplo, al desarrollo de la zona fronteriza en la región que posee un impacto negativo en el proceso, al generar tensiones entre los gobiernos de los países miembros, como el histórico conflicto sobre la salida al mar de Bolivia en que también están involucrado Chile y Perú, o el problema de los grupos criminales de narcotráfico y de los armados insurgentes, lo que exige una estrategia de cooperación uniforme entre los países andinos para actuar internamente en nivel local y regional en tales zonas. En la temática social, la Declaración de Machu Picchu destaca elementos clave que deben ser objeto de políticas públicas comunes entre los miembros de la Comunidad Andina como el refuerzo a la participación democrática, la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la mejora de las condiciones de vida de la población.

Aunque la Comunidad Andina haya logrado relevantes éxitos, las propuestas del ambicioso proyecto de integración no se concretaron en toda su dimensión, sobre todo, por la ausencia de apoyo político y de concordancia entre los miembros para el establecimiento de una política común. Es decir, la falta de una percepción única entre los gobernantes de los países miembros de la Comunidad Andina sobre el futuro del proceso de integración pone en riesgo su evolución.

Uno de los objetivos propuestos para el bloque y de fundamental importancia en su evolución, es la adopción de una política exterior común que está lejos de ser implementado, considerando las diferentes y contradictorias perspectivas ideológicas de los gobernantes de los países miembros. Por

ejemplo, las negociaciones para el establecimiento de Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos confrontan nítidamente las posiciones políticas de Colombia y Perú, con las de Bolivia y Ecuador, siendo incluso ese uno de los motivos que llevarán a la salida de Venezuela del bloque en 2006. Contemporáneamente, es posible afirmar que uno de los grandes problemas a los que se ha enfrentado el bloque tiene que ver con la adopción de Acuerdos Bilaterales que involucran a países miembros del bloque, sobre todo Perú y Colombia, y las grandes potencias occidentales (EEUU y Unión Europea), lo cual viene generando un desestímulo al comprometimiento de tales países con el desarrollo del proceso de integración andino.

Es cierto que la integración andina no se encuentra exenta de críticas, sobre todo, por su capacidad de actuar efectivamente en el desarrollo de la región. BLANCO ALVARADO señala que la institucionalización de la Comunidad Andina no produce los efectos deseados por fuerza de factores políticos y jurídicos que preceden los de orden económico y no permiten el avance del proceso de integración, y la falta de preparación de los países miembros para comportarse en un ambiente de integración. Interesante apuntar que entre tales factores políticos y jurídicos es posible señalar la ausencia de legitimización del proceso de integración frente al pueblo andino «comoquiera que el mismo no siente que dicho proceso contribuya con soluciones a sus problemas socioeconómicos», estando clara la distancia entre Comunidad Andina y sociedad civil²⁵.

Tal hecho demuestra la necesidad de mayor cohesión entre Órganos e Instituciones que componen la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, preparando los países miembros para asumir sus responsabilidades ante la integración y conferir mayor participación política a los ciudadanos en ese proceso. El alejamiento de la sociedad civil deja la conducción de la integración andina apenas en nivel institucional disminuyendo su magnitud y relevancia en lo que se refiere a un factor fundamental: la integración de los pueblos andinos.

A pesar de las discordancias internas entre sus gobernantes, se verifica un consenso en relación a la necesidad de mantener y fortalecer la cooperación entre los países miembros de Comunidad Andina y desarrollar su proceso de integración como forma de introducir y conferir a la región un papel relevante en el escenario político y comercial internacional y hacer frente a los desafíos impuestos por el la era de la globalización.

Como punto final, podemos constatar que la Comunidad Andina surge como un proceso de integración que va más allá de la creación de una simple zona de negociaciones comerciales interregionales. Su objetivo es

²⁵ BLANCO ALVARADO, C. *La Crisis de la Comunidad Andina*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 42: 1-32, Barranquilla, 2014.

alcanzar un espacio de decisiones comunes sobre política, economía y sociedad, ambición que tiene sus primeros signos de avances en la década de 90, cuando se desarrolla la Unión Aduanera y la propuesta de establecimiento de un Mercado Común en la región, además de documentos que manifiestan la idea de los países miembros de trabajar en conjunto en la superación de retos de contenido político y social. No obstante, conforme señala CASAS GRAGEA, todos estos planteamientos y avances surgen de la retórica política de los principales dirigentes andinos, aunque en realidad los países de la región están inmersos en una aguda crisis económica y política que coloca en riesgo el futuro de la superación de las etapas necesarias para la consolidación de la integración económica, política y social en la región²⁶.

5. CONCLUSIONES

La integración regional en Latinoamérica y sus consecuentes beneficios siempre fueron comprendidos como un reto a ser logrado por los países de la región, que en sus relaciones intergubernamentales siempre privilegiarían sus intereses nacionales en perjuicio de una política comunitaria que posibilite el desarrollo conjunto en el continente. Es cierto que en los procesos de integración es necesaria una preparación previa por parte de las Naciones pactantes para no solo disfrutar de sus ventajas sino también hacer cargo de los objetivos que deben ser concretados para proporcionar la existencia armónica del bloque, desafío que puede ser verificado en el desarrollo histórico del regionalismo andino.

Con relación a la temática institucional, uno de los grandes problemas de la consolidación del proceso de integración andina es la utilización de la Directrices del Consejo Presidencial Andino en asuntos estratégicos para la evolución del bloque justificado por la agilidad y flexibilidad de tales instrumentos. Conforme señalamos anteriormente, las mencionadas Directrices no componen el orden jurídico comunitario, no habiendo implicaciones jurídico-institucionales por no cumplimiento. Además, esa tendencia revela el aspecto intergubernamental que domina la dirección política de la Comunidad, la defensa de los intereses nacionales en detrimento de los comunitarios, lo

²⁶ En las propias palabras del mencionado autor: «aunque no se puede negar el incremento en los flujos comerciales entre los países miembros, la Unión Aduanera está teniendo serios problemas para consolidarse, y la mayoría de los países de la subregión están viviendo una aguda crisis económica y política. Todo esto no augura un porvenir fácil ni para la consolidación de las etapas de integración económica ni para la puesta en marcha de la integración política y social» (CASAS GRAGEA, Ángel. *La Comunidad Andina: 30 años en Busca del Desarrollo*. Revista de Fomento Social 56, p. 65/91, 2001).

que lleva al cuestionamiento sobre la necesidad de determinados Órganos, debilitando aún más la evolución del proceso de integración.

Por lo tanto, constatamos en tal contexto que determinados Órganos necesitan de una reformulación para mejor encaje en los retos propuestos por el bloque, como por ejemplo, el Parlamento Andino, que debería funcionar como entidad dotada de competencias de contenido normativo para actuar como instancia más activa de representación política ciudadana ante el proceso de integración, superando el problema del alejamiento entre pueblo y Comunidad Andina y reforzando la legitimación democrática del ordenamiento jurídico comunitario, lo que le atribuiría un carácter supranacional.

La Comunidad Andina también podría asumir su connotación intergubernamental, estableciendo una nueva arquitectura institucional que redujera la vinculación del sistema jurídico comunitario, determinando nuevos objetivos para la entidad sobretudo en temas políticos y sociales y flexibilizando la participación de los países miembros en el proceso de integración a actuaciones de carácter puntual. Sin embargo, esta situación colocaría en riesgo todas las conquistas obtenidas históricamente por el bloque y quizás su propia existencia, en la medida en que la cooperación en la región estaría nítidamente debilitada. Ante tales afirmaciones concluimos que algo es esencial para el futuro de la Comunidad Andina: definir que camino seguir como entidad supranacional o intergubernamental, para que la cooperación e integración entre los países de la región pueda continuar existiendo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO ALVARADO, C., *La Crisis de la Comunidad Andina*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 42: 1-32, Barranquilla, 2014.
- CASAS CASAS, A. y CORREA, M. E., *¿Qué Pasa con la Comunidad Andina de Naciones-CAN?* Papel Político vol. 12, n.º 02. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- CASAS GRAGEA, Ángel María, *El Modelo Regional Andino: Enfoque de Economía Política Internacional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.
- *La Comunidad Andina: 30 años en Busca del Desarrollo*. Revista de Fomento Social 56, p. 65/91, 2001.
- CONTIPELLI, E. y PICCIAU, S., *La Evolución de los Modelos de Cooperación Internacional y las Potencias Emergentes: BRICS*. Sao Paulo: Revista Direito Mackenzie v. 08, 2014.
- DURAN VALDÉS, L., *El Acuerdo de Integración Subregional: Antecedentes, Negociaciones y Comentarios*. Revista de Derecho Público n.º 10. Santiago: Universidad de Chile, 1969.
- GARCÍA-GUERRERO, J. L., *Las Integraciones Económicas Supraestatales y los Acuerdos entre Bloques Económicos en Definitiva, la Globalización como Último embate al Concepto Racional Normativo de Constitución*, en PRATS, E. J. y JIMI-

- NIÁN, M. V. (coords) *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*. República Dominicana: Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014.
- GERMÁNICO, S. P., *El Grupo Andino de Hoy: Eslabón Hacia la Integración de Sudamérica*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 1995.
- GONZÁLES, A. C., *Reflexiones sobre el Futuro de la ALALC. Integración Latinoamericana: El Futuro de la ALALC*. Revista Mensual INTAL n.º 40, 1979.
- LEVÍ CORAL, M., *La Relación UE–Comunidad Andina en el Contexto de la Negociación de los Acuerdos de Asociación* en ROY, J. y DOMÍNGUEZ, R. (eds). *España en la Unión Europea y el Estado de la Integración Latinoamericana*. Miami: Miami-Florida European Union Center/Jean Monnet Chair, 2010.
- LUNA CAMPO, A., *Elementos de Derecho Comunitario: Panorámica de la ALALC y del Pacto Andino*. Bogotá: PAX, 1974.
- MAZZEI, Franco, *Relazioni Internazionali*. Milano: Egea, 2012.
- QUINDIMIL, J., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2006.
- PINO ESTRADA, M. M., *El Sistema Jurídico en la Comunidad Andina de Naciones*. Revista Intellector n.º 04, Rio de Janeiro: CEGRI, 2006.
- PORTA, F., *La Integración Sudamericana en Perspectiva. Problemas y Dilemas*. Santiago: CEPAL, 2008.
- ROMERO, M., *Comentario Internacional: Integración Andina en el Contexto de la Crisis Subregional*. Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
- TANGARIFE, M., *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002.

TITLE: The Andean Community of Nations and the evolution of the process of economic integration in Latin America

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo realizar una descripción general del proceso de integración andino a partir de su análisis histórico, institucional y conceptual. De ese modo, en la primera parte, presentamos un breve histórico del desarrollo institucional de la integración andina, verificando los principales hechos que contribuirán para su formación y que actúan en su conformación actual. La segunda parte explora la estructura institucional de la Comunidad Andina sobre todo para verificar la adecuación entre sus órganos e instituciones con los objetivos estipulados para el bloque. En la tercera parte, tratamos de la categorización del regionalismo andino y la evolución de sus propuestas institucionales, especialmente, para verificar como la Comunidad Andina se comporta ante el actual escenario globalizado, como forma de debatir el propio cuadro del desarrollo del proceso de integración socioeconómica en Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: Comunidad Andina. Integración. Regionalismo. América Latina.

ABSTRACT: The present article aims to realize a general description of the Andean integration process from its historical and conceptual analysis. Therefore, in the first part, we present a brief historical of the institutional development of the Andean Integration, checking the principals facts that contribute to its formation and that act in its current conformation. The second part explores the institutional structure of the Andean Community specially to verify the compatibility among its entities and institutions with the objectives proposes for the block. In the third part, we investigate de categorization of the Andean regionalism and the evolution of its institutional proposes, specially, to verify how the Andean Community act in the globalized scenario as a way to debates the framework of the development of the socioeconomic integration process in Latin America.

KEY WORDS: Andean Community. Integration. Regionalism. Latin America.

RECIBIDO: 03.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO¹

Jairo Andrés Castaño Peña

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp281-305

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. CONTEXTO. 3. CREACIÓN, ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN. 3.1. *Objetivos*. 3.2. *Órganos y funcionamiento*. 3.2.1. Cumbres. 3.2.2. Presidencia pro tempore. 3.2.3. El Consejo de Ministros. 3.2.4. El GAN. 3.2.5. Comités y Grupos Técnicos. 3.2.6. Países observadores. 3.2.7. Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico. 4. AVANCES Y LOGROS. 5. PERSPECTIVAS. 6. CONCLUSIONES. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 8. INFORMES DE INSTITUCIONES Y DOCUMENTOS DIFUNDIDOS EN INTERNET.

1. ANTECEDENTES

La integración latinoamericana ha sido un anhelo constante de la región que ya veía sus primeras expresiones en la Carta de Jamaica escrita por Simón Bolívar durante el periodo de independencia. Sin embargo, la integración sigue siendo un punto pendiente de la agenda de todos los países latinoamericanos. Si bien es cierto que ha habido múltiples iniciativas con este propósito, también lo es que las diferencias en materia política, económica e incluso cultural han impedido que haya un liderazgo claro que marque el

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R). Investigadores principales: José Luis GARCÍA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN.

sentido de dicho proceso y que logre una posición común con capacidad de dar fuerza a las diferentes iniciativas.

La integración latinoamericana aparece en las constituciones de Colombia y Perú como un compromiso y un deber del Estado². Las constituciones de Chile y de México, por su parte, no tienen cláusulas que destaquen la importancia de la integración latinoamericana dentro del texto constitucional, pero esto no implica que este silencio deba ser interpretado como un límite para lograrlo. Las cuatro constituciones de los países parte de la Alianza reconocen el valor normativo de los tratados internacionales, especialmente en lo que concierne a la protección de los Derechos Humanos, de ahí la eficacia que ha demostrado el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos³. Sin embargo, la integración política y económica lleva un ritmo propio, mucho más lento y sobre todo inestable, ya que depende en buena medida de la voluntad de cada gobernante y de su posición política.

Los proyectos de integración más importantes en Latinoamérica han sido: Comunidad Andina de Naciones CAN (1969), Asociación Latinoamericana De Integración ALADI (1980), en reemplazo de Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), Mercado Común del Sur MERCOSUR (1991), Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América – Tratado de Libre Comercio ALBA (2004), Unión de Naciones Suramericanas UNASUR (2004), Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños CELAC (2010) y la más reciente Alianza del Pacífico (2011), en adelante la Alianza.

La Comunidad Andina de Naciones CAN, es un proyecto de los años 70's, actualmente participan de este organismo internacional Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Por su parte, Chile y Venezuela fueron miembros, pero Chile se retiró bajo el régimen de Augusto Pinochet en 1976 y se reincorporó en calidad de miembro asociado el año 2006; mientras que Venezuela se retiró en el año 2006.

En la CAN funciona la Zona de Libre Comercio plenamente desde el año 2005, cuando Perú terminó su proceso de desgravación. En materia de movilidad de personas ha logrado que sea posible para los ciudadanos realizar actividades remuneradas en otro país de la Zona contando con una oferta o contrato de trabajo (basta con el registro como extranjero en el lugar de destino), mientras que para ingresar a los países para otros fines es suficiente con

² HERRERA, J C., «Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la carta de Jamaica [*]», *Colombia Internacional*, n.º 86, 2016, pp. 165-192

³ ACOSTA ALVARADO, P. A., *Más allá De La Utopía: Del Diálogo Interjudicial a La Constitucionalización Del Derecho Internacional. La Red Judicial Latinoamericana Como Prueba y Motor Del Constitucionalismo Multinivel*, 2015. Tesis doctoral disponible en <<http://eprints.sim.ucm.es/28119/>> (última consulta, 15 junio 2016), p. 280.

el documento de identidad nacional (sin visa e incluso sin pasaporte). Otros logros de la CAN son: la portabilidad de los aportes a seguridad social entre los cuatro países, la negociación en bloque de compra de medicamentos y un régimen común en materia de propiedad intelectual⁴.

La Asociación Latinoamericana de Integración ALADI⁵ es un proyecto que inició sus actividades en 1980. El propósito de este acuerdo es lograr un mercado común latinoamericano, actualmente es la asociación más grande de la región y cuenta con la participación de trece países. (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela).

Este acuerdo prevé la integración de manera progresiva, considerando la situación de cada país. En desarrollo de este postulado, por ejemplo, se han suscrito acuerdos que dan preferencias arancelarias sobre algunos productos a Bolivia, Ecuador y Paraguay sin reciprocidad⁶.

El Mercado Común del Sur MERCOSUR nace con el propósito de hacer contrapeso a los intereses de Estados Unidos sobre la región a principios de los años 90. La integración que propone si bien tiene un importante componente económico, también contiene compromisos sociales y políticos⁷. En esa medida, Mercosur no tiene una proyección de economía abierta, y más bien tiene un perfil casi proteccionista, sobre todo después de la redefinición política que ha sufrido desde el año 2003⁸.

La combinación de los elementos aperturistas y de compromisos sociales, hace que el bloque MERCOSUR sea clasificado como un híbrido entre los procesos de integración ya que no propone volver al proteccionismo, pero tampoco a la apertura total de sus mercados, sino que se encuentra en un punto intermedio, además, la presencia de compromisos en materia social y la preocupación por el crecimiento equitativo definen el perfil de este proceso de integración⁹.

⁴ Comunidad Andina de Naciones. *Quiénes somos /logros*; CAN, Decisión 486 del año 2000.

⁵ LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «Chapter 2. the Latin American Integration Association» en ODELLO, M.; and SEATZU, F. (eds.), *Latin American and Caribbean International Institutional Law*, Springer, 2015, pp. 22-42.

⁶ ALADI, Acuerdos Regionales – Apertura de Mercados (AR.AM) 1, 2 y 3.

⁷ OCHOA BILBAO, L.; VELÁZQUEZ FLORES, R., «México, el MERCOSUR y la alianza del pacífico: Intereses, identidades y prioridades regionales», *Miriada: Investigación En Ciencias Sociales*, 2016, vol. 7, n.º 11, p. 53.

⁸ CABALLERO SANTOS, S., «Mercosur: The Role of Ideas and a More Comprehensive Regionalism», *Colombia Internacional*, n.º 78, 2013, pp. 127-144.

⁹ BRICEÑO RUIZ, J., «Ejes y Modelos En La Etapa Actual De La Integración Económica Regional En América Latina», *Estudios Internacionales (Santiago)*, vol. 45, n.º 175, 2013, p. 27.

Participan de este proyecto Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como fundadores; recientemente se unió Venezuela; y, actualmente, Bolivia está en proceso de adhesión.

Pese a la importancia económica de este bloque, solo ha firmado TLC con Israel, Egipto, Palestina y con la Comunidad Andina de Naciones. En días pasados, el gobierno del recién posesionado presidente de Argentina, Mauricio Macri, manifestó el interés de unirse a la Alianza del Pacífico en calidad de observador y a su vez, respecto de Mercosur, sostuvo que necesita un vínculo de salida hacia el pacífico¹⁰.

La historia de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América ALBA, está íntimamente relacionada con el nacimiento de la Alianza del Pacífico y con el ocaso del proyecto estadounidense de Acuerdo de Libre Comercio de las Américas ALCA. Los países que hoy conforman la Alianza del Pacífico son justamente los países que estaban dispuestos a aceptar la suscripción del acuerdo con Estados Unidos, mientras que los países que lo rechazaron formaron el ALBA en 2004¹¹.

En noviembre del año 2005, la postura antagónica de los gobiernos de izquierda, encabezada por Hugo Chávez, rompió cualquier posibilidad de continuar con las negociaciones del ALCA, dejando claro que las posiciones políticas superaban las posibilidades de continuar con las negociaciones, además la formulación del nuevo acuerdo que daba vida al ALBA tenía claramente ingredientes de corte de reivindicación política y ánimos de consolidar el Socialismo del Siglo XXI. En palabras de BRICEÑO «el ALBA no es un forma tradicional de integración económica, sino que plantea que esta se desarrolle no a partir de una estrategia tradicional basada en el libre comercio, sino que (...) propone un nuevo modelo de integración económica no capitalista»¹².

El ALBA estaba constituido en un principio por Argentina, Brasil y Venezuela, posteriormente se unieron Bolivia y Ecuador de Suramérica, y de Centroamérica: Antigua Barbuda, Cuba, Dominica, Granada, Nicaragua, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y Surinam.

La Unión de Naciones Suramericanas UNASUR es una organización internacional que nace en el año 2004, tiene unos objetivos claramente políti-

¹⁰ Diario La Nación. *El gobierno instó al Mercosur a alinearse a la Alianza del Pacífico*.

¹¹ BERNAL-MEZA, R., «ALIANZA DEL PACÍFICO Versus ALBA y MERCOSUR: Entre El Desafío De La Convergencia y El Riesgo De La Fragmentación De Sudamérica», *Pesquisa & Debate. Revista do Programa De Estudos Pós-Graduados Em Economia Política*. vol. 26, n.º 1 (47), 2015, p. 2.

¹² BRICEÑO RUIZ, J., «Ejes y Modelos En La Etapa Actual De La Integración Económica Regional En América Latina», *Estudios Internacionales (Santiago)*, vol. 45, n.º 175, 2013, p. 18.

cos en la región, sus alcances y pretensiones en materia económica son más bien limitados y centra su interés en la integración financiera y la cooperación económica y comercial, pero no tiene como objetivo crear zonas de libre comercio o crear un mercado común.

Sin embargo, la limitación respecto de la integración económica es una de las fortalezas de esta organización, ya que se centra en los aspectos sociales más problemáticos que conciernen a todos los países de la región. Y creo que es una fortaleza ya que permite darle continuidad a los programas independientemente de los perfiles políticos de cada periodo presidencial.

De este proyecto participan Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Y en último lugar, y de formación más reciente, está la Alianza del Pacífico, conformada por Chile, Colombia, México y Perú, caracterizada por su rápido crecimiento e impacto internacional y que corresponde al objeto de estudio este texto.

2. CONTEXTO

La Alianza del Pacífico nace el año 2010 como iniciativa del presidente peruano Alan García, los primeros pasos (primera cumbre) se dan en abril del 2011 con la participación de Colombia, Chile, Estados Unidos de México y Perú en calidad de miembros, también participó Panamá en calidad de observador y con la posibilidad de integrarse a la Alianza una vez adelante los Tratados de Libre Comercio con los demás países. El propósito de la Alianza es lograr la libre circulación de bienes, servicios, capital y personas dentro de la región. Por otra parte, una de las prioridades del proceso de integración es lograr una consolidación que favorezca el intercambio comercial con otros mercados, especialmente con los países de la cuenca del Pacífico asiático. Es notorio que la atención de la Alianza está centrada en la profundización de las relaciones económicas con un corte aperturista, dejando de lado el componente político y social que ha caracterizado a otras iniciativas de integración latinoamericanas.

Los cuatro países son democráticos y respetan el Estado de Derecho, otro aspecto relevante para su constitución es que sus políticas económicas son más o menos similares, son economías abiertas, los cuatro países tienen tratados de libre comercio con Estados Unidos y con la Unión Europea, a la cabeza está Chile con veintiún TLC y cinco Acuerdos Comerciales Preferenciales (AAP); seguido por México con trece TLC y seis APP; Perú por su parte quince TLC y una Unión Aduanera, y, por último, Colombia con ocho TLC, seis APP y una Unión Aduanera¹³.

¹³ Sistema de Información sobre Comercio Exterior SICE de la Organización de los Estados Americanos. *Países: Chile, Colombia, México, Perú.*

En diciembre del año 2011 se celebró la segunda cumbre de la Alianza en Mérida, México. En esta cumbre se instruyó a los ministros de relaciones exteriores para que en un término inferior a seis meses concluyeran con el Acuerdo Marco que permitiera constituir el tratado fundacional de la Alianza. Además, se iniciaron las negociaciones sobre comercio electrónico e inversión, tratamiento arancelario, medidas sanitarias y fitosanitarias, y visa de la Alianza para facilitar la movilidad de personas.

La Alianza del Pacífico se funda sobre las bases formadas por los Tratados de Libre Comercio suscritos entre los países miembros, con la salvedad de que Colombia y Perú, por ser miembros de la CAN, tienen establecida un área de libre comercio y en esa medida no hacía falta suscribir un tratado adicional¹⁴.

Respecto del contexto geopolítico, algunas lecturas apuntan a que la Alianza nace como respuesta al crecimiento significativo de Brasil que lo posiciona como potencia y líder de la región; de ahí la importancia para los países miembros de aumentar su poder de influencia y participación en la región. Es más, esta visión, basada en el poder hegemónico, explica el interés y apoyo de Estados Unidos a la nueva formación¹⁵. Aunque esta motivación ha sido negada de manera categórica en diferentes oportunidades por los representantes de los Estados que conforman la Alianza, advirtiendo que se trata de una iniciativa abierta a la participación de otros Estados que compartan los mismos intereses¹⁶.

El potencial económico de la Alianza es innegable, el Pacífico es el océano más importante del mundo, cubre un tercio de la superficie terrestre, el 40% de la población de la tierra tiene acceso a éste (2.700 millones de personas) y concentra el 50% del comercio del mundo, de ahí el interés de ampliar las relaciones comerciales a través de este océano.

En torno al Pacífico se han integrado tres bloques económicos adicionales a la Alianza del Pacífico¹⁷: en primer lugar el Foro de Cooperación Económi-

¹⁴ En el año 1994 se firmó TLC entre México y Colombia, en 1998 lo hizo Chile con México, en 2006 Perú con Chile y ese mismo año entre Chile y Colombia. Fuente: Sistema de Información sobre Comercio Exterior SICE. Mientras que Colombia y Perú, por ser parte de la CAN, rigen sus relaciones comerciales por la Zona de Libre Comercio que empezó a funcionar plenamente desde el año 2005. CAN Decisión 414 de 1997.

¹⁵ REGGIARDO PALACIOS, G., *Un Nuevo Escenario Geopolítico En La Región Latinoamericana: La Creación De La Alianza Del Pacífico (2011-2015)*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.

¹⁶ El Diario.es. *La Alianza del Pacífico no es una guerra en Latinoamérica, asegura el presidente de Chile*, Diario El Tiempo. '*Alianza del Pacífico no es un proceso contra nadie*': Santos, Casa de América – Madrid. *Presentación en España de la 'alianza del pacífico'*.

¹⁷ Diario El Mercurio. *A 500 años de su descubrimiento, el océano Pacífico concentra la mitad del comercio global*.

ca Asia Pacífico APEC, establecido en 1989 con el propósito de facilitar el intercambio comercial a través del Pacífico, este foro ha sido un espacio de entendimiento y cooperación, y si bien sus decisiones se toman por consenso y no son vinculantes, muestra la importancia y permanente interés en aumentar los lazos comerciales, el libre comercio y el desarrollo sostenible en torno a la la cuenca del Pacífico. De los países de la Alianza todos, a excepción de Colombia, forman parte de este foro.

En segundo lugar, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica TTP (*Trans-Pacific Partnership*) que es un tratado de libre comercio firmado por doce países en el año 2015 en el marco del APEC, del cual Colombia tampoco hace parte.

Y, en tercer lugar, la Asociación de Países del Sudeste Asiático ASEAN de 1967 y que desde el año 2007 está profundizando su integración.

Las economías de los países que conforman la Alianza se vieron fortalecidas por el aumento de los precios de los *comodities* durante su etapa de formación, mientras que se vivía una crisis con mayor dureza en Estados Unidos y la Unión Europea.

Las economías de los países individualmente consideradas son simplemente cuatro economías abiertas de tamaño pequeño a medio, sin embargo, unidas cuentan con una población de cerca de 215 millones de habitantes, con un PIB que corresponde al 37% de toda la región, además ocupa la novena posición entre las economías más grandes del mundo y en materia de negocios concentra el 50% del total de Latinoamérica¹⁸.

Los avances y logros de la Alianza se han visto favorecidos por la estabilidad y la unidad de perspectiva de los países miembros de la organización con respecto a la idea de desarrollo y crecimiento económico. De tal manera que las decisiones y la forma en que discurren las relaciones están determinadas no por una respuesta a una ideología o fervor patriótico sino por la certeza de que es el camino para lograr los objetivos de la organización y de cada país miembro.

Un ejemplo de esta visión se presentó con la llegada del presidente socialista Ollanta Humala al poder en el año 2011 que generó dudas con respecto al futuro del modelo de desarrollo económico de Perú. Dado el estado de inestabilidad política en otros países de la región, se temía que el nuevo gobierno se alineara al frente del Socialismo del Siglo XXI, tanto así que la bolsa experimentó una caída del 12% un día después de las elecciones y fue necesario que suspendiera sus operaciones ante el desplome; sin embargo,

¹⁸ GEORGE, S., *The Pacific Pumas. An Emerging Model for Emerging Markets*. Washington: Bertelsmann Foundation y *Global Economic Dynamics*, 2014. Disponible en: <<http://www.bfna.org/publication/the-pacific-pumas-an-emerging-pacific-alliance-model-for-emerging-markets>> (última consulta, 15 junio 2016), p. 28.

estas dudas fueron despejadas con los primeros meses de gobierno y se pudo constatar el compromiso del mandatario con los principios del Estado Social de Derecho y, sobre todo, con los principios democráticos. Es de anotar, que todos los avances de la Alianza se han adelantado bajo su gobierno, lo cual confirma la respuesta libre de ideología que ha fortalecido a la organización.

3. CREACIÓN, ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN

El tratado constitutivo, denominado Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, se suscribió el 6 de junio de 2012 en Paranal, Chile. Este acuerdo define como requisito esencial para participar del proyecto la vigencia del Estado de Derecho, la democracia y el orden constitucional; también, la separación de los poderes del Estado y la protección, promoción y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales¹⁹.

3.1. *Objetivos*

Los objetivos que se ha fijado la Alianza, son fundamentalmente de carácter económico, así pues, establecer un área de integración con miras a lograr la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas; asimismo, impulsar el crecimiento económico y por último convertirse en una «plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, y de proyección al mundo, con especial énfasis al Asia Pacífico»²⁰.

De tal suerte, que la Alianza del Pacífico pretende crear un mercado común en un momento dado, solo de esta manera pueden ser interpretados estos objetivos que se ha trazado²¹.

Para alcanzar estos objetivos se pretende liberalizar el intercambio comercial de bienes y servicios, creando así una zona de libre comercio; además, establecer la libre circulación de capitales y promover la inversión entre las partes; también, se busca promover la colaboración entre las autoridades migratorias y consulares con el propósito de facilitar el movimiento de personas en el interior de la zona y contribuir en el desarrollo de mecanismos para la contención de la delincuencia organizada; e impulsar la Plataforma de Cooperación del Pacífico.

Estos objetivos confirman la renuencia a lograr una integración con un componente social o político, y en vez de eso, lograr un impacto significa-

¹⁹ Alianza del Pacífico, «Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico» Art. 2.

²⁰ *Ibid.* Art. 3.

²¹ BRICEÑO RUIZ, J., «Ejes y Modelos En La Etapa Actual De La Integración Económica Regional En América Latina», *Estudios Internacionales (Santiago)*, vol. 45, n.º 175, 2013, p. 30.

tivo a través de decisiones pragmáticas que den fluidez a las relaciones económicas²².

El artículo 9 del Acuerdo Marco dispone que: «La Alianza del Pacífico promoverá iniciativas y lineamientos de acción sobre temas de interés regional o internacional y buscará consolidar mecanismos de vinculación con Estados y organizaciones internacionales». Adicionalmente, dispone que las organizaciones internacionales pueden apoyar a la nueva formación en el logro de sus objetivos.

3.2. Órganos y funcionamiento

3.2.1. Cumbres

Los encuentros de los presidentes de los Estados miembros y de los observadores invitados se denominan Cumbres, en ellas se marca la senda, los objetivos y la agenda por donde debe continuar el proceso de integración. El resultado de las cumbres es recogido en las Declaraciones, donde se exponen las conclusiones, lineamientos y propósitos para continuar con el proceso de integración. Estos encuentros tienen un valor diplomático y político importante aunque no forman parte de la estructura de toma de decisiones de la Alianza del Pacífico, por esa razón, las Declaraciones son manifestaciones de intenciones no vinculantes.

3.2.2. Presidencia *pro tempore*

La Alianza no cuenta con una secretaría permanente y por eso está previsto que la coordinación de las actividades de la organización sean alternadas por los países que la conforman bajo la figura de la presidencia *pro tempore*.

El Acuerdo Marco, en su artículo 7, establece que es responsabilidad del titular de la presidencia organizar las cumbres, coordinar las reuniones del Consejo de Ministros y del Grupo de Alto Nivel (GAN), llevar el registro y actas de los encuentros, y representar a la Alianza en los asuntos de interés común por encargo de las partes.

Es evidente pues, que la presidencia tiene un contenido administrativo y relativamente de poca importancia respecto del desarrollo del proceso de integración, ya que no tiene poder de decisión e incluso la representación se ve condicionada al «encargo de las Partes».

²² OCHOA BILBAO, L.; VELÁZQUEZ FLORES, R., «México, el MERCOSUR y la alianza del pacífico: Intereses, identidades y prioridades regionales», *Miriada: Investigación En Ciencias Sociales*, 2016, vol. 7, n.º 11, p. 59.

3.2.3. El Consejo de Ministros

El artículo 4 del Acuerdo Marco establece que el Consejo de Ministros estará integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior o sus delegados de los países miembros.

El Consejo de Ministros es el espacio de decisión más importante de la Alianza y es el encargado de tomar las medidas más relevantes para desarrollar y cumplir con las disposiciones y objetivos del Acuerdo Marco y de las Declaraciones presidenciales.

Además de tomar las decisiones, tiene la función de supervisar y evaluar la ejecución de las mismas; también, establece la agenda, crea los grupos de trabajo encargados de profundizar en la consecución de los fines de la Alianza, define la política de la Alianza en relación con otros Estados o esquemas de integración y puede convocar al Grupo de Alto Nivel GAN cuando lo considere necesario. El Consejo de Ministros se reúne una vez por año y sesiona con la presencia de todas las partes, sin embargo puede reunirse extraordinariamente a solicitud de cualquiera de las partes.

Las decisiones tomadas por el Consejo son producto del consenso y se consideran parte del ordenamiento jurídico de la Alianza (Art. 6 del Acuerdo Marco). Sin embargo, hay que aclarar que las decisiones adoptadas por el Consejo, no modifican ni reemplazan otros acuerdos comerciales que las partes hayan suscrito entre ellas, ya sean regionales, multilaterales o bilaterales.

3.2.4. El GAN

El Grupo de Alto Nivel está conformado por los viceministros de relaciones exteriores y de finanzas de los Estados parte, este grupo es el encargado de supervisar los avances de los grupos técnicos y comités.

3.2.5. Comités y Grupos Técnicos

Actualmente la Alianza cuenta con una veintena de comités²³, los cuales tienen diferentes tareas, que van desde estudiar situaciones concretas, hasta formular propuestas para avanzar en el proceso o simplemente dar a conocer o promocionar la Alianza y sus ventajas. Es evidente que todos los comités,

²³ Entidades de promoción, Asuntos Institucionales, Comercio e Integración, Comité de Expertos CEAP (Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico), Compras Públicas, Cooperación, Desarrollo Minero, Educación, Estrategia Comunicación, Innovación, Mejora Regulatoria, Movilidad de Personas, Propiedad Intelectual, PYMES, Relacionamientos Externo, Servicios y Capitales, Transparencia Fiscal, Turismo, Género, Cultura.

a excepción de los de Género²⁴ y Educación, están diseñados para causar impacto económico; incluso, el comité de Cultura tiene como objetivo «impulsar el desarrollo de los emprendimientos de las industrias culturales y creativas de los países miembros, aprovechando su alto potencial productivo y dinamizador de una economía sostenible que, al mismo tiempo, construya y proyecte internacionalmente la identidad y diversidad de la Alianza del Pacífico»²⁵.

3.2.6. Países observadores

Para los países que no son miembros, es posible vincularse a la Alianza en calidad de país observador, para ello el Consejo de Ministros debe aprobar la participación del Estado por unanimidad y con la aprobación se definirán las condiciones de dicha participación. La Alianza está abierta a la adhesión de nuevos miembros con la condición de que dicho Estado tenga acuerdos de libre comercio con cada una de las partes que la conforman²⁶.

3.2.7. Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico

También se ha instaurado el Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico CEAP cuyo propósito es promover la Alianza y elevar sugerencias y recomendaciones para mejorar el proceso de integración. Es de indicar que el CEAP está constituido por cuatro capítulos, uno por país, y cada capítulo está integrado por cuatro miembros «hombres de negocios reconocidos». El objetivo es que el sector privado participe activamente en la formación de la Alianza, creando un canal de comunicación directo con los empresarios. Este Consejo no hace parte de la estructura orgánica prevista en el Acuerdo Marco de la Alianza, y su constitución fue suscrita por cuatro empresarios designados por los presidentes de cada país.

4. AVANCES Y LOGROS

Junto con la suscripción del Acuerdo Marco, se dio paso la Declaración de Paraná del 6 de Junio del año 2012, en ella se celebró la finalización de la negociación en materia de comercio electrónico y se impulsaron nuevos objetivos como la eliminación de aranceles, la formulación de un régimen de solución de controversias, implementación de la certificación electrónica de

²⁴ La descripción sobre este comité solo dice que es un elemento transversal de la Alianza del Pacífico. *Temas de Trabajo/cultura*.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Alianza del Pacífico, *Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*. Art. 11.

origen, cooperación en materia aduanera, reconocimiento de Operador Económico Autorizado, avance en la regulación de medidas sanitarias y fitosanitarias; además, se promovió la creación de una plataforma de movilidad estudiantil, en todos los grados, para que desde el año 2013 empezase a funcionar; del mismo modo, se promovió la realización de eventos culturales que reflejen el patrimonio cultural común. En ese mismo sentido, se fijaron como objetivos inmediatos la identificación de obstáculos a la inversión y el comercio en los países miembros con el fin de eliminarlos; la supresión de visas (por parte de México especialmente); el impulso de la cooperación en materia de seguridad para facilitar la movilidad, y, por último, se ordenó a las agencias de comercio internacional de los países miembros buscar inversiones y profundizar la exploración de nuevas regiones para instalar representantes de promoción de dichas agencias, con especial énfasis en Asia.

La Alianza ha establecido herramientas comerciales para consolidarse como un instrumento de desarrollo de la economía regional, sin embargo, también ha implementado medidas y proyectos no comerciarles para impulsar y profundizar el proceso de integración, así pues, la Red de Investigación Científica sobre Cambio Climático, la creación de la Plataforma Estudiantil, o la constitución del Fondo de Cooperación de la Alianza del Pacífico, son medidas que coadyuvan al proceso de integración pero sin una naturaleza comercial. A continuación se presentan los principales logros y avances de la Alianza.

La creación de una Zona de Libre Comercio es sin lugar a dudas el avance más importante en la consolidación de la Alianza. El Protocolo Adicional que la crea fue suscrito el día 10 de febrero del año 2014 en Cartagena de Indias y entró en vigencia el 1 de mayo de 2016 luego de ser aprobado mediante los procedimientos internos de cada país. Este acuerdo libera de aranceles el 92% de los productos y se prevé que el 8% restante se eliminen en el corto y mediano plazo; sin embargo, queda un bajo porcentaje sobre productos «altamente sensibles» diferido a 17 años. El objetivo es que para el año 2030 todos los productos circulen libremente²⁷.

Con la entrada en vigencia de este Protocolo adicional, también se pone en marcha el Procedimiento de Solución de Controversias, el cual está dispuesto con el fin de resolver las disputas entre un inversionista de un Estado parte y un Estado parte (Capítulo 10 sobre inversiones, Sección B); y también el Procedimiento de Solución de Diferencias, que se convierte en el marco para resolver los posibles conflictos entre las partes del Acuerdo (Capítulo 17).

²⁷ Alianza del Pacífico, Dirección general de comunicación social. *Comunicado conjunto de los países miembros de la AP con motivo de la entrada en vigor del protocolo adicional al acuerdo marco*.

Los tratados previos suscritos entre los países continúan vigentes en los temas no regulados por el tratado de la Alianza. La ventaja que aporta este tratado es la armonización de las normas para los cuatro países lo cual es un paso hacia adelante para mejorar y facilitar las relaciones comerciales.

Uno de los cambios más importantes en materia de libre comercio es el avance en materia de Reglas de Origen, ya que todos los productos provenientes de los países de la Alianza estarán cubiertos por la Certificación de Origen. Esta medida, facilita la creación de cadenas productivas eficientes y competitivas, lo cual se traduce en que para un empresario sería posible comprar materia prima en Perú y Chile, fabricar en Colombia y vender a México manteniendo las preferencias de producto de origen, es más, ese producto puede venderse a Estados Unidos (sin aranceles), en virtud del TLC que todos los países tiene suscrito con ese país.

También se avanzó en materia de medidas sanitarias y fitosanitarias, eliminando la posibilidad de que haya un trato discriminatorio o que éstas se conviertan en barreras de acceso al mercado común.

Respecto de la contratación pública se ha dado lugar a la apertura, el artículo 8 del protocolo prevé que todos los proveedores de los países de la Alianza deben ser tratados tan favorablemente como a los nacionales, se acordaron medidas para garantizar la transparencia y la publicidad de los procedimientos de contratación.

Otro aspecto que ha permitido la profundización del libre mercado es la inclusión de las telecomunicaciones en el Protocolo Adicional. Este tema no tenía desarrollo en los acuerdos bilaterales firmados por Chile con Colombia y Perú²⁸. Esto demuestra que si bien la Alianza se apoya firmemente en los acuerdos ya firmados, no se limita éstos e indica la pretensión y determinación de las partes en ampliar los ámbitos de aplicación del libre comercio.

El Mercado Integrado Latinoamericano MILA es la integración de las bolsas de valores de los cuatro países, suele ser presentado como un avance de la Alianza del Pacífico, sin embargo, es importante aclarar que la integración de las bolsas de valores de Bogotá, Lima y Santiago de Chile inició desde el año 2009 y entró a operar desde el 30 de mayo de 2011, es decir, este proceso es independiente de la Alianza, por lo menos en un principio²⁹. Lo que sí es un logro, es la integración de la bolsa de valores de México en el año 2014. Además, hoy el MILA se presenta como «somos el Mercado de Valores de la Alianza del Pacífico-Cuatro países un Mercado»³⁰.

Actualmente, el propósito de la integración lograda con el MILA es facilitar el acceso al mercado de inversión de renta variable de todas las bolsas

²⁸ Alianza del Pacífico. *Protocolo Adicional al Acuerdo Marco ¿Qué significa?*.

²⁹ Mercado Integrado Latinoamericano MILA. *Reseña histórica*.

³⁰ *Ibid.*

con la mera participación de un intermediario local, el cual puede llevar a cabo las operaciones en cualquiera de las cuatro bolsas integradas. También están integrados los depósitos de valores de los cuatro países.

Este tipo de integración es novedosa en la región y posiciona al mercado en el primer lugar de empresas listadas y de operaciones. Respecto de las condiciones, cada bolsa conserva su autonomía y las operaciones se realizan en moneda local. Esto es debido a que la integración no se realizó a través de la fusión de las bolsas, sino mediante la adecuación de medios tecnológicos que permitieran el funcionamiento integrado de las cuatro bolsas. Dado que no hay una fusión, cada bolsa conserva su independencia en materia de regulación, control y vigilancia de la actividad³¹.

Pese a que hoy el alcance del MILA es limitado (inversiones de renta variable), en la Declaración de Paracas de 3 de julio de 2015, producto de la X Cumbre de la Alianza del Pacífico, se ordenó a los Ministros de Finanzas de la Alianza que identifiquen y coordinen iniciativas que permitan el fortalecimiento y la consolidación del MILA, igualmente, que se implementen medidas que logren el reconocimiento de emisores de ofertas públicas primarias, y se amplíe la cantidad de instrumentos negociables dentro del mercado. También se instruyó a los ministros para avanzar en la homologación de tratamiento fiscal y evitar la doble imposición.

Resulta claro que el MILA avanza con el mismo modelo de integración de la Alianza del Pacífico en el sentido de lograr acuerdos concretos con efectos inmediatos y palpables que se consolidan y dan lugar a que resulten eficientes y atractivos para el ámbito internacional.

El Acuerdo sobre medicamentos, también significa un avance para la Alianza, este acuerdo fue firmado por los directores de las autoridades sanitarias de los cuatro países y busca facilitar «el intercambio de información relacionada con la evaluación del otorgamiento de registro sanitario», es decir, que las autoridades van a aprovechar la información obtenida por las otras agencias para agilizar los procesos, sin embargo, y ante la ausencia de normas comunes o armonizadas, cada autoridad conserva su discrecionalidad y deberá aplicar las normas vigentes en cada país. Hasta este momento no hay homologación de certificados. Así pues, la certificación de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM), posiblemente sí se verá agilizada ya que puede basarse en las actas e información obtenida por otra agencia que sea parte del acuerdo³².

³¹ ARIZA VILLAR, D. M.; DÍAZ MOYA, M. F., *Mercado Integrado Latinoamericano (MILA): ¿Objetivos no Cumplidos?*, Repositorio Institucional de la Universidad EAFIT, 2015, pp. 9 y 10.

³² Alianza del Pacífico. *Acuerdo Interinstitucional de Cooperación que Celebran las autoridades sanitarias de la Alianza del Pacífico*. 20 de Junio de 2013.

Por otra parte, el desarrollo de la actividad diplomática y comercial conjunta ha llamado la atención y se ha mostrado como un éxito de la Alianza. En virtud de este acuerdo, los países pueden incrementar su representación y presencia diplomática a través de embajadas y consulados conjuntos. Además, el acuerdo prevé el compromiso de prestar atención a los ciudadanos de otros países miembros de la Alianza, en caso de emergencias y cuando el país que solicita la cooperación no tenga presencia diplomática allí³³.

En desarrollo de este acuerdo se han establecido varias embajadas conjuntas, por ejemplo la de Colombia y Perú en Vietnam; en Ghana los cuatro países comparten la sede diplomática; también en Singapur funcionan conjuntamente la de México y Colombia, entre otras. Incluso, España se ha mostrado interesada en unirse a este proyecto de representación diplomática conjunta dadas las posibilidades de ampliación de la cobertura que supone³⁴. Por otra parte, se dio lugar a la apertura de dos agencias de promoción de la Alianza, una en Estambul (Turquía) y otra en Casablanca (Marruecos).

Otra medida no comercial es la creación de la Plataforma Estudiantil de la Alianza del Pacífico, consistente en un programa de becas de intercambio estudiantil y docente; hasta este momento ha logrado la movilización de casi mil participantes desde su entrada en funcionamiento, una particularidad es que el programa no cuenta con una apropiación de recursos para llevarla a cabo, sino que se basa en el compromiso mutuo entre diferentes entidades³⁵ de los países de otorgarlas de manera recíproca, en tal sentido, las convocatorias y postulaciones se hacen directamente con cada país y no en una institución que las centralice; cada país se compromete a otorgar cien becas por año (75 para estudios de grado y las 25 restantes para doctorados y movilidad de profesores).

La Red de Investigación Científica en materia de Cambio Climático es una de la iniciativas que ya ha tenido repercusión internacional debido a que los resultados de su primera investigación fueron presentados de manera conjunta en la Conferencia de las Partes sobre Cambio Climático de la ONU en Lima de 2014 COP20³⁶, dando lugar a una declaración que recoge los compromisos de los cuatro países sobre la materia³⁷. Estos son gestos que

³³ Las relaciones entre Colombia y Perú también se ven determinadas por la CAN, por ejemplo, en materia de migración laboral, estos dos Estados ya tienen una regulación Decisión 545, que otorga preferencias en esta materia, que incluso son más ambiciosas que las acordadas con la Alianza del Pacífico.

³⁴ Diario ABC.ES, *España quiere compartir embajadas con los países de la Alianza del pacífico*.

³⁵ AGCID, Chile; ICETEX, Colombia; AMEXCID, México; PRONABEC, Perú.

³⁶ Alianza del Pacífico. *Temas de Trabajo/Cooperación*.

³⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. *Alianza del Pacífico presentó declaración en materia de cambio climático en la conferencia de las partes sobre cambio*

proyectan a la Alianza del Pacífico como un proceso de integración sólido. La red está formada por representantes de los Ministerios de Medio Ambiente entre otras instituciones de cada país. Después del reconocimiento de ese primer trabajo, en la Declaración de Paracas se encargó la continuación de otro proyecto con el apoyo de la Universidad de Oxford en materia de Biodiversidad.

Se estableció la Plataforma de Cooperación del Pacífico a través de un memorándum de entendimiento firmado por los ministros de relaciones exteriores con el propósito de apoyar actividades de cooperación en materia de medio ambiente y cambio climático; innovación, ciencia y tecnología; micro, pequeña y medianas empresas PYMES; y desarrollo social.

En el acuerdo se fijan, entre otros aspectos, los requisitos mínimos que deben tener los proyectos de cooperación, tales como los objetivos, el cronograma y los responsables del mismo.

En ese mismo sentido, se ha suscrito el Acuerdo para el establecimiento del Fondo de Cooperación de la Alianza del Pacífico, esté sí con rango de tratado, que tiene por objeto «financiar programas, proyectos y actividades de cooperación aprobados por el Grupo Técnico de Cooperación de la Plataforma de Cooperación del Pacífico (GTC)». Este acuerdo fija un aporte de US \$250.000 Dólares americanos por parte de cada miembro³⁸.

También se ha firmado un Acuerdo de Cooperación en materia de turismo, en el Marco de la Plataforma de Cooperación, que tiene por objeto potenciar las posibilidades que ofrece la región en esta área. El Acuerdo tiene como fin la promoción y divulgación del sector especialmente en «turismo de aventura y naturaleza; turismo deportivo, turismo de sol y playa, turismo de cultura y turismo organizado para grupos; turismo de eventos y convenciones». Este acuerdo se ha traducido en la participación conjunta en macro ruedas de negocios, ferias internacionales, y exposiciones. Es de destacar, que el Acuerdo, de manera explícita, establece que no genera obligaciones jurídicamente vinculantes para las partes.

En el año 2013 se constituyó la Comisión Interparlamentaria de la AP, en primer lugar en el mes de febrero se reunieron en Lima los presidentes de los cuatro parlamentos de los países y se acordó, mediante una Declaración conjunta, adelantar los procedimientos internos para la aprobación de Acuerdo Marco que daría vida a la Alianza. Posteriormente, en mayo del mismo año, en Bogotá, se firmó el acuerdo por parte de los presidentes de los parlamen-

climático de la ONU.

³⁸ Corte Constitucional del Colombia. *Sentencia C-106/16*. La ley aprobatoria de este tratado fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por vicios de trámite en su formación (falta de verificación del quórum). Esto obliga a que el procedimiento deba repetirse.

tos mediante el cual se formalizaba la Comisión de Seguimiento Parlamentario al Acuerdo de la Alianza del Pacífico³⁹.

Cada parlamento se compromete a formar una comisión de por los menos seis miembros, quienes a su vez integrarán el pleno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de la Alianza Pacífico. Al momento de escribir estas líneas se está discutiendo, por parte de Perú y Chile, unificar el marco normativo y los procedimientos para hacer el seguimiento del acuerdo⁴⁰.

Sobre movilidad de personas los avances son discretos pero significativos. El más importante fue la supresión de visados por parte de México para los ciudadanos de Colombia y Perú. El panorama general es la libertad de movimiento de turistas y personas de negocios, que quedan autorizados para ingresar y permanecer en el país anfitrión por aproximadamente 180 días al año sin necesidad de visa; en todo caso no se prevé que bajo esta modalidad se puedan desarrollar actividades remuneradas permanentes.

Con el fin de profundizar las relaciones, se creó el Programa de Vacaciones y Trabajo, que es un visado que se expide a los ciudadanos jóvenes (entre 18 y 30 años) de los países de la Alianza. Este visado permite desarrollar actividades remuneradas por medio tiempo, durante un periodo determinado (depende del país) y por máximo 12 meses, con la condición de que la actividad principal del interesado no sea el trabajo. Este avance se logró gracias al «Acuerdo Interinstitucional de la Alianza del Pacífico para un Programa de Vacaciones y Trabajo» firmado por ministros de relaciones exteriores en el año 2014.

La Alianza cuenta con la participación de cuatro países suscriptores que suman 216 millones de habitantes, un PIB de 2,1 Billones de Dólares (38% del PIB regional); tasa de inflación promedio del 3,9%, y la de desempleo asciende a un 6,5%; también cuenta con la participación de cuarenta países observadores, de los cuales dos (Costa Rica y Panamá) son candidatos a entrar a formar parte en calidad de miembros⁴¹.

La Alianza se ha caracterizado por tener objetivos ambiciosos, así lo han dejado ver las diferentes Declaraciones y lo más importante es que el contenido de éstas se ha visto desarrollado en acuerdos y medidas que demuestran avances respecto del cumplimiento de la agenda.

³⁹ El nombre utilizado es Comisión Interparlamentaria de la Alianza del Pacífico, sin embargo, en el Acuerdo se denominó Comisión de Seguimiento Parlamentario al Acuerdo de la Alianza del Pacífico y en los medios de comunicación suele utilizarse Comisión Interparlamentaria de la Alianza del Pacífico.

⁴⁰ OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Notas Sobre Políticas Para La Formalización De Las Micro y Pequeñas Empresas*. Organización Internacional del Trabajo, 2014. Disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_318203.pdf> (última consulta, 15 junio 2016).

⁴¹ Alianza del Pacífico. Abecé de la Alianza del Pacífico.

5. PERSPECTIVAS

Una ventaja significativa de la Alianza Pacífico es su capacidad para amortiguar los efectos del modelo «*hub and spoke*» propios de los TLC con Estados Unidos⁴², permitiendo que la integración entre las economías de los países parte asuman un intercambio directo entre ellas y evitando la necesidad de pasar por el «*hub*» (Estados Unidos). Esto quiere decir, que el papel de intermediario ante el aislamiento de las economías latinoamericanas previo a la integración se ve disminuido, facilitando los flujos comerciales, potenciando los intercambios multilaterales y superando los meramente bilaterales.

En ese mismo sentido, la Alianza del Pacífico reanuda las actividades de apertura económica de carácter regional de los años 90's, superando las iniciativas que basan su idea de crecimiento en la mera integración regional interna⁴³. De ahí el interés de explorar nuevas posibilidades de mercado, especialmente en Asia.

La Alianza no ha creado una institucionalidad con personalidad jurídica propia y en esa medida no es posible escindir la voluntad de los Estados de la voluntad de la Alianza⁴⁴. Y hasta este momento no parece que haya intención de crear una organización que sea sujeto de derecho internacional. En ese orden de ideas, la Alianza no tiene capacidad para suscribir tratados ni hacerse parte frente a los tribunales que solo admiten Estados.

«De suyo, al no comportar la naturaleza jurídica de una organización interestatal, la Alianza del Pacífico no podrá adoptar, convenir ni suscribir instrumentos internacionales gobernados por el derecho internacional público. Tampoco será procedente la asignación de prerrogativas o privilegios, ni el reconocimiento de inmunidades, a manera de régimen general internacional, en la medida en que la Alianza del Pacífico no es, jurídicamente, diferenciable de los Estados que la constituyeron y, por lo tanto, carece de autonomía respecto de ellos. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que tales Estados continúen disfrutando, de manera independiente, de su régimen de privilegios e inmunidades, en calidad de sujetos de derecho internacional independientes»⁴⁵.

⁴² TOLE, J. J., «Los TLC De Estados Unidos Con Países Latinoamericanos: Un Modelo De Integración Económica “Superficial” Para El Continente Americano», *Revista Derecho Del Estado*, vol. 30, n.º 30, 2013, pp. 251-300.

⁴³ GONZALEZ-PEREZ, M. A., (et al.), «Pacific Alliance: Bringing Back Open Regionalism to Latin America», *México y La Cuenca Del Pacífico*, vol. 4, n.º 11, 2015, pp. 21-51.

⁴⁴ DÍAZ-CEDIEL, S., «La Alianza Del Pacífico: Un Escrutinio Jurídico Al Tenor Del Derecho De Las Organizaciones Internacionales», *ACDI-Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, p. 380.

⁴⁵ *Ibid.* p. 381.

Los países participantes decidieron conservar la soberanía y adelantar el proceso de integración manteniendo la posibilidad de negociar todos y cada uno de los aspectos de la Alianza evitando crear una estructura externa como espacio de decisión. De tal manera que se creó un Acuerdo Marco genérico, con unos objetivos claros pero libres de compromisos específicos que llegaran a traducirse en obligaciones. Los pasos para profundizar la integración, quedan condicionados a la negociación individual de cada uno de los temas.

Esta característica puede suponer una limitación respecto del desenvolvimiento de las relaciones de la Alianza con otros Estados o sujetos de derechos internacional, especialmente a la hora de concretar los acuerdos. No obstante, el hecho de que las decisiones que se tomen en el marco de la Alianza necesiten del consenso de los Estados les difiere mayor legitimidad, ya que los escenarios donde la voluntad del Estado y la voluntad de la organización sean contrarias son virtualmente inexistentes.

El hecho de que la Alianza no se haya constituido con los elementos propios de una organización internacional, con personalidad jurídica propia, puede ser la razón del dinamismo que ha demostrado en la toma de decisiones y que le ha permitido despertar el interés de la comunidad internacional⁴⁶.

La Alianza presenta otra particularidad esencial y es que su modelo de integración está basada en el TLCAN (Tratado de Libre Comercio América del Norte) que es el paradigma del regionalismo estratégico norte-sur, es decir, entre países con asimetrías (desarrollados y en vías de desarrollo). Pues bien, esto hace que el proyecto de la Alianza, pese a ser un acuerdo sur-sur (entre países en vías de desarrollo), se presente como una novedad dentro de los procesos de integración. Sin embargo, es importante tener en cuenta que todos los países que conforman la Alianza tienen suscritos TLC con Estados Unidos, lo cual hace que en sus ordenamientos estén vigentes normas de tipo OMC plus, y en esa medida se trata de lograr una convergencia de esta normativa⁴⁷.

La Alianza ha sido vista como una consolidación de los intereses de los Estados Unidos dentro de la región, convirtiéndose en un desafío político e incluso diplomático que puede comprometer las relaciones con los demás países de la región.

La integración de economías diversificadas con economías rezagadas es otra característica de esta unión, Chile tiene una economía abierta y altamente diversificada, mientras que la de Colombia está mucho más atrasada en este aspecto. Con todo, la mera integración económica no se traduce en cre-

⁴⁶ *Ibid.* p. 385.

⁴⁷ BRICEÑO RUIZ, J., «Ejes y Modelos En La Etapa Actual De La Integración Económica Regional En América Latina», *Estudios Internacionales (Santiago)*, vol. 45, n.º 175, 2013, pp. 31 y ss.

cimiento de la economía ni en aumento de la productividad, tampoco conlleva una disminución de la informalidad que aqueja a los países de la región⁴⁸, en ese sentido, es indispensable que estos aspectos entren a formar parte de la agenda de la Alianza.

6. CONCLUSIONES

La Alianza del Pacífico es un proyecto responde a un conjunto de intereses compartidos por los cuatro países que han decidido participar de él, es una apuesta por superar el regionalismo latinoamericano impregnado por la ideología que ha marcado los últimos años de procesos de integración y en su lugar aprovechar las oportunidades que ofrece la apertura a nuevos mercados.

Si bien los objetivos son ambiciosos y se han puesto en marcha proyectos importantes como la movilidad de estudiantes y profesores, o la constitución de un fondo para crecer la infraestructura los países, la Alianza se queda corta en proyectos que despierten el interés y construyan una idea de la Alianza que resulte importante y significativa para los ciudadanos.

No es posible desconocer las críticas al modelo de desarrollo basado en la apertura económica, sin embargo, la Alianza, a mi modo de ver, es una forma de sacar provecho del marco ya existente⁴⁹, y en esa medida considero que es ventajoso para las economías de los países emergentes buscar espacio en diferentes mercados y, sobre todo, la posibilidad de negociar en bloque.

El modelo que ha implementado la Alianza es novedoso ya que la integración no está basada en la creación de una institucionalidad nueva con carácter internacional, sino que echa sus raíces en los tratados ya existentes entre los países miembros y entre éstos y otros mercados.

Los avances que logra (o ha logrado) son vertidos en nuevos tratados independientes en ausencia de instancias supranacionales; esta característica brinda dinamismo en la toma de decisiones y garantiza mayor autonomía a los países parte en las negociaciones; esto es especialmente notorio si se

⁴⁸ Los países que conforman la Alianza han tomado algunas medidas para disminuir la informalidad en jóvenes. *Vide*: OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Notas Sobre Políticas Para La Formalización De Las Micro y Pequeñas Empresas. Organización Internacional del Trabajo, 2014. Disponible en < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_318203.pdf > (última consulta, 15 junio 2016); OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, Formalizando La Informalidad Juvenil: Experiencias Innovadoras En América Latina y El Caribe Organización Internacional del Trabajo, 2015. Disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_359270.pdf> (última consulta, 15 junio 2016).

⁴⁹ Todos los países tienen firmados tratados de libre comercio entre ellos, con Estados Unidos y con la Unión Europea.

compara con otras iniciativas que han optado por estructuras burocratizadas. Todo lo anterior, se traduce en flexibilidad respecto de la agenda, el contenido y la profundidad de los acuerdos. Pero esta flexibilidad también trae como desventaja que las posibles diferencias entre los países se tornen en temas vetados que impidan la continuación y profundización de la iniciativa.

Otro aspecto que hace que la Alianza sea relativamente frágil es que muchos de sus avances están basados en acuerdos interinstitucionales (entre autoridades de cada país), y en este sentido, la falta de una institucionalidad (una propia de la Alianza) que lo soporte se hace evidente, muchos de los avances que se se anuncian como propios de la Alianza dependen de estos acuerdos de menor jerarquía, y en esa medida necesitan de la voluntad de las partes e incluso de los gerentes o directores de las unidades administrativas de cada país; esto no significa un problema mientras las relaciones sean fluidas y no haya asperezas, sin embargo, que las estructuras que dan vida a los avances estén desprotegidas es un hecho que no puede pasar desapercibido.

También es de destacar la importancia del consenso en la toma de decisiones, lo cual ha significado la proyección de una imagen de unidad y determinación para continuar con el proceso.

Es posible que los mecanismos adoptados hasta ahora resulten suficientes para dar un primer impulso al proceso. Sin embargo, si la agenda y los objetivos aumentan, y si la ambición real es lograr un mercado común y no solo un Área de Libre Comercio, estos mecanismos se revelarán insuficientes y será indispensable la creación de una estructura supranacional que blinde los procesos y avances logrados hasta hoy y que formule los futuros. Esto significaría una nueva etapa en el proceso de integración, con unas nuevas dinámicas donde tomaría especial relevancia el ejercicio democrático y la construcción de ciudadanía latinoamericana.

Una palabra íntimamente ligada a toda la literatura acerca de la Alianza del Pacífico es «potencial», desde la prensa, pasando por la información oficial, hasta llegar a los círculos académicos; la razón que encuentro para que esto sea así es que la Alianza ha mostrado resultados valiosos (Acuerdo de libre comercio, MILA, programa de movilidad, Avance en las negociaciones en materia de medicamentos, entre otras) como producto de la integración y su capacidad de decisión, pero que aún no se termina de comprender cómo se van a materializar dichos avances respecto del desarrollo de las economías.

Lo interesante de este proceso es que la visión de economía conjunta parece prometedora, sin embargo, el crecimiento de las economías gracias a la Alianza está por verse, aún es pronto para ver si los instrumentos adoptados han traído un incremento real en el crecimiento económico, o si solo se está en presencia de las mismas economías pero sumando los resultados.

Hoy la Alianza del Pacífico se muestra como un proceso innovador, de gran envergadura que promete cambiar las relaciones económicas de los

países que participan del proyecto y de la región en general; ahora bien, lo que resulta claro es que es un Tratado de Libre Comercio que empieza su andadura. Respecto de los demás aspectos de la integración hasta este momento se revelan como «potencial», sus logros están basados en la voluntad de los presidentes que la han formado y la historia de la integración latinoamericana ya ha mostrado la fragilidad de esta clase de compromisos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ALVARADO, P. A., *Más allá De La Utopía: Del Diálogo Interjudicial a La Constitucionalización Del Derecho Internacional. La Red Judicial Latinoamericana Como Prueba y Motor Del Constitucionalismo Multinivel*, 2015. Tesis doctoral disponible en <<http://eprints.sim.ucm.es/28119/>> (última consulta, 15 junio 2016).
- ARIZA VILLAR, D. M.; DÍAZ MOYA, M. F., *Mercado Integrado Latinoamericano (MILA): ¿Objetivos no Cumplidos?*, Repositorio Institucional de la Universidad EAFIT, 2015.
- BERNAL-MEZA, R., «ALIANZA DEL PACÍFICO Versus ALBA y MERCOSUR: Entre El Desafío De La Convergencia y El Riesgo De La Fragmentación De Sudamérica», *Pesquisa & Debate. Revista do Programa De Estudos Pós-Graduados Em Economia Política*. vol. 26, n.º 1 (47), 2015.
- BRICEÑO RUIZ, J., «Ejes y Modelos En La Etapa Actual De La Integración Económica Regional En América Latina», *Estudios Internacionales (Santiago)*, vol. 45, n.º 175, 2013, pp. 9-39.
- CABALLERO SANTOS, S., «Mercosur: The Role of Ideas and a More Comprehensive Regionalism», *Colombia Internacional*, n.º 78, 2013, pp. 127-144.
- DÍAZ-CEDIEL, S., «La Alianza Del Pacífico: Un Escrutinio Jurídico Al Tenor Del Derecho De Las Organizaciones Internacionales», *ACDI-Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, pp. 347-390.
- GEORGE, S., *The Pacific Pumas. An Emerging Model for Emerging Markets. Washington: Bertelsmann Foundation y Global Economic Dynamics*, 2014. Disponible en. <<http://www.bfna.org/publication/the-pacific-pumas-an-emerging-pacific-alliance-model-for-emerging-markets>> (última consulta, 15 junio 2016).
- GONZALEZ-PEREZ, M. A., (et al.), «Pacific Alliance: Bringing Back Open Regionalism to Latin America», *México y La Cuenca Del Pacífico*, vol. 4, n.º 11, 2015, pp. 21-51.
- HERRERA, J C., «Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la carta de Jamaica [*]», *Colombia Internacional*, n.º 86, 2016. pp. 165-192.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «Chapter 2. the Latin American Integration Association» en ODELLO, M.; and SEATZU, F. (eds.), *Latin American and Caribbean International Institutional Law*, Springer, 2015, pp. 22-42.
- OCHOA BILBAO, L.; VELÁZQUEZ FLORES, R., «México, el MERCOSUR y la alianza del pacífico: Intereses, identidades y prioridades regionales», *Miriada: Investigación En Ciencias Sociales*, 2016, vol. 7, n.º 11, pp. 51-64.

REGGIARDO PALACIOS, G., *Un Nuevo Escenario Geopolítico En La Región Latinoamericana: La Creación De La Alianza Del Pacífico (2011-2015)*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.

TOLE, J. J., «Los TLC De Estados Unidos Con Países Latinoamericanos: Un Modelo De Integración Económica «Superficial» Para El Continente Americano», *Revista Derecho Del Estado*, vol. 30, n.º 30, 2013, pp. 251-300.

8. INFORMES DE INSTITUCIONES Y DOCUMENTOS DIFUNDIDOS EN INTERNET

ALIANZA DEL PACÍFICO, Dirección general de comunicación social. *Comunicado Conjunto De Los Países Miembros De La AP Con Motivo De La Entrada En Vigor Del Protocolo Adicional Al Acuerdo Marco*, 1/05/2016.

——— *Protocolo Adicional Al Acuerdo Marco ¿Qué Significa?* 23/02/2013. Disponible en: <<https://www.direcon.gob.cl/2014/02/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-alianza-del-pacifico-que-significa/>> (última consulta, 15 junio 2016).

——— *Temas De Trabajo/Cooperación*. Disponible en: <<https://alianzapacifico.net/cooperacion-cientifica-en-materia-de-cambio-climatico-en-la-alianza-del-pacifico-monitoreo-de-la-biodiversidad/>> (última consulta, 15 junio 2016).

——— *Temas De Trabajo/cultura*. Disponible en <<https://alianzapacifico.net/temas-de-trabajo/>> (última consulta, 15 junio 2016).

CASA DE AMÉRICA – MADRID. *Presentación En España De La ‘Alianza Del Pacífico’*. Disponible en <<http://www.casamerica.es/politica/presentacion-en-espana-de-la-alianza-del-pacifico>> (última consulta, 15 junio 2016).

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. *Quiénes Somos /logros*. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?tipo=QU>> (última consulta, 15 junio 2016).

DIARIO ABC.ES *España Quiere Compartir Embajadas Con Los Países De La Alianza Del Pacífico*. ed. 1/10/2013.

DIARIO EL TIEMPO. *‘Alianza Del Pacífico no Es Un Proceso Contra Nadie’*: Santos. ed. 6/06/2012.

DIARIO LA NACIÓN. *El Gobierno Instó Al Mercosur a Alinearse a La Alianza Del Pacífico*. ed. 5/05/2016.

EL DIARIO.ES. *La Alianza Del Pacífico no Es Una Guerra En Latinoamérica, Asegura El Presidente Chile*, 26/09/2013.

EL MERCURIO. *A 500 Años De Su Descubrimiento, El Océano Pacífico Concentra La Mitad Del Comercio Global*. ed. Grupo de Diarios América, 25/09/2013. Disponible en <<http://vlex.com/vid/descubrimiento-paca-fico-concentra-463950982>> (última consulta, 15 junio 2016).

MERCADO INTEGRADO LATINOAMERICANO MILA. *Reseña Histórica*. Disponible en: <<http://www.mercadomila.com/home/resena>> (última consulta, 15 junio 2016).

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA. *Alianza Del Pacífico Presentó Declaración En Materia De Cambio Climático En La Conferencia De Las Partes Sobre Cambio Climático De La ONU*. Disponible en: <<http://www.cancilleria>

- gov.co/newsroom/news/alianza-del-pacifico-presento-declaracion-materia-cambio-climatico-la-conferencia-las> (última consulta, 15 junio 2016).
- OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Formalizando La Informalidad Juvenil: Experiencias Innovadoras En América Latina y El Caribe* Organización Internacional del Trabajo, 2015. Disponible en < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_359270.pdf> (última consulta, 15 junio 2016).
- *Notas Sobre Políticas Para La Formalización De Las Micro y Pequeñas Empresas*. Organización Internacional del Trabajo, 2014. Disponible en < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_318203.pdf> (última consulta, 15 junio 2016).
- SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Países: Chile, Colombia, México, Perú*. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/countries_s.asp> (última consulta, 15 junio 2016).
- SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE (SELA), *Parlamentarios De Perú y Chile Se Reunirán Por Alianza Del Pacífico*. 29/04/2016. Disponible en:<<http://www.sela.org/es/prensa/servicio-informativo/2016/04/20160429/parlamentarios-de-peru-y-chile-se-reuniran-por-alianza-del-pacifico/>> (última consulta, 15 junio 2016).

TITLE: Analysis and prospects of the Pacific Alliance

RESUMEN: El objetivo de este artículo es mostrar los principales aspectos que han rodeado a la Alianza del Pacífico desde su formación hasta su consolidación. Para este propósito se presenta una aproximación a los antecedentes de la integración en Latinoamérica; el segundo punto a tratar, es una exposición del contexto en el que se formó la Alianza; en tercer lugar, dar una explicación de la estructura, organización y funcionamiento de la Alianza, de acuerdo con el tratado constitutivo; en cuarto lugar, revelar los principales avances y logros que ha tenido la Alianza desde su creación y cómo sus decisiones han impactado en diferentes aspectos; en penúltimo término, señalar las perspectivas de la Alianza, las ventajas que supone para los países que participan y las particularidades de este proceso de integración. Y, por último, y a modo de conclusión, las principales fortalezas y posibles desafíos que pueden ser determinantes en el éxito y consolidación de la Alianza.

PALABRAS CLAVE: Alianza del Pacífico, integración regional, Tratado de Libre Comercio TLC, integración latinoamericana.

ABSTRACT: The aim of this paper is to show the fundamental aspects about the Pacific Alliance, from its beginnings to its consolidation. In order to do this, this paper presents an approach to previous integration processes in Latin-America followed by an explanation about the context of the formation of the Alliance. In third place, it shows an exposition of the structure, organization and operation of the Alliance in accordance with its treaty of creation. In fourth place, the document exposes the main ad-

vances and success achieved by the Alliance and the impact of its decisions in different fields. Next to last, the outlook for the Alliance, the advantages that had bring to the member states and the special features of this integration process. To conclude, the final part deals with the strengths and challenges that could be decisive in the success and final consolidation of the Pacific Alliance.

KEY WORDS: Pacific Alliance, Regional integration, Free Trade Agreement FTA, Latin-American integration.

RECIBIDO: 03.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

Estudios

¿PUEDEN CONSTITUIR TODAS LAS DENOMINADAS EXPRESIONES DE ODIOS UN LÍMITE INFRANQUEABLE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Jorge Alguacil González-Aurioles

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp309-327

SUMARIO: 1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 2.1. *Libertad de expresión y manifestaciones de odio.* 2.2. *¿Del límite de la apología de los comportamientos delictivos a la extensión de la criminalización de las expresiones de odio?* 3. DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SOBRE LAS GARANTÍAS DE ESTA LIBERTAD. 3.1. *Estados Unidos de América del Norte.* a) Libertad de expresión: teoría y realidad constitucional. b) Jurisprudencia favorable a extender las garantías de la libertad de expresión. 3.2. *Alemania.* a) Libertad de expresión: teoría y realidad constitucional. b) Jurisprudencia favorable a extender las garantías de la libertad de expresión. 4. A MODO DE CONCLUSIONES.

El juez de la Audiencia Nacional Ismael Moreno decretó el pasado mes de febrero el encarcelamiento sin fianza de los titiriteros que representaron en Madrid y, previamente en Granada, la obra *La bruja y Don Cristobal*. Parece fuera de duda el evidente error de programar esa obra para un público infantil como hizo el Ayuntamiento de Madrid, que la consideró recomendable para todos los públicos. Pero cabe plantearse si estamos ante un hecho presuntamente delictivo o ante el ejercicio, por muy desagradable u ofensivo que resulte para algunos o muchos, de la libertad de expresión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que la libertad de expresión

también ampara «aquéllas (manifestaciones) que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población»¹.

La polémica planteada no es nueva, y los conflictos generados en torno a ella a lo largo de nuestra historia constitucional son numerosos; a las dudas que genera el anterior caso, podemos añadir otras preguntas. Por ejemplo, ¿puede ser condenado un ex sacerdote católico por haber incitado en un discurso público al odio contra ciertos grupos que entiende que ponen en riesgo la seguridad del país? ¿Cabe condenar a un pacifista por portar una pancarta en que se lea: *Todos los soldados son asesinos*? ¿Y si es un catedrático de instituto el que escribe tales palabras como protesta a una exposición sobre las fuerzas armadas que va a realizarse en el instituto en que imparte docencia?

La duda que nos asalta a los juristas y ciudadanos en general es también evidente: ¿nos encontramos ante manifestaciones susceptibles todas ellas de ser subsumidas en supuestos de hecho previstos en el Código Penal? ¿O pueden por el contrario ser considerados libre ejercicio de la libertad de expresión y en consecuencia ser amparados por este derecho fundamental? Las respuestas no son fáciles, aunque los supuestos, reales, tuvieron contestación por tribunales de justicia. No obstante, ello quizá permita adentrarnos, aunque sea simplemente para reflejar más incertidumbres que certezas, en el complejo campo de uno de los conocidos límites a la libertad de expresión, la manifestación de expresiones de odio. Una primera aproximación al concepto de la libertad de expresión (1) nos permitirá centrarnos en el examen del mencionado límite (2); para, a continuación, exponer las garantías de esta libertad central de nuestro vigente constitucionalismo. Procuraremos alcanzar ciertas conclusiones que quizá puedan orientar la mejor salvaguardia de la libertad en una democracia avanzada como la que proclama la Constitución de 1978 (4).

1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como es por todos conocido, la existencia de una opinión pública libre es condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia. Por eso posee una importante dimensión institucional: la existencia efectiva de expresión e información libres es objetivamente valiosa para el conjunto de la sociedad.

A partir de tal premisa, bien cabe considerar a esta libertad, como hace el Profesor Sánchez, como la «piedra de toque de un régimen político, de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en for-

¹ Asunto Handyside c Reino Unido de 7/12/1976 y mucho más reciente, caso Otegui c España, 15/03/2011.

ma de libertad de información, su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, sus pretendidas bases teóricas, revelan cada uno de ellos y todos globalmente considerados, la naturaleza más o menos liberal y más o menos democrática de la estructura de poder vigente en una sociedad en un momento determinado»². La libertad de expresión, efectivamente, es matriz de otras libertades, y singularmente de la que se ha denominado la libertad básica de la democracia, la libre e igual participación política. La libertad de expresión ha hecho posible la propia evolución del constitucionalismo (vuelve a decirlo el Profesor Sánchez con particular acierto: «posibilitó el paso de gobiernos de base elitista, elegidos por reducidos sectores de la población adulta, a los modernos gobiernos constitucionales que cuentan con el apoyo de millones de votantes»³) y permite sustentar nuestras modernas democracias pluralistas «en el conflicto pacífico entre los gobiernos mayoritarios y las minorías extraparlamentarias»⁴.

Por otro lado, ya nos recordó Hesse cómo la democracia precisa de la libre formación de la opinión pública y de cómo la libertad de expresión permite la gestación de tal opinión pública⁵. La conexión de la libertad de expresión y de su versión democrática, el derecho a recibir información, con el mejor desenvolvimiento de nuestro régimen constitucional, es evidente: «la compleja democracia de hoy sin ciudadanos informados es una contradicción en la medida en que la información es poder – y actúa como contrapoder»⁶. Ahora bien, los constitucionalistas nos hemos cansado de afirmar que ningún derecho es ilimitado, y la libertad de expresión no es una excepción. La delimitación de los derechos sigue siendo una de las cuestiones más polémicas de nuestra disciplina científica, y alcanza en relación con los límites a la libertad de expresión una de sus más altas cotas de conflictividad. A analizar los límites que históricamente se han impuesto a la libertad de expresión (2), pero también a las posibilidades de garantía de tal libertad (3), dedicaremos las siguientes páginas.

2. SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. *Libertad de expresión y manifestaciones de odio*

Como observa Díez-Picazo, el valor o bien jurídico protegido por la libertad de expresión e información «es la existencia de una opinión pública, la

² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 14.

³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, op. cit, p. 67.

⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, op. cit, p. 67.

⁵ HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18 Auflage, Heilderberg: Müller, 1991, p. 63.

⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, op. cit, p. 121.

cual es, a su vez, una condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia (STC 6/1981, 20/1990, 85/1992, etc)»⁷. La dimensión institucional de tal libertad hace que su existencia efectiva sea objetivamente valiosa para el conjunto de la sociedad.

Ahora bien, existen límites; el propio artículo 20 CE los prevé: se encuentran en los demás derechos e intereses constitucionalmente reconocidos, especialmente los de la vida privada y los orientados a la protección de la juventud. El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha previsto igualmente limitaciones a tal libertad siempre que concurren tres condiciones: A) que la finalidad sea salvaguardar ciertos bienes jurídicos (seguridad nacional, protección de la moral, reputación de las personas, etc) B) que se establezca por ley y C) que se trate de «medidas necesarias en una sociedad democrática». La fijación de estos límites no resulta sencilla, la generalidad de los mismos impide cualquier automatismo, y debe ser el legislador el que realice la no siempre fácil tarea de ponderación de los diferentes valores que entren en colisión. La tarea de legislar consiste precisamente en esto⁸.

No obstante, la normatividad de la Constitución, conquista del constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial, parece que debe mover igualmente al Tribunal Constitucional a controlar tal actividad legislativa: un control ciertamente de límites que el legislador no puede traspasar en tal tarea de ponderación. Por lo demás, como es por todos conocido, el legislador, merced al artículo 53.1 CE, pasa de ser un «enemigo potencial» de la Constitución y de los derechos fundamentales a ser el poder público indispensable que necesitan para desplegar plena eficacia (también al limitarlos, haciéndolo solo en su justa medida), su relación con la Carta Magna y con los derechos fundamentales adquiere una nueva dimensión: la cooperativa. Ambos, derechos y ley, deben cooperar para asegurar la fuerza normativa de aquéllos.

Cabe pues realizar un juicio al legislador sobre su mejor o más perfecta contribución como poder público a la efectividad de los derechos fundamentales y en concreto a la efectividad de la libertad de expresión. Entre las muchas colisiones típicas en materia de libertad de expresión e información nos centraremos en una especialmente controvertida y que en la actualidad ha ido ganando protagonismo: la colisión de la libertad de expresión con las denominadas expresiones de odio, toda vez que éstas puedan llegar a constituir apología del delito.

⁷ Díez-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 281.

⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 12-13, 2 semestre 2003-1 semestre 2004, p. 378.

Como es conocido, apología significa discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo; en este caso, de la comisión de un delito. Y ciertamente, parece que dicho discurso encierra un límite claro a la libertad de expresión. El Derecho constitucional español no dispone de forma expresa este límite, ni la carta Magna, ni ley orgánica alguna que desarrolle los derechos fundamentales contenidos en aquélla, dice nada al respecto. El artículo 20.4 de la Constitución española impone únicamente el límite genérico del respeto a los derechos reconocidos en el Título I, a los preceptos de las leyes que los desarrollen, y especialmente a la libertad de expresión, al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia. El apartado 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone como intromisión ilegítima en la protección del honor «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Hemos de acudir pues al Derecho Penal para encontrar este límite configurado como delito: el Código Penal español estipula no sólo la provocación como una posible forma de participación en el delito (artículo 18 del Código Penal, CP en adelante), además puede constituir un tipo delictivo en sí mismo: así ocurre con la provocación a cometer actos de racismo (artículo 510 CP), de terrorismo (artículo 578 CP) o a la secesión (artículo 585 CP). Por lo demás, existe el delito de injurias (artículo 208 CP) y de calumnias (artículo 205 CP).

El Derecho Internacional de los derechos humanos tampoco ha reconocido de una forma expresa esta frontera a la libertad de expresión, con una excepción: lo preceptuado en la Convención Americana de los Derechos Humanos. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no establece límites expresos a la libertad de expresión, y el artículo 10 de la Carta Europea de Derechos Humanos se limita a fijar los consabidos límites genéricos a esta libertad: puede ser limitada siempre y cuando tales lindes constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. La Convención Americana de Derechos Humanos, redactada en noviembre de 1969, establece por primera vez de forma clara este límite. Su artículo 13 establece: queda excluida del amparo de esta libertad «toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas,

por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Parece así que el límite puede consistir en la incitación a la violencia, pues ello entraña simple y llanamente la comisión de un delito. El problema que a renglón seguido se plantea es definir qué es incitación a la violencia, y diferenciarlo de manifestaciones de odio que no necesariamente persigan la incitación a la violencia, sino simplemente la libre expresión de opiniones. El reto, en definitiva, puede consistir en tratar de diferenciar la apología de comportamientos delictivos de ciertas manifestaciones de las denominadas expresiones de odio que quizá pudieran encuadrarse dentro de los límites de la garantía de la libertad de expresión⁹.

2.2. *¿Del límite de la apología de los comportamientos delictivos a la extensión de la criminalización de las expresiones de odio?*

Alerta Díez-Picazo de cómo la «represión de expresiones de odio, por muy buenas razones que puedan justificarla, entraña siempre el riesgo de acallar las opiniones que no son «políticamente correctas» y por tanto privar de espacio a los heterodoxos y disidentes»¹⁰; y no debemos olvidar que la libertad de expresión no existe sólo para proteger las ideas u opiniones comúnmente establecidas, sino también aquellas minoritarias que chocan y perturban. Las denominadas «expresiones de odio» o *«hate speech»* agrupan una serie de supuestos como la Negación del Holocausto del Pueblo Judío, mensajes racistas y xenófobos, manifestaciones de sexismo y homofobia; pero también simples manifestaciones provocativas incitando al odio o al desprecio hacia determinados colectivos. El problema reside en hacer que todas las expresiones de odio, sean cuales sean, puedan encontrarse siempre subsumidas en algún supuesto de hecho contemplado por el Código Penal; porque entonces podríamos encontrarnos ante un riesgo mayor, denunciado por ciertos penalistas: legitimar o incluso potenciar el conocido tránsito del denominado Derecho penal del ciudadano al Derecho penal del enemigo.

Günter Jakobs refleja la diferencia entre ambas formas de concebir el Derecho penal de forma muy clara: «el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio, incluyendo las medidas de seguridad) combate peligros... no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de

⁹ Un estudio detallado y riguroso puede encontrarse en MARTÍN HERRERA, D., «Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio», *Estudios de Deusto*, vol. 62/2 Julio-diciembre, 2014, pp. 15-40.

¹⁰ Díez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Thomson, 2003, pp. 296, 297.

la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos (...) en el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro»¹¹. El incremento injustificado de infracciones y sanciones es también característico de este Derecho penal del enemigo, y sobre todo la regulación de ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación de la desafección hacia instituciones o símbolos. El artículo 543 del vigente Código Penal prevé, por ejemplo, que «las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses». No se exige una acción concreta, eventualmente violenta, contra personas o bienes que simbolicen o encarnen tales símbolos o emblemas. Se penaliza el simple riesgo o peligro de que ello pudiera llegar a suceder. La represión del desafecto, en este caso, parece que vulnera los límites constitucionales. Precisamente por esa dimensión institucional de la que goza la libertad de expresión; su íntima conexión con la democracia y con el pluralismo político y social mueven a colocarla en una posición preferente que le otorgue particulares garantías; incluso frente a ciertas expresiones de odio.

El Tribunal Constitucional español ha manifestado de forma clara la necesidad de colocar a la libertad de expresión «en una posición preferente y objeto de especial protección» (STC 101/2003, de 2 de junio, FJ3); configura en definitiva la libertad de expresión como «un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor» (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ4). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido aún más claro: ha insistido en la protección de las expresiones que «ofenden, hieren o molestan» como exigencia del «pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática» (STEDH Thorgeir Thorgeirson contra Islandia, de 25 de junio de 1992).

En cualquier caso, no se oculta que nos encontramos en supuestos límites, y la mayor o menor protección de esta libertad depende en muchos casos del concreto régimen constitucional. No obstante, como procuraremos demostrar, incluso en los regímenes constitucionales que en determinados momentos históricos han mostrado un mayor desafecto hacia las opiniones disidentes, existe también cierta jurisprudencia que ha ido mostrando la conveniencia de otorgar mayores garantías a la libertad de expresión frente a eventuales expresiones de odio o especialmente polémicas.

¹¹ JAKOBS, G.; CANCIÓ MELIÀ, M., *Derecho penal de enemigo*, Thomson. Civitas, Madrid, 2003, pp. 33, 40 y 55.

3. DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SOBRE LAS GARANTÍAS DE ESTA LIBERTAD.

Son seguramente los regímenes constitucionales de Estados Unidos de América del Norte y de Alemania los que han mantenido en algún momento histórico una mayor beligerancia hacia la posibilidad de expresar ideas u opiniones que pudieran considerarse atentatorias contra el propio orden constitucional vigente. Es cierto que existe una profunda divergencia en la concepción de la libertad de expresión por parte de ambos países y regímenes constitucionales, en realidad una contraposición entre un modelo característico norteamericano y otro que podríamos denominar europeo. Tal divergencia quizá pudiera evidenciarse en la propia contraposición entre el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la primera enmienda de la Constitución Norteamericana. Frente a los límites previos legales del texto europeo, la Primera enmienda defiende la libertad ilimitada de palabra-discurso en un mercado libre de ideas desde la neutralidad del Estado-Gobierno. El orden constitucional europeo defiende la intervención del Estado para garantizar a través de las leyes el derecho a la información veraz y plural, respetuoso con los derechos fundamentales de las personas que constituye límites legales a la libertad de expresión¹².

Ahora bien, razones históricas explican que ambas formas de concebir el orden constitucional hayan podido desplegar una legislación y jurisprudencia atentatoria contra la libertad de expresión, contraria eventualmente a la propia noción de democracia. Ambas realidades, en fin, podrían verse en realidad ciertamente conectadas; lo vuelve a resaltar el Profesor Sánchez: el «temor norteamericano al comunismo y a las ideas disolventes tiene su pariente más cercano en la democracia militante –wehrhafte Demokratie– alemana»¹³. Sin embargo, decíamos antes cómo incluso en estos regímenes constitucionales podemos encontrar también cierta jurisprudencia que otorga una especial garantía a la libertad de expresión; y ello al comprenderla como derecho y valor especialmente ligado al del pluralismo y así al de la propia existencia de la democracia.

Dos casos que dan respuesta a los interrogantes mostrados en el comienzo de este artículo pueden ilustrar a nuestros efectos las posibilidades en la extensión de la garantía de la libertad de expresión. Y ambos traen causa precisamente de los dos regímenes constitucionales comentados, el americano y el alemán. La eventual extensión de la libertad de expresión, garantía de exis-

¹² HOFFMANN-RIEM, H., «Libertad de comunicación y de medios», BENDA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, H.; HESSE, K.; HEYDE, W., *Manual de Derecho constitucional*. Madrid. Barcelona. Marcial Pons, 2001, pp. 145 y ss.

¹³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, op. cit, p. 100.

tencia de un régimen constitucional, cobra carta de naturaleza; ambos casos cobran así un especial interés. Al análisis, necesariamente resumido, de la forma de concebir la naturaleza de este derecho y de otorgarle protección, le seguirá el estudio del caso específico que permite extender las garantías de esta libertad.

3.1. *Estados Unidos de América del Norte*

a) La libertad de expresión: teoría y realidad constitucional

Como es conocido, la enmienda primera a la Constitución de Estados Unidos consagra la libertad de religión y la libertad de expresión: prohíbe la aprobación de ley alguna que pueda establecer una religión oficial, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; consagra el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios. Esta primera enmienda fue presentada a los Estados para su ratificación el 25 de septiembre de 1789, y fue aprobada el 15 de diciembre de 1791. Ahora bien, las limitaciones a la libertad de expresión en los Estados Unidos han sido reconocidas desde el primer momento: la Corte Suprema de dicho país así lo ha hecho en una jurisprudencia más o menos constante. Aquellos discursos catalogados como provocativos, declaraciones falsas de hechos, obscenidad, pornografía infantil o amenazas han sido expresamente sacados de protección de esta primera enmienda; en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942 la Corte sostuvo que las denominadas «palabras de pelea... que por el hecho de ser pronunciadas infligen lesión o tienden a incitar un rompimiento de la paz inmediato» no están amparadas. Existen también restricciones basadas en la especial capacidad de dirección de que dispone el Gobierno sobre Fuerzas Armadas, presos, etc.

En cualquier caso, se han producido casos flagrantes de vulneración de las garantías de esta primera enmienda: en 1912 la feminista Margaret Sanger fue arrestada por impartir una conferencia sobre el control de natalidad, el ingreso de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial provocó protestas por ciudadanos que fueron encarcelados; en fin, a comienzos de los años 20 del siglo pasado muchos Estados ilegalizaron la exposición de banderas negras, de símbolos del comunismo o de la anarquía.

Y no podemos olvidar, por último, el periodo quizá más oscuro del régimen constitucional norteamericano, el comprendido entre 1950 y 1956 en el que el senador McCarthy desencadenó un extendido proceso de delaciones, acusaciones infundadas, denuncias, interrogatorios, procesos irregulares y listas negras contra personas sospechosas de ser comunistas. Al margen de que defender de forma pacífica una determinada idea o ideología parece que nunca debiera ser considerado un delito en una democracia abierta y pluralis-

ta, importa destacar que el proceso desencadenado olvidaba también el derecho fundamental de presunción de inocencia; y ante cualquier denuncia ante el Comité del Senado, presidido por el senador McCarthy, aplicaba la presunción de culpabilidad, era el acusado el que tenía que demostrar su supuesta inocencia. Es cierto que no podemos olvidar que nos encontramos en los años más duros e inestables de la denominada «Guerra Fría», pero tampoco debemos minusvalorar las resistencias a esta forma de obrar por dramaturgos como Arthur Miller (en 1953 se representó la obra «*Las brujas de Salem*») o periodistas como Edwrd R. Murrow (con su programa en televisión *See it now* iniciado el 9 de marzo de 1954).

b) Jurisprudencia favorable a extender las garantías de la libertad de expresión

Destaca el caso *Terminello v. Ciudad de Chicago* de 1949 en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos levanta la sanción que pesaba sobre el antiguo sacerdote *Terminello* y declara inconstitucional la ordenanza de la ciudad de Chicago que castigaba aquellos discursos que incitaran al odio, invitaran a la disputa o crearan situaciones de desorden público por ser contraria a la primera y decimocuarta enmienda. Este ex sacerdote pronunció un discurso a un grupo de *cristianos veteranos de América* en el que criticó a varios grupos raciales y realizó un número importante de comentarios hirientes y provocativos; alertó sobre la amenaza del comunismo en Rusia, lugar en el que entre ocho y quince millones de personas habían sido asesinadas por sus propios compatriotas, y millones más a lo largo del este de Europa; destacó que los comunistas de Estados Unidos querían para ellos eso mismo: están planeando hacer una nueva Rusia. Incluso llegó a sugerir en su discurso que alguien le había recordado un plan para esterilizar a todos los comunistas, todos ellos por supuesto no cristianos. Por último, conminó al auditorio a ser como los Apóstoles que combatan la lacra del comunismo.

En el auditorio había unas 800 personas y una multitud fuera del mismo de unas mil personas protestando por el discurso. La policía de Chicago no pudo mantener el orden y *Terminello* tuvo que pagar una multa de 100 dólares en aplicación de la mencionada ordenanza de la ciudad de Chicago. La Corte de Apelación de Illinois y la Suprema Corte de Illinois confirmaron la procedencia de la multa. La Corte Suprema, por el contrario, en esta conocida sentencia, liberó al ciudadano *Terminello* del pago de la mencionada multa.

William O Douglas fue el juez que actuó como ponente de la sentencia. Explicó cómo el sentido de la libertad de expresión es la invitación a la disputa, incluso si eso incita a la gente al odio; los comentarios provocativos e hirientes pueden incluso ser contemplados de forma positiva. La vitalidad de

las instituciones civiles y políticas depende de la libre discusión. Citando lo que manifestó el Juez Hughes en el caso *De Honge & Oregon U.S.* 35, sólo a través del libre debate y del libre intercambio de ideas y opiniones puede asegurarse que el Gobierno mantenga su responsabilidad frente la voluntad del pueblo y puede garantizarse la pacífica alternancia política. Por lo demás, recalca cómo la vitalidad de las instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad dependen de la libre discusión. El derecho a hablar libremente y promover la diversidad de ideas y programas es en consecuencia una de las diferencias básicas que nos diferencia a las democracias de los sistemas totalitarios.

El juez Douglas era consciente que la libertad de expresión tiene sus límites. Ciertamente existen muchas declaraciones y manifestaciones políticas que son provocativas y desafiantes. Pero en su opinión, sólo cabe prohibir aquellas en las que las palabras usadas puedan crear un daño real y presente (*clear and present danger*); el juez consideró en el caso concreto que no se daban las circunstancias que podrían justificar la existencia de tal daño real y presente.

Sabido es que la sentencia tuvo varios disidentes, y que quizá el más duro fue el que protagonizó el juez Jackson. En su opinión, la Primera Enmienda protege la libre expresión de ideas, pero no de forma absoluta, en todas las circunstancias, máxime ante el perjuicio que tal libertad de expresión pueda causar en el mantenimiento del orden público. El escenario caótico y violento que produjo el discurso de Terminello, en su opinión, podía desencadenar un conflicto entre fascismo y comunismo que podía ser usado por grupos de ambos bandos que hicieran uso de métodos violentos para extender su ideología; tales bandos se configuraban en un claro peligro para la democracia. En definitiva, opina que el tribunal había ido demasiado lejos en las tesis defendidas. Su voto particular terminaba de forma categórica: la elección no es entre orden y libertad, sino entre libertad con orden y anarquía sin ninguna de ellas.

3.2. Alemania

a) La libertad de expresión: teoría y realidad constitucional

Es cierto que el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce la libertad de expresión: proclama el derecho que tienen todos a expresar y difundir libremente la propia opinión oralmente, por escrito y con recurso a imágenes, aun cuando ya fija como límites expresos las leyes generales, las disposiciones legales para proteger a la juventud y el derecho al honor personal. Pero no podemos olvidar tampoco cómo el artículo 18 de la misma Ley Fundamental de Bonn sanciona con la pérdida de ciertos derechos, entre ellos

el de la libertad de expresión, siempre que se abuse de ellos... para combatir el orden básico democrático libre»; y que el artículo 21 declara inconstitucionales aquellos partidos políticos que «por razón de sus fines o de la conducta de sus miembros pretendan causar daño o abolir el orden básico democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana». La «democracia militante» expresamente asumida por este constitucionalismo da cobertura a severas limitaciones a esta libertad. El rechazo al extremismo de derechas y sobre todo a tendencias neonazis constituyó en la creación del nuevo orden constitucional alemán una obsesión evidente¹⁴.

b) Jurisprudencia favorable a extender las garantías de la libertad de expresión

El Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha desarrollado a partir de los años ochenta del pasado siglo unas especiales garantías a la libertad de expresión; cabe citar al efecto tres importantes sentencias: la temprana resolución de 7 de diciembre de 1976 (BVerfGE 43, 130), la sentencia de 26 de junio de 1990 (BVerfGE 28, 236) y la más reciente la resolución *alle Soldaten sind mörder* de 10 de octubre de 1995 (BVerfGE 93, 266); quizá en esta resolución se explica de una forma más clara esta específica relación. No cabe ocultar, en cualquier caso, que estas sentencias fueron muy polémicas y tuvieron votos enfrentados; en la segunda, incluso, se produce una división en el tribunal que causa la no estimación del recurso.

La resolución del *Bundesverfassungsgericht* de 10 de octubre de 1995 (BVerfGE 93, 266) trae causa de cuatro recursos de amparo acumulados; el elemento común que los caracteriza es el haber empleado la conocida frase de Tucholsky «alle Soldaten sind Mörder» (todos los soldados son asesinos) frente a la autoridad militar; quizá sea oportuno recordarlos.

El primer recurso lo plantea un estudiante de 30 años que en una maniobra militares de la OTAN que tuvieron lugar en Francia portó una sábana en la que se podía leer «A Soldier is a Mörder». El teniente responsable de las maniobras denunció al estudiante por ofensa a las fuerzas armadas y el tribunal de primera instancia le condenó a pagar una multa. Este tribunal realiza una específica interpretación de lo escrito en la sábana: la traducción literal («un soldado es un asesinato») no tiene sentido, por lo que sólo se puede comprender como *un soldado es un asesino*. Esto supone una intromisión antijurídica en el honor del teniente que no puede entenderse justificada por la genérica libertad de expresión. El tribunal de apelación del Land acepta la

¹⁴ DENNINGER, E., «Democracia militante y defensa de la Constitución», BENDA, E.; MAIHOFFER, W.; VOGEL, H.; HESSE, K.; HEYDE, W., op. cit, pp. 445 y ss.

interpretación literal de la palabra *mord* como muerte y, por consiguiente la doble dimensión del soldado como víctima y verdugo; en cualquier caso, el término empleado sigue constituyendo una ofensa contra el honor del teniente. El Tribunal Supremo de Baviera confirma la sentencia. Sin embargo, el estudiante pacifista acude al Tribunal Constitucional Federal en amparo alegando la vulneración de los artículos 5 y 103 LF. Con la expresión escrita quería incidir en el estado de opinión sobre las fuerzas armadas; la formulación estaba destinada al foro público, y en tal sentido entendía que debía encontrar protección constitucional.

El segundo recurso trae causa de un escrito de un catedrático de instituto de formación profesional que reacciona frente a una exposición sobre las fuerzas armadas que se iba a realizar en el instituto en el que impartía docencia. En este escrito, que comienza preguntándose si los soldados son potenciales asesinos, anima a la resistencia al militarismo pues éste en su opinión mata. Un soldado inicia un procedimiento contra el catedrático y el tribunal de primera instancia le condena por ofensa; entiende que la palabra asesino la ha empleado en un sentido jurídico; nos encontramos ante una sencilla difamación. El tribunal de apelación confirma la sentencia y lo propio hace el Tribunal Supremo del Land. El recurso de amparo se fundamenta de nuevo en la violación de los artículos 5.1 y 103.2 LF. Además de entender que sus expresiones sólo querían generar un estado de opinión e incidir así en el foro público, alerta sobre la indeterminación del término *ofensa*.

El tercer recurrente había escrito una carta al director en un periódico de información general en el que se solidarizaba con un doctor que había sido absuelto en un proceso relacionado con las fuerzas armadas. En este escrito vuelve a repetir la famosa frase de Tucholsky, *alle Soldaten sind Mörder*, en su opinión, de actualidad. El tribunal de primera instancia lo condena por difamación a una pena pecuniaria. El doctor con el que se solidariza profirió esta frase a un soldado concreto y le dijo que también él era un asesino; esto es prueba suficiente para entender probada la concreta difamación. La intención de difamar se encuentra muy por delante de la pretensión de influir en la opinión pública creando un estado de opinión sobre las fuerzas armadas. El Tribunal Superior confirma la sentencia. El recurso de amparo se fundamenta en la incorrecta interpretación realizada a lo expresado en la carta al director cuya pretensión era incidir en la opinión pública.

El cuarto recurso trae causa de lo acontecido en el pabellón olímpico de Munich con motivo de una exposición de motocicletas. En el pabellón de información de las Fuerzas Armadas alemanas (*Bundeswehr*) irrumpieron seis personas portando octavillas contrarias al ejército y una pancarta en la que se podía leer *Soldaten sind potentielle Mörder* (los soldados son potenciales asesinos). El Tribunal de primera instancia condenó a uno de los portadores de la pancarta por difamación. El Tribunal Superior confirmó la

sentencia y el Tribunal Supremo del Land hizo lo propio. El recurso de amparo se fundamenta en la vulneración de los artículos 5.1 y 2.1 LF.

En fin, la condena que sufren por difamación los cuatro recurrentes hace que acudan al Tribunal Constitucional germano alegando la vulneración de su libertad de expresión reconocida en el artículo 5 de la Ley Fundamental; también entienden vulnerado con esta condena el artículo 103.2 LF¹⁵. Tras explicar el *Bundesverfassungsgericht* cómo debe entenderse la libertad de expresión y aclarar cómo su protección no depende de la mayor racionalidad o irracionalidad de las opiniones vertidas o de su mayor o menor fundamentación¹⁶, atiende al valor cualificado que adquiere la libertad de expresión en un Estado democrático.

Para Dieter Grimm, ponente de la sentencia, y catedrático de Derecho Público (*Öffentliches Recht*) jubilado de la Universidad Humboldt de Berlín, la libertad de expresión encuentra su límite en la protección del honor individual de la persona afectada. Pero esto no puede otorgar al legislador la potestad de limitar esta libertad de forma arbitraria; debe evitarse una limitación desproporcionada. En concreto, el apartado primero del artículo 5 de la Ley Fundamental prohíbe una interpretación del correspondiente precepto del Código Penal (artículo 185 StGB) que pueda producir un efecto espantoso o intimidatorio para el ejercicio del derecho fundamental; esto conduciría a coartar el legítimo ejercicio de la libertad de expresión por miedo a las posibles sanciones¹⁷. En opinión de Grimm, la medida para juzgar la limitación del derecho fundamental debe radicar en que con ella no sufra el principio democrático. Así se producirá si tal limitación produce un «chilling effect» (en terminología del Tribunal Supremo norteamericano) o un «einschüchternde Wirkung» como manifiesta el *Bundesverfassungsgericht*; en definitiva, un efecto desaliento o desmotivador en el ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal entiende además que goza de competencia para interpretar no sólo la ley penal sino las propias formulaciones de los recurrentes¹⁸. Opina

¹⁵ Este precepto obliga a la ley penal a determinar el delito con anterioridad a que éste se produzca. El *Bundesverfassungsgericht* entiende que la indeterminación alegada no se da. El concepto de ofensa ha sido expuesto en jurisprudencia constante de este tribunal y así los tribunales inferiores disponían de parámetros que ofrecían seguridad para aplicar el delito, BVerfGE 96, 266, 291, 292.

¹⁶ BVerfGE 93, 266, 289.

¹⁷ BVerfGE 93, 266, 292. GRIMM, D., Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1703.

¹⁸ BVerfGE 93, 266, 292 Así lo vuelve a defender GRIMM, D., Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1700. Opinión distinta defiende HASS en el voto particular discrepante a esta sentencia. Opina que las especificidades del recurso de amparo impiden al tribunal

que una interpretación como la realizada por los tribunales que condena a los recurrentes encierra el peligro de perjudicar el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁹. Por lo demás, lo determinante para interpretar lo manifestado por los recurrentes no es ni su pretensión subjetiva, ni el entendimiento subjetivo que tales expresiones puedan causar a los directamente aludidos, sino el significado que tiene para el público corriente²⁰. En este sentido, se debe evitar una interpretación limitada al significado literal de las palabras; hay que acudir al significado contextual. Lo que viene exigido con mayor intensidad cuando se está juzgando la adecuación de la actividad penal²¹. Es decisivo, en definitiva, discernir si las opiniones manifestadas tienen como objetivo principal incidir en el foro público, promoviendo o fomentando una determinada sensibilidad, o la finalidad primera es ofender personalmente al denunciante.

En el caso en cuestión el derecho al honor no puede considerarse vulnerado, prevalece a la supuesta intención de ofender, la pretensión de incidir en el foro público. La difamación únicamente adquiere en principio relevancia constitucional cuando ocupa un primer plano en las declaraciones juzgadas. Sólo cabe una excepción a esta regla general: cuando aquélla se refiere contra grupos cuyo rasgo identificatorio es étnico, racial o corporal²².

4. A MODO DE CONCLUSIONES

Ya nos decía Habermas cómo el grado de vitalidad de una democracia se mide por el papel que desempeñan la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico en la marcha de los asuntos públicos²³. Y nos hacía tomar conciencia de cómo sólo una ciudadanía activa y beligerante puede ser el mejor remedio como control sobre los detentadores ocasionales del poder. El control del poder necesita pues de tal ciudadanía activa y de las mayores posibilidades de acción sobre el mismo.

Es cierto que la existencia de tal ciudadanía excede de las posibilidades del Derecho. Parece innecesario recordar lo que ya de Otto nos decía sobre la conocida «ilusión de los juristas». Como es también de sobra conocido, y nos

interpretar ni el Derecho positivo infraconstitucional, ni los hechos objeto de condena, BVerfGE 93, 266, 313.

¹⁹ BVerfGE 93, 266, 295.

²⁰ BVerfGE 93, 266, 295.

²¹ BVerfGE 93, 266, 296.

²² BVerfGE 93, 266, 304 vid, GRIMM, D., Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1703.

²³ HABERMAS, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975.

lo ha recordado Hesse, el Derecho constitucional precisa de ciertas condiciones materiales que lo hagan posible, son las denominadas garantías inmanentes²⁴. Pero al margen de ello, no es menos cierto que el Derecho y en concreto el Derecho constitucional puede crear márgenes y estructuras que permitan y favorezcan la generación de tal ciudadanía. Y la emergencia de regulaciones que fomenten la subsunción de cualquier manifestación o expresión de odio en un tipo penal parece que no se orienta en la dirección correcta a tales fines.

Alertaba ya Raúl Morodo en 1987, en el contexto de unas manifestaciones estudiantiles, cómo «la proyectada *democracia avanzada*, inserta con optimismo constituyente en el preámbulo de la Constitución, se está deslizando gradualmente hacia una *democracia reducida*»²⁵. Lo hacía a los efectos de criticar la reducción del Parlamento, proyectada en un sistema electoral injusto (pensado para viabilizar la transición política, pero que entonces ya debía en su opinión ser reformado), una regulación parlamentaria también injusta que privilegiaba –y sigue privilegiando– de forma desproporcionada al grupo parlamentario, y en unos partidos políticos carentes de democracia interna. Abogaba ya entonces por una democracia que, merced a las reformas propuestas, fuera más dialogante y avanzada. La falta de dinamismo interno, de crítica, pero también de posibilidades de expresión ideológica, eran manifiestas.

En cualquier caso, y siguiendo de nuevo a Hesse, no podemos olvidar que la Constitución sólo puede entenderse como Constitución de un concreto y determinado orden constitucional²⁶. Y que tal orden constitucional puede tener unas particulares características que lo singularicen y en su caso den márgenes para extender ciertas limitaciones a la libertad de expresión. Las circunstancias sociales, políticas e incluso religiosas pueden mover a ello. Ahora bien, no podemos olvidar tampoco cómo la normatividad de la Constitución se defiende precisamente en los tiempos de crisis; lo resaltó también Hesse²⁷. Y que la libertad de expresión, directamente conectada con el valor del pluralismo político y social, es un derecho básico y medular de nuestra vigente democracia constitucional.

Es cierto que la frontera entre la legítima acción verbal contra un colectivo, de un lado, y el acoso y la coacción personal e individualizada, del otro,

²⁴ HESSE, K., «Constitución y Derecho constitucional», BENDA, E.; MAIHOFFER, W.; VOGEL, H.; HESSE, K.; HEYDE, W., op. cit, pp. 8, 9.

²⁵ MORODO LEONCIO, R., «Salir de la democracia reducida», El País, 7 de febrero de 1987.

²⁶ HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3, 4.

²⁷ HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 71.

es muy tenue. Lo primero parece que podría gozar de amparo en un Estado democrático, toda vez que tiene como finalidad primera incidir en el foro público, generar opinión pública. Lo segundo podría no tener lugar en tal Estado democrático, pues procura simplemente amedrentar al acosado mediante la coacción a él o a su familia. Grimm usa esta distinción para otorgar mayores garantías a la libertad de expresión, sobre todo para evitar el efecto desaliento que en el ejercicio de tal derecho puede provocar una penalización desproporcionada de cualquier manifestación polémica. Pero Blanco Valdés, por ejemplo, también hace uso de esta diferencia para condenar los denominados escraches, no considerándoles amparados por la libertad de expresión: por qué denominar escrache a lo que supone a todas luces un acto de coacción, se plantea²⁸.

De nuevo, el problema podría consistir en no convertir necesariamente cualquier ejercicio de la libertad de expresión y en este caso de manifestación en un acto de acoso personal e individualizado. Puede haber casos en que el acoso sea real y prevalezca al intento de incidir de forma pacífica en el foro público, pero puede haber otros muchos supuestos en que tal circunstancia no tenga necesariamente que ser así. Por ejemplo, el Auto de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid del 29 de mayo de 2015 podría hacernos ver los peligros de caer en tal extensión: el mencionado Auto desestima el recurso del Ministerio Público que solicitaba la condena a los promotores de la manifestación convocada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) ante la vivienda de la Vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáez de Santamaría, al entender que era constitutiva de un delito de coacciones no amparable por la libertad de expresión y el derecho de reunión. Tal delito de coacciones se proyectaría en primer lugar en la incidencia en la libertad de obrar del denunciante, que según manifestó tuvo que abstenerse de salir a pasear con su hijo; pero en segundo lugar, existe en su opinión una pretensión de restringir la libertad de obrar de la Vicepresidenta en su faceta política. La concentración frente al domicilio de la Vicepresidenta del Gobierno duró en torno a 20 minutos y se profirieron gritos como «sí se puede, pero no quieren», «Soraya, Soraya, quien te paga tu casa», «no son suicidios, son asesinatos».

En opinión de la Audiencia, sin embargo, la manifestación realizada tuvo efecto dentro del marco amparado por nuestra Constitución. En el caso en cuestión, no concurrieron personas con armas, explosivos ni objetos contundentes; y tampoco se acreditó que la protesta se convocara para cometer delito de coacción o atentado. El Tribunal no aprecia delito de coacciones; en

²⁸ BLANCO VALDÉS, R., «¿Escraches? No, gracias», *Claves de razón Práctica* n.º 229, 2013, p. 62.

primer lugar, sobre la libertad de obrar del denunciante²⁹, pues tal incidencia en la libertad de obrar no se ejerció directa ni indirectamente sobre el denunciante mediante violencia física o fuerza en las cosas. Pero tampoco aprecia una pretensión de restringir de forma violenta la libertad de obrar de la Vicepresidenta: «no se exterioriza que la finalidad perseguida sea la de quebrantar la voluntad política de la Vicepresidenta salvo que todo legítimo intento o deseo de influir en el criterio de otro sea considerado como tal»³⁰.

Por lo demás, no se recogen ni se refieren por los denunciantes en ningún momento actos o expresiones por parte de los denunciados que pudieran ser indicativos de la intención de causar algún perjuicio a la Vicepresidenta del Gobierno. Para el Tribunal, en fin, y según consta en los vídeos policiales aportados a la causa, «las frases empleadas, los gritos proferidos o los carteles que portaban los manifestantes denunciaban la decisión política del PP de votar en contra de la iniciativa legislativa popular auspiciada por la plataforma en materia de deshaucios y pretendían informar a la opinión pública sobre ello e incluso algunos manifestaban el deseo de mantener un diálogo con la vicepresidenta al respecto. No portaban armas, no emplearon violencia sobre las personas, no emplearon fuerza en las cosas y la perturbación del orden inherente a estas concentraciones numerosas no se saldó con daños a objetos o bienes de terceros, ni acometimiento alguno a las fuerzas policiales ni a otras personas»³¹.

Desde una óptica parcialmente distinta, pero coincidente en muchos aspectos, Savater acudía en una reciente publicación en defensa de la libertad de expresión religiosa. En el número 240 de la Revista Claves de Razón Práctica de mayo/junio de 2015 decía el filósofo y escritor que vivimos en una época peligrosa para los blasfemos; incidía en algo que parece de suma importancia: «Ofender con palabras o gestos la fe ajena puede ser una muestra de libertad de expresión, o una manifestación artística o incluso una forma de religión distinta (no olvidemos que Cristo fue crucificado por blasfemo). También podemos considerar que es algo descortés y grosero, una falta de respeto y de delicadeza hacia el prójimo. En cualquier caso, dentro del pluralismo y la libertad de conciencia de una sociedad democrática, lo único evidente es que no se trata de un crimen»³²; la discusión, opina, se centra «en si

²⁹ La indudable restricción a la libertad de obrar que supuso impedir –más bien desalentar, porque no llegó a intentarlo– que saliera a pasear con su hijo, por la presencia de tantas personas manifestándose no se ejerció mediante violencia física ni fuerza en las cosas, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de la Sección 16.ª n.º 81/14, FJ 3.

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de la Sección 16.ª n.º 81/14, FJ 3.

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de la Sección 16.ª n.º 81/14, FJ 3.

³² SAVATER, F., «Vivimos una época peligrosa para los blasfemos», *Claves de razón Práctica* n.º 240, 2015, p. 5.

debemos evitar por prudencia y en pro de la buena armonía cívica aquellas expresiones cáusticas o hirientes que los fieles pueden tomar como blasfemias (es decir, como agresiones a lo por ellos más apreciado) o si la libertad de irreverencia es el reverso necesario a la libertad de adoración en el marco institucionalmente laico de nuestra convivencia»³³.

Las respuestas, en definitiva, no son fáciles; aunque en caso de duda parece que siempre debería estarse a la mayor extensión en las garantías de la libertad de expresión; *in dubio, pro libertate*. Seguramente estaríamos así haciendo el mejor favor al mantenimiento de la democracia avanzada y en libertad de la que hablaba Raúl Morodo y de la que nos dotamos todos los españoles en 1978.

TITLE: Can all hate speech expressions constitute an imbridgeable limit on freedom of expression?

RESUMEN: Este artículo analiza algunos aspectos del complejo campo de uno de los conocidos límites a la libertad de expresión, la manifestación de expresiones de odio. Una primera aproximación al concepto de la libertad de expresión (1) nos permitirá centrarnos en el examen del mencionado límite (2); para, a continuación, exponer las garantías de esta libertad central de nuestro vigente constitucionalismo. Procuraremos alcanzar ciertas conclusiones que quizá puedan orientar la mejor salvaguardia de la libertad en una democracia avanzada como la que proclama la Constitución de 1978 (4).

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, expresiones de odio, garantías, democracia avanzada.

ABSTRACT: This article discusses some aspects of the complex field of one of the known limits to freedom of expression, the manifestation of hate speech. A first approach to the concept of freedom of expression (1) will allow us to focus on the examination of that limit (2); to then expose this central guarantees freedom of our current constitutionalism. Pursue certain conclusions that may be able to guide the best safeguard of freedom in an advanced democracy as proclaimed by the 1978 Constitution (4).

KEY WORDS: Freedom of expression, hate speech, guarantees, advanced democracy.

RECIBIDO: 07.04.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

³³ SAVATER, F., «Vivimos una época peligrosa para los blasfemos», *Claves de razón Práctica* n.º 240, 2015, p. 5.

THE ROLE OF EUROPEAN INSTITUTIONS IN THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS IN THE WESTERN SAHARA

María López Belloso y Eloísa González Hidalgo

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp329-360

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION IN THE WESTERN SAHARA CONFLICT AND EUROPEAN INSTITUTIONS' INVOLVEMENT. 3. THE SITUATION OF THE HUMAN RIGHTS IN THE WESTERN SAHARA: AN OVERVIEW. 4. THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION FOR THE DEFENSE OF THE HUMAN RIGHTS IN THE WESTERN SAHARA. DOUBLE STANDARD POLICY? 5. CONCLUSIONS. REFERENCES. 6. REFERENCES.

1. INTRODUCTION

The Western Sahara is one of the 17 Non-Self-Governing Territories listed by the UN¹. The 26th of February of 1976 Spain informed the UN Secretary General that its presence in the territory had ended, and that consequently, Spain considered itself exempt from international responsibility regarding the Territory². However, the Western Sahara Conflict, as affirmed by the

¹ <http://www.un.org/en/decolonization/nonselfgovterritories.shtml>

² There are many publications on the issue of the self determination of the Western Sahara that state clear that it was not legally possible to withdraw from the international responsibility without holding a self-determination referendum. See: SOROETA LICERAS, J.F., *El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del derecho internacional*, UPV-EHU, Bilbao, 2001; RUIZ MIGUEL, C., «Las obligaciones legales de España como potencia administradora del Sahara Occidental», *Anuario de*

United Nations (UN)³, is a decolonization problem that has to be solved by the celebration of a self-determination referendum.

The conflict of the Western Sahara is considered a «frozen» or «forgotten» conflict due to the little attention paid by the International Community and the little engagement to the conflict solution⁴. The attitude of European Institutions towards the conflict has been also passive and limited. In this article we focus on the role of the European institutions in the promotion and protection of human rights of the Sahrawi people.

The European stance towards the Western Sahara conflict could be divided in three different phases. First, from the start of the conflict in 1975 to the eighties, the Western Sahara Conflict was totally out from the European agenda. There was no institutional communication or resolution concerning neither the conflict, nor the status of the POLISARIO Front. It was not until 1981 that the European Parliament (EP hereinafter) first mentioned the issue of Western Sahara⁵, considering the conflict as a «cold war» conflict against the UN decolonization principles and legitimizing Moroccan arguments⁶.

The second phase started in 1987, with the EP Resolution on the Western Sahara addressing the concern for the detentions made in the framework of the UN and the African Union (AU) visit to the Territory⁷. Two years later, the EP expressed for the first time the interest of the EU on the conflict, and acknowledged for the first time the right of the Sahrawi people to self-determination and the celebration of a referendum⁸.

Finally, the third phase started at the end of the nineties, when the EP delivered many resolutions concerning the situation of human rights in the Occupied Territories. Besides, for the first time, the EP sent delegations for *in situ* visits in 2002 and 2009 to check the situation both in the Occupied Territories and the refugee camps in Tinduf. Therefore, this third period is particularly relevant for the issue of human rights situation.

Derecho internacional. XXVI, 2010, pp. 303-331; ZOUBIR, Y. H., «Stalemate in Western Sahara: ending international legality». *Middle East Policy*, 2007, vol. 14, no. 4.

³ GENERAL ASSEMBLY, Resolution 2229-XXI, 1967 and Resolution 3162-XXVIII 1973.

⁴ DUNBAR, C., «Saharan Stasis: Status and future prospects of Western Sahara Conflict», *Middle East Journal*, 2000, vol. 54, no. 4, p. 522; ZOUBIR, Y., «Morocco, Western Sahara, and the future of the Maghrib», *Journal of North African Studies*, 2004, vol. 9, no. 1, p. 49.

⁵ EUROPEAN PARLIAMENT. Resolution on Western Sahara. 12th March, 1981.

⁶ TORREJÓN RODRIGUEZ, J.D., *La Unión Europea y la cuestión del Sahara Occidental. La posición del Parlamento Europeo*. REUS, Madrid, 2014, p. 57.

⁷ EUROPEAN PARLIAMENT. Resolution on Western Sahara. B2-1453 and 1454/87. 17 December 1987.

⁸ EUROPEAN PARLIAMENT. Resolution on Western Sahara, 15th March 1989.

Nevertheless, these three stages were at the same time confronted to the European political agenda on Security and Stability in the Maghreb, captured in the Euro-Mediterranean Partnership and the Barcelona Declaration adopted at the Euro-Mediterranean Conference at the end of November 1995. Morocco became in the framework of this policy a key political and economic ally, despite the situation of human rights in the country. This political incoherence has been called the «double standard» policy⁹.

This article maintains that this so called «double standard» policy is translated also to the protection of human rights. Hence, while the European institutions visibly concern about civil and political rights in the Occupied Territories and condemn the precarious conditions of the Sahrawi Refugees, European economic interests overwhelm the guard of the Sahrawi people's cultural, economic and social rights.

To confirm this argument, this paper will examine the attitude of the different European institutions towards human rights violations along the conflict to determinate if the approach to the economic, social and cultural rights has been equally sound to the promotion of civil and political rights.

This article is structured in three sections. The first part describes the role of the EU in the Western Sahara Conflict and European Institutions' involvement. Following BALBONI, this involvement will be analysed by focusing on the positioning of the EU in the Western Sahara conflict through the analysis of three different areas: The European External policy; the positioning of the EP; and the role of member states¹⁰. The second section is focused in giving an overview of situation of human rights in Western Sahara from the beginning of the conflict in 1975 up to date, structured in three different stages: from the invasion of the territory by the Moroccan and Mauritania armies to mid-eighties in the past century; from the eighties to 1998, when the second attempt of holding the referendum failed; and finally from the first Intifada in 1999 up to now. Lastly, after a brief overview of the situation of human rights during the conflict and nowadays under the occupation, we analyse the role of the European institutions in the promotion and protection of human rights of the Sahrawi people.

⁹ ÚBEDA DE TORRES, A., «La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, no. 32, p. 76; SOROETA LICERAS, J., «La posición de la Unión Europea en el conflicto del Sahara Occidental, una muestra palpable (más) de la primacía de sus intereses económicos y políticos sobre la promoción de la democracia y de los derechos humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, no. 34, 2009, p. 831.

¹⁰ BALBONI, M., *Paper presented at the Conference organised by the South African Department of Foreign Affairs, on Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Pretoria, South Africa, 4-5 December 2008.

It has been argued that the EU has adopted a clear position of advocacy of human rights opposite to the political stance in the conflict, as the EU has aligned itself close to Moroccan interest. However, we argue that this incoherence is also translated to the protection of human rights. To confirm this argument, this paper will exam the attitude of the different European institutions towards human rights violations along the conflict to determinate if the approach to the economic, social and cultural rights has had the same soundness than the promotion of civil and political rights.

2. THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION IN THE WESTERN SAHARA CONFLICT AND EUROPEAN INSTITUTIONS' INVOLVEMENT

It is commonly agreed that the role played by the EU in the Western Sahara conflict has been residual, characterized by a low level engagement¹¹. Even though the EU has monitored the evolution of the conflict¹², the involvement of the EU was considerably lesser than in other conflicts.

As many authors such as YILDIZ, BENABDALLAH or VAQUER I FANES have pointed out contrary to its role in other international conflicts, for instance in Cyprus, Israel-Palestine, or the Balkans, the EU engagement in the Western Sahara conflict has been low¹³. The EU has backed the conflict resolution within the framework of the UN efforts to solve the question of the Western Sahara. However, it has not played a diplomatic role in the conflict¹⁴ and the struggle is not on the its policy agenda¹⁵ even though it is central for the stability in the Maghreb, which was defined as a political priority due to both security and politic-economic reasons¹⁶. Therefore, EU policy towards the Western Sahara has been framed within the so-called Euro-Mediterranean partnership and the Barcelona Declara-

¹¹ YILDIZ, U., «The European Union's position on the Western Sahara Conflict: A barrier to Mediterranean Cooperation», *Marmara Journal of European Studies*, 2013, vol. 21, no. 1, p. 47; DARBOUCHE, H. and COLOMBO, S., «The EU, Civil Society and Conflict Transformation in Western Sahara: The Failure of Disengagement», *MICROCON Policy Working Paper*, no. 13, 2010, p. 5.

¹² SOROETA LICERAS, J., «La posición de la Unión Europea...», *op. cit.*

¹³ YILDIZ, U., «The European Union's position...», *op. cit.*; VAQUER I FANES, J., «The European Union and the Westen Sahara» *European Foreign Affairs Review*, 2004, vol 9, no. 1, pp. 93-113.

¹⁴ BENABDALLAH, K., «The Position of the European Union on the Western Sahara Conflict», *Journal of Contemporary European Studies* 17, no. 3 (December 2009), p. 433.

¹⁵ GILLESPIE, R., «European Union responses to conflict in the western Mediterranean», *The Journal of North African Studies*, 2010, vol. 15, no. 1, p. 89.

¹⁶ VAQUER I FANES, J., «The European Union...», *op. cit.*, p. 103.

tion adopted at the Euro-Mediterranean Conference at the end of November 1995¹⁷.

During the first years of the conflict, the EU-European Community (EEC) by that time-remained indifferent. Its first declarations claimed for neutrality but in fact the EU considered the conflict as «African» and just overlooked it¹⁸. In 1988 with the first attempts for a peace agreement, the EEC uttered the support for the UN and to the celebration of the referendum¹⁹. This support for the UN became the common basis for the declarations of the EU around the conflict, calling for a peaceful solution of the conflict. According to VAQUER I FANÉS, the only EU input to the political statements on the conflict came in 1999, with the request for «confidence-building measures and the humanitarian concern»²⁰.

However, this apparent neutrality was not real. The EU, particularly through the European Commission, established a special relationship with one of the parties, Morocco, reflected in the Association Agreement in the first place, and in the latter «Advance statute»

The cooperation between the European Institutions and Morocco started in July 1969 when an agreement was signed for five years, linking Morocco to the EEC for commercial purposes. In 1976, in the framework of the Global Mediterranean Policy, the EU concluded bilateral agreements with the Maghreb countries: Morocco, Algeria and Tunisia. These agreements became effective in 1978 and provided for economic and financial aid further than the strict framework of commercial cooperation²¹.

Between 1981 and 1986 cooperation agreements and financial protocols were renewed and translated into economic flows. Thus, four financial protocols were signed between 1976 and 1996. During this period, Morocco re-

¹⁷ SOLÀ-MARTÍN, A., «Conflict resolution in Western Sahara», *African Journal on Conflict Resolution*, 2009, vol. 9, no. 3, p. 125.

¹⁸ Official Journal C276, 22-11-1976, p. 4 quoted by VAQUER I FANÉS, J., «The European Union...», *op. cit.*, p. 103.

¹⁹ SOROETA LICERAS, J. «La posición de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 844.

²⁰ VAQUER I FANÉS, J., «The European Union...», *op. cit.*, p. 10.

²¹ At the same time, the EC started at the end of the seventies to apply a conditionality policy related to the defense of Human Rights. In 1977 suspended the aid allocated under the Lomé I Convention to Uganda following a massacre, setting the origin of the so called «democratic clauses». See: ALBERDI BIDAGUREN, J., «La gobernanza democrática y la protección de los derechos humanos en la Asociación UE-África: ¿condicionalidad positiva o injerencia política?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, vol. 15, no. 38, p. 129-154; LAVENEX, S. & SCHIMMELFENNIG, F., «EU democracy promotion in the neighbourhood: from leverage to governance?», *Democratization*, 2011, vol. 18, no. 4, p. 885-909; BARTELS, L., *A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements*. German Institute for Human Rights and Misereor, Berlin, 2014.

ceived € 574 million from the EU budget and € 518 million in loans from the European Investment Bank²².

Following the establishment of the Euro-Mediterranean Partnership in Barcelona in November 1995²³, the EU settled the Association Agreement with Morocco, entering into force in March 2000 and including a «democratic clause»²⁴. This new agreement extended the cooperation to political dialogue and cultural exchange. Through MEDA program, the financial instrument of the EMP, and between 1996 and 2006, the Alawite State received € 1.5 million which made it the largest beneficiary of EU funds all Mediterranean partners²⁵. The Euro-Mediterranean Partnership was replaced by the European Neighborhood and Partnership Instrument (ENPI) in 2004, the financial instrument of the European Neighborhood Policy (ENP), through which Morocco also was highly funded. In 2008, EU and Morocco signed a common document to agree an «Advanced Statute». This «Advanced Status» foresaw a development on the dialogue between the European Institutions and Morocco but, in general, was merely declarative and did not go further than the ENP. However it meant a strong political commitment between the parties.

ENP included a chapter related to democracy, rule of law and fundamental freedoms, which included financial support for capacity building in public administration, justice, modernization of legal procedures, support the implementation of the Equity and Reconciliation Committee (ERC), adherence to international conventions on human rights, fighting corruption, strengthening the dialogue on human rights, freedom of expression, among others²⁶. A new Action Plan under the ENP was adopted in December 2013 and it will last until 2017. Thus, with the support of the EU, the Kingdom of Morocco began its modernization and its path to democracy and rule of law. For example, in 1990 King Hassan II established the Consultative Council for Human Rights (CCDH), the body responsible for assisting the monarch in «all matters relating to human rights»²⁷ that gave rise to the ERC, established in 2004.

²² YILDIZ, U., «The European Union's position...», *op. cit.*, p. 47.

²³ For further information see: GILLESPIE, R. (ed.), *The Euro-Mediterranean partnership: political and economic perspectives*. Routledge, London and New York, 2013.

²⁴ The Association Agreement was signed in 1996 between the EU and Morocco. Its Art.2 stated that: «Respect for the principles of democracy and human rights will constitute an essential element of the Agreement...», LOCE L7/2-18-3-2000. Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/march/tradoc_127906.pdf Date of access: 28th August 2015.

²⁵ YILDIZ, U., «The European Union's position...», *op. cit.*, p. 48.

²⁶ IGLESIAS, M., *Conflicto y cooperación entre España y Marruecos (1956-2008)*, vol. 9, Centro de Estudios Andaluces. Sevilla, 2010, p. 246.

²⁷ Dahir no. 1.90.12, Article 1.

However, all this democratic transition initiated by Morocco with the EU support hid for a long time the situation of the Sahrawi people in the occupied territories. By the time the situation in the Western Sahara came to light, the EU through the EP issued reports and resolutions, which expressed concern about the situation, but without endangering the close relations of financial and trade cooperation with the Moroccan ally.

Hence, besides the general cooperation agreements, EU and Morocco have signed sectorial agreements on fisheries and agriculture. However, the EU does not include human rights and democracy clauses in these sectorial trade agreements with third countries²⁸. In addition to the political interest and attitudes toward the conflict, the EU has strong economic interests in the area, due to the richness of the territory in natural resources. In fact, according to SOROETA, the EU gives preference to the economic interest to the promotion of human rights, the international law, and even to own EU norms (democratic clause)²⁹. This contradiction has been called «double standard policy» as the defense of human rights applies only in certain cases while in others, as the Moroccan, human rights violations have no consequences³⁰. This incoherence is clear in the case of the fisheries agreement between the EU and Morocco, in the Agriculture Agreement and in the case of the hydrocarbons³¹. It is true that, as we have mentioned, sectorial agreements, as fisheries, do not include «democratic clauses». Nevertheless, in the case of the Western Sahara products (fish, phosphate, tomatoes...) the exploitation itself means a violation of Sahrawi's economic rights.

Only the EP has tried to guarantee the rights of the Sahrawi people regarding the exploitation of the natural resources, and in December 2011, refused to approve the extension of the 2006 EU-Morocco Fisheries Agreement. Yet, in 2012, the EP also contradicted itself by approving the EU-Morocco Agriculture Agreement that included the Western Sahara territories³² and in 2013 renewed again the Fisheries Agreement protocol with Morocco.

The EP has also been concerned about the situation and violation of the Sahrawi people's rights. Nevertheless, we agree with TORREJÓN and URRUELA when they argue that the position of the European institution has not been constant³³. It is very striking that despite the emergence of the conflict it was

²⁸ BARTELS, L. *A Model Human Rights Clause...*, *op. cit.*, p. 6.

²⁹ SOROETA LICERAS, J., «La posición de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 831.

³⁰ ÚBEDA DE TORRES, A., «La evolución...», *op. cit.*, p. 76.

³¹ SOROETA LICERAS, J., «La posición de la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 833-836.

³² YILDIZ, U., «The European Union's position...», *op. cit.*, p. 47.

³³ URRUELA, A., «El Parlamento Europeo frente al conflicto del Sahara Occidental» 1995, *Papers* 46, p. 112; TORREJÓN RODRIGUEZ, J.D., *La Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 21.

not until 1981 that the EP first made a statement about the conflict. Besides, this first resolution on Western Sahara had a strong pro-Moroccan appeal, referring to the controversy as a local issue without even mentioning the POLISARIO Front. It is important to notice, following URRUELA, that the activity of EP on the issue is linked to the parliamentary initiative, which explains the increased interest of the chamber after Spain and Portugal joined the EC. It was then in 1989 that the EP first recognized the right of self-determination of the Sahrawi people³⁴. Since 2000, the EP maintained an active stance through its group 'Intergroup Peace for the Sahrawi People', under the presidency of the German socialist member of the European Parliament Margot Kessler³⁵.

The positioning of the European institution, as it has been previously mentioned, is highly conditioned by the stance of member states, and particularly by Spain's and France's attitude. In this sense, the extent to which EU common foreign policies can be successful is controversial, because in many cases the EU states' policies is in conflict with the promotion of international law and human rights³⁶.

On the one hand, Spain is concerned by the situation of the colony, as it is legally the administrative power of the territory, and civil society in Spain is strongly engaged with the Sahrawi people and the situation of both refugees in Tinduf and the population under occupation. However, the attitude of the different governments and main political parties has been influenced by the strategic partnership with Morocco, and Spain has not played the role other European countries as Portugal played in the promotion of the self-determination of former colonies.

On the other hand, France has clearly supported Morocco and Moroccan thesis about the territory and the conflict. Moreover, France has promoted the Moroccan proposal of Autonomy and vetoed the last Security Council resolutions proposals dealing with the promotion of human rights in the Occupied Territories³⁷.

Other member states have also made efforts to promote democracy, good governance, and human rights in Morocco. For example, Germany supports sustainable development; environment and natural and water resources; Austria supports actions related to agriculture and environment; Belgium focuses on water, informal training, agriculture, health, infrastructure and research;

³⁴ EUROPEAN PARLIAMENT. Resolution on Western Sahara, 15th March 1989. DOCE, C 96, de 7.04.1989.

³⁵ SOLÀ-MARTÍN, A., «Conflict resolution...», *op. cit.*, p. 126.

³⁶ SOLÀ-MARTÍN, A., «Conflict resolution...», *op. cit.*, p. 126.

³⁷ CAPELLA SOLER, R., «Los derechos humanos, ¿un obstáculo para la paz en el Sáhara Occidental?», *Boletín Elcano*, 2011, no. 134, p. 8.

Spain promotes health, basic social infrastructure, training, urban rehabilitation, agriculture and tourism; and France invests in modernizing the public sector and private sector development³⁸.

Therefore, in our opinion, the EU has shown not only little engagement in the conflict resolution, but has also been incoherent. A strict application of the international law and its own policies applied in other contexts to the case of Western Sahara would mean a stronger implication of the EU in the peace process, and also in the protection of Sahrawi people. It is argued that the role of the EU as the larger donor for humanitarian aid and the support in the promotion of human rights in the occupied territories makes EU positioning consistent. In the following pages we will analyze the real implication of the EU institutions in the defense of human rights of the Sahrawi, in the refugee camps and in the occupied territories, to see to what extent the engagement is real, and if it is consistent both in civil and political rights and in economic and social rights, which are often set aside.

3. THE SITUATION OF THE HUMAN RIGHTS IN THE WESTERN SAHARA: AN OVERVIEW

The conflict in Western Sahara is a clear example of a struggle arising from an unfinished decolonization process in which, despite the clarity of the international law on decolonization, the international community has been unable to end a dispute that has lasted four decades.

Since the beginning of the conflict, there have been a multitude of historical, political and legal approaches to the Sahara conflict, most of them focused on the question of self-determination of the Sahrawi people, either analysing the evolution and development of the positions of the parties, the political motivations for such positions, or confirming the legal arguments of the right of the Sahrawi people to self-determination. However, so far, few analyses have focused in an extremely important area of international law: human rights violations that have occurred over the 40 years of the conflict and the impact of such violations for both the Sahrawi and Moroccan population. Since the start of the conflict in 1975, when both Morocco and Mauritania occupied the territory after Spain's withdrawal, the intensity and magnitude of the human rights violations have been similar, or even higher, than in conflicts such as Latin-American dictatorships³⁹.

³⁸ KAUSCH, K., «How serious is the EU about supporting democracy and human rights in Morocco?», *Democracy Working papers*, ECFR/FRIDE, 2008, p. 10.

³⁹ BERISTAIN, C. and GONZALEZ HIDALGO, E., *El Oasis de la Memoria*, vol. I y II. Ed. Hegoa-UPV-EHU, Bilbao, 2012, p. 49.

We have identified three different periods in the historical evolution of violence in the context of the struggle. The first one started with the onslaught of the territory by the Moroccan and Mauritania armies and lasted until the mid-eighties. The second phase went from the eighties to 1998, when the second attempt of holding the referendum failed. Lastly, the third phase started in 1999 with the first *intifada* and persists today.

The first stage began when, after signing the Madrid Agreements, the Moroccan and Mauritanian armies invaded the territory. Although the possibilities of access to the area for the media were scarce, the testimony of this slaughter was reflected not only in numerous media, but in reports of the Red Cross and Amnesty International. Some authors have stated that the occupation by the Moroccan and Mauritanian armies triggered a real slaughter of civilians⁴⁰. During this stage, the violations of human rights by the Moroccan and Mauritanian armies were intended to eliminate all those who had a direct or indirect relationship with the POLISARIO⁴¹. These violations occurred selectively, through arbitrary detentions⁴² and enforced disappearances⁴³ and

⁴⁰ CISTERÓ, J.M. & FREIXES, T., *Sáhara. Una lección de historia*. Barcelona, Altgraf, 1987, p. 37; LIPPERT, A. «The human costs of War in Western Sahara», *Africa Today*, vol. 34, no. 3, 1987, p. 52; BONTEMS, C., *La guerre du Sáhara Occidental*. Press Universitaires de France, 1984, p. 150.

⁴¹ BERISTAIN, C. and GONZALEZ HIDALGO, E., *El Oasis...*, *op. cit.*, p. 83.

⁴² During the invasion of the territory by the Moroccan and Mauritanian armies as well as during the settlement of the settlers, an intense campaign of arrests of Sahrawi people started, either by linking them directly or indirectly with the POLISARIO Front, or simply for belonging to the Sahrawi collective. This campaign of arrests, usually accompanied by violence, intimidation and torture, was prolonged in time and directed indiscriminately against men, women, children and elderly or in public places, in nomadic settlements or private homes. Many of these arrests resulted later in other types of attacks, such as disappearances, temporary or forced, or executions. According to data provided by Morocco in the report by the ERC (IER 2009) many of the people that were missing in the first moments of the occupation died a few days or hours after the detention, either as a result of torture, or executed. According to the testimony of some witnesses contained in the report of BERISTAIN & GONZÁLEZ HIDALGO (*op. cit.*, p. 189) some of these executions were carried out in mass graves, where they even buried people alive, including the case of children.

⁴³ Many of the people who were arrested at this stage are still missing today, and their relatives have not obtained a response from the occupying authorities, or have received incomplete, contradictory or containing false information. The magnitude of enforced disappearance in the Saharan context varies depending on the data used, since it is precisely the lack of information and the lack of data on missing people what, motivates a wide disparity in the figures provided by different agencies and sources. Some of those people who disappeared during the first moments of the occupation were taken to clandestine detention centers. 249 of them were released in 1991 after being disappeared up to 18 years, during which their family had no information about the whereabouts and circum-

temporary and indiscriminately through attacks on civilians by bombing with white phosphorus and napalm⁴⁴, poisoning wells and looting of property⁴⁵.

The second stage was characterised by systemic violence and repression. As OPGENHAFFEN and FREEMAN have stated, during the late eighties and early nineties, human rights violations were widespread and systematic⁴⁶. During these years the exercise of violence against the Sahrawi population in the occupied territories was carried out in two ways. The first was the arrest and disappearance of people suspected of sympathising with the POLISARIO Front; the second, continuous and systematic harassment by the security forces of the Sahrawi community. This policy was part of the overall strategy of repression developed by Hassan II to consolidate as Head of State, and which resulted in the designation of this stage as «the years of lead».

Paradoxically, while the exercise of state violence evolved into new human rights violations, Morocco, pressed both at the national and international level, began to take steps in order to improve its image in field of human rights⁴⁷.

stances of the disappearance. (List of released from Kal-et Maguna published in the report on the monitoring of the activation of the recommendations of the ERC.)

⁴⁴ Although an exact figure of those who fled before the invasion of the territory cannot be provided, based on the latest census conducted by the administering power in 1974 (SEGURA I MAS, A., «Las dificultades del Plan de Paz para el Sahara Occidental, 1988-1995» *Cuadernos Bakeaz*, no. 16, agosto de 1996), and contrasting it with data subsequently provided by MINURSO, HIDALGO and BERISTAIN affirm that almost half of the Sahrawi people fled the territory, making this exodus of people in the largest exodus of population conducted in such a short period of time (BERISTAIN & GONZALEZ HIDALGO, *op. cit.*, p. 84; OLLÉ SESÉ, M., «Justicia Universal y Sáhara» en AFAPREDESA (2005). *Sahara Occidental ¿Hasta cuándo?*, Situación de los derechos humanos en Sáhara Occidental, Tercera Prensa, Donostia-San Sebastián, 2005, p. 146). At first, Saharawi people fled into the territory in the hope of a speedy resolution and trusting that they would not be abandoned by Spain. The population was concentrated in several temporary camps, like Um Draiga, Guelta or Tifariti. They were bombed in February 1976 with phosphorus and napalm. Despite the seriousness of the attack, these bombings were not investigated until 2012. Recently a monographic about the bombings has been published: BERISTAIN, C.M (dir.), *Los otros vuelos de la muerte*, Ed. Hegoa-UPV-EHU, Bilbao, 2015.

⁴⁵ During this stage of exodus and flight of the population, despite the spreading of terror through the disappearance and execution of persons, there was looting and destruction of numerous herds of cattle and attacks to the livelihood of nomad families. These acts, clearly prohibited in international standards contributed to increase terror and fear among the population, forcing their flight to the refuge, but also contributed to malnutrition and diseases of the nomad population, as well as an attack to the nomadic way life.

⁴⁶ OPGENHAFFEN, V. and FREEMAN, M., *Transitional Justice in Morocco: A Progress Report*, International Center for Transitional Justice, New York, 2005, p. 7.

⁴⁷ AFAPREDESA, *Sahara Occidental ¿Hasta cuándo?*, Situación de los derechos humanos en Sáhara Occidental, Tercera Prensa, Donostia-San Sebastián, 2005, 139; HU-

Finally, the third phase commenced in 1999 with the first *Intifada*. In September 1999, the Sahrawi people, in response to the political and economic situation started an *Intifada* in the occupied territories. Students and workers of the company Fosbucraa convened in the city of El Aaiun, an event that led to an intense social movement for several days. From these events, the *modus operandi* regarding human rights abuses was consolidated in the form of arbitrary detention, most often resorted to aggression and rape, torture and prolonged imprisonment under offenses to the Criminal Code. Also, the Moroccan settlers, organized in groups and backed by the authorities, began to damage buildings owned by the Sahrawi population, which moved the conflict directly to society.

In 2005 the second *Intifada* took place and it was also answered through mass repression and abuses. However, this *Intifada* meant a turning point as we will further explain later. This *Intifada* had its origin in the refusal to relatives of people imprisoned in the Black Prison of El Aaiun to allow visits to prisoners. In addition, various peaceful activities were organized by human rights activists, sit-ins and demonstrations, around the International Day of the Rights Human and International Women's Day 2004. This organizational strengthening of civil society had an impact, not only at the local level for channelling demands to local authorities, but also at international level to institutions such as ERC or the working group on Forced Disappearance of the United Nations. All these circumstances culminated in a social explosion that first achieved to break the media blockade imposed by the Moroccan regime on the question of Western Sahara in general and particularly on the situation of human rights in the Occupied Territories: the Gdem izik camp in 2010.

In September 2010 a group of Sahrawi people set up camp in the desert on the outskirts of the city of El Aaiun, in order to demand their political, social, economic and cultural rights. The claim was gaining strength until it captured the attention of international public opinion as a movement of peaceful civil resistance⁴⁸. Throughout the month of October and early November negotiations between a liaisons group of the camp and the Moroccan authorities took place. While talking, the camp was surrounded by about 3,000 agents from the security forces of the State⁴⁹ and on 8 November, at dawn, they stormed the place, in which there were between 20,000 and 25,000 people⁵⁰.

MAN RIGHTS WATCH, *Morocco's Smiling Face and Heavy Hand*, 2015, p. 124. OPGENHAF-FEN, V. and FREEMAN, M. *Transitional Justice... op. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁸ WILSON, A., «On the margins of the Arab Spring», *Social Analysis*, 2013, vol. 57, no. 2.

⁴⁹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Derechos pisoteados. Protestas, violencia y represión en el Sáhara Occidental*, 2010, p. 10.

⁵⁰ BERISTAIN, C. and GONZALEZ HIDALGO, E., *El Oasis...*, *op. cit.*, p. 435.

The Moroccan government continues to perpetrate serious human rights violations despite the commitments to the international community. Torture is a clear example. Moroccan authorities have accepted the competence of the UN Committee against Torture to receive communications from individuals alleging violations of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading in Morocco and Western Sahara. In addition, the new Constitution approved in 2011 enshrined in its Article 22 the prohibition of torture. However, according to human rights organizations reports, torture persists. Amnesty International presented a specific report focused in this issue last May⁵¹. It is important to note that, not only the Moroccan authorities keep violating human rights, particularly in the Western Sahara, but also that the situation nowadays is even worse because there are both national and international instruments that could punish this practice and they are not fulfilling their role. Moreover, what is even more perverse is that the authorities have resorted to prosecution and imprisonment of people who have denounced abuses, on charges of «false allegations» and «slander against the security forces.»

Another example is the military justice code that was amended in January 2015 to avoid military trials to civilians. Nevertheless, earlier in 2015 two civilians were tried under a military court, following the cases of many other civilians sentenced by military courts in recent years, including 22 Sahrawi convicted for the «Gdeim Izik» riots⁵².

But maybe the most disturbing point is the increase of tension between Sahrawi people and Moroccan settlers. Since the Gdem Izik revolt, when already Moroccan settlers staged attacks to civilians, the tension and hostilities between civilians has gained intensity, even affecting human right activists or institutions visiting the region⁵³. This situation has resulted in 2015 in the death of Mohamed Lamin Haidala due to a fight with Moroccan settlers.

Finally, the apparent improvements on the human rights situation in the region contrasts with the problems faced by human rights institutions to visit and interview victims and witnesses. The expulsion of two Amnesty International experts from Morocco in June 2015 is a «blatant attempt to prevent legitimate human rights research and muzzle criticism in the country»⁵⁴. The Amnesty International activists were expelled despite having informed authorities of their planned visit and having received the authorisation of Moroccan authorities to visit the country.

⁵¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Morocco: Shadow of impunity: Torture in Morocco and Western Sahara*, 2015.

⁵² HUMAN RIGHTS WATCH, *Morocco's...op. cit.*, p. 124.

⁵³ BERISTAIN, C. and GONZALEZ HIDALGO, E., *El Oasis...*, *op. cit.*, p. 466.

⁵⁴ See <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/06/amnesty-international-staff-members-expelled-from-morocco/>> Date of access 28 September 2015.

As we have already mentioned, the Sahrawi *Intifada* of 2005 marked a turning point in the treatment of human rights by the parties and the international community. Serious human rights violations that occurred in the territory were collected in a secret report leaked UNHCHR in the internet in 2006. The publication of the report coincided with the creation of the ERC and the apparent bet Mohamed VI to improve the situation of human rights in the country. The POLISARIO Front's contribution came, in its 2007 National Congress, when for the first time demanded to the UN the oversight of human rights by MINURSO.

As a result of the change in the language in the United Nations Security Council resolutions since 2000⁵⁵, in 2013 a vitally important fact occurred: for the first time, within the so-called «group of friends Western Sahara» United States proposed a draft resolution dealing with the situation of human rights at the occupied territories⁵⁶. Since then this debate has been repeated in the Security Council on the inclusion of human rights on the agenda and particularly, on the extension of the mandate of MINURSO. However, due to French pressure, this resolution was not adopted and yet in 2015 MINURSO has no competence in the monitoring of human rights in the territory.

Regarding the situation of Sahrawi refugees in Algeria, many International Organizations have visited the camps. Even though some complaints of human rights abuses were addressed during the 80s, in general terms there is a consensus on the respect for human rights at the camps.

Forty years after the Sahrawi refugee crisis started, the social pressure on Sahrawi refugees and the problems concerning their humanitarian situation are becoming ever more unbearable⁵⁷.

⁵⁵ FISAS, V., «El proceso de paz del Sáhara Occidental: Una propuesta de salida negociada», *Quaderns de Construcció de Pau*, 2011, no. 18, p. 7; CAPELLA SOLER, R., «Los derechos humanos...», *op. cit.*, pp. 7-8. The Security Council started in 2010 to stress the «importance of making progress on the human dimension of the conflict as a means to promote transparency and mutual confidence through constructive dialogue and humanitarian confidence-building measures» (S/RES/1920 (2010)). This new path went further in the Resolution of 2011 («Stressing the importance of improving the human rights situation in Western Sahara and the Tindouf camps, and encouraging the parties to work with the international community to develop and implement independent and credible measures to ensure full respect for human rights, bearing in mind their relevant obligations under international law», S/RES/1979 (2011) and consolidated in the Resolutions afterwards (S/RES/2044 (2012); S/RES/2099 (2013); S/RES/2152 (2014) and S/RES/2218 (2015)).

⁵⁶ See <<http://www.defenseforumfoundation.org/western-sahara/148-u-s-announces-groundbreaking-draft-resolution-for-human-rights.html>>

⁵⁷ OXFAM, «40 YEARS OF EXILE Sahrawi refugees abandoned by the international community?», *OXFAM BRIEFING PAPER* 2015.

The refugee camps have been changed gradually due to remittances, small local human development projects – particularly microcredits – and the development of a micro-economy through the gradual emergence of private socio-professional initiatives. This has contributed to the increase of inequalities between refugees and at the expense of community services⁵⁸. In addition, donors fatigue and political pressures have been translated in humanitarian aid shortcuts. For instance, the World Food Programme (WFP) basked food has been reduced to seven since January 2015 due to a reduction in the available funds. These cuts have direct effects in the health of refugees, particularly children, and women, and in general terms into food security and nutritional status. According to a study by the WFP, 7.6 percent of children under the age of five and females of child-bearing age (between 15-49 years of age) suffer from acute malnutrition. Health issues such as hypertension and diabetes are also very common⁵⁹.

In the next heading we will exam the attitude of the EU towards these human rights violations. We will try to determinate if its attitude has been coherent to its external policy and to the commitment of the EU institutions with the promotion of human rights.

4. THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION FOR THE DEFENSE OF THE HUMAN RIGHTS IN THE WESTERN SAHARA. DOUBLE STANDARD POLICY?

As we have already mentioned, some authors have argued⁶⁰ that European institutions have carefully followed the situation of human rights in the Western Sahara, particularly the EP. This monitoring of the European Institutions has been expressed through the annual reports on human rights situation in the world, *ad hoc* resolutions and visiting missions of European deputies.

Since 1998, every year the EC elaborates reports on the worldwide situations of human rights and democracy. The situation of the Western Sahara has been captured in some of these reports⁶¹. The last one, known as the

⁵⁸ LÓPEZ BELLOSO, M., «El Desarrollo Humano Local en los campamentos de población refugiada saharai en Tinduf: desarrollo en el refugio», in DUBOIS, Alfonso et al. *Desarrollo Humano Local: de la teoría a la práctica*. Hegoa. UPV-EHU Bilbao, 2011.

⁵⁹ OXFAM, «40 YEARS OF EXILE...», *op. cit.*

⁶⁰ SOROETA LICERAS, J., «La posición de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 842.

⁶¹ EUROPEAN PARLIAMENT, European Union's policy on the matter, 13th December, 2012. (2012/2145(INI)), par. 46. Resolution on the Annual Report on Human Rights in the World. 2004 and the EU's policy on the matter (2004/2151(INI)), 25 April 2005, par. 15.

«Tannok report» specifically expressed the concern of the EU on the situation of the human rights in the Western Sahara:

«Calls on the Commission and Member States – considering that the political solution to the Western Sahara conflict, reconciliation and the human rights situation are closely linked – to be more active in the resolution of the Western Sahara conflict, not only supporting the UN negotiations but also using its various external policy instruments (for example strengthening human rights monitoring and awareness among police and security forces, supporting democratic reforms, including decentralization, fighting discrimination in the region) to promote much needed confidence building between the conflict parties»⁶².

Apart from the annual reports on Human Rights and Democracy, the situation of human rights in Western Sahara has been dealt with in several EP Resolutions since the abovementioned first resolution in 1987⁶³. These texts adopted by the EP have captured the concern of the Institution on the situation of human rights in general terms but also on particular cases, as for example the Resolution on the release of the Saharan detainees in Western Sahara⁶⁴, the Resolution on the trial of eight Saharan demonstrators⁶⁵, or the Resolution on the Gdem Izik Camp⁶⁶.

Finally, the European Parliament arranged *in situ* visits to the territories and the refugee camps in 2002 and 2009. The reports of these visits also referred to the violations of human rights in the occupied territories. In addition, some deputies have arranged *in situ* visits in the framework of the intergroup on the Western Sahara of the EP and have been either expelled or they have not been allowed to enter the country:

«Regrets deeply the fact that on Wednesday, 6 March 2013 Morocco expelled a delegation of four Members of the European Parliament; notes that the aim of the delegation was to visit the territories of Western Sahara, to inquire about the situation of human rights and to meet with representatives of the MINURSO; regrets deeply the behaviour of the Moroccan authorities and demands that the Kingdom of Morocco permit free access

⁶² Report on the situation of human rights in the Sahel region (2013/2020(INI)) 8.10.13. Rapporteur: Charles Tannok.

⁶³ See: EUROPEAN PARLIAMENT: DO B2-1453 and 1474/87 (1987); B3-1758 and 1765/90 (12-11-1990); B3-1443 and 1467/92(29-10-1992); B3-0167, 0193, 0195 AND 0203/94 (10-02-1994); P6_TA-PROV(2005)0414 (26-10-05); A6-0086/2005 (05-04-2005); B7-0055/2013 (4-2-2013); P7_TA(2013)0431 (22-10-2013). A6-0086/2005. EUROPEAN PARLIAMENT: B-3 1443, 1452 and 1476/92.

⁶⁴ EUROPEAN PARLIAMENT: B-3 1443, 1452 and 1476/92.

⁶⁵ EUROPEAN PARLIAMENT: B4-0949, 0993 and 0996/95.

⁶⁶ EUROPEAN PARLIAMENT: B7-0680/2010.

and free movement in Western Sahara to independent observers, members of parliaments, to the press and to humanitarian organisations»⁶⁷.

This monitoring of the situation of human rights in the Western Sahara contrasts with the official positioning of the EU and the steps taken for the promotion of human rights in the territory. Taking into account that the EU has tried to promote democracy through partnership, commendation of attainments and incentives, European Institutions, and particularly some Member States, have been unwilling to constraint Morocco for structural political reforms⁶⁸, even though the interest of Morocco to strengthen the links with the EU provides the EU a privileged standing to use its leverage for the promotion of democracy and political engagement with human rights.

Taking into account the situation of human rights in Morocco as a whole, and in the occupied territories in particular, and the insertion of the «democratic clause» in the Association Agreement of 2007 and the section on human rights of the ENP, it is difficult to understand why Morocco has not been sanctioned⁶⁹.

Since 1992, the so-called «democratic clause» is indispensable in the agreements between the EU and third countries, unless the agreement is sectorial or focused in specific areas, as for instance, Fisheries Agreements⁷⁰. The «democratic clause» is usually structured in two parts: the first part outlining the significance and the approach of human rights in EU policy (relevance clause); and the second, the sunset clause, which sets the conditions for the agreement suspension.

As we have mentioned, almost all the EU agreements with third countries include this «democratic clause» and in many cases with the same wording. However, the application of this clause has been different. In some cases, as Liberia, Zimbabwe or Guinea, the worsening human rights situation meant the application of sanctions or even the suspension of the agreement. However, in cases as the Moroccan or the EU-Israel Trade Agreement, the situation of human rights had no consequences for the application of the agreements.

Geopolitical and economic considerations underlying the application of the «democratic clause» led according to ÚBEDA DE TORRES to the above-

⁶⁷ Report on the situation of human rights in the Sahel region (2013/2020(INI)) 8.10.13. Rapporteur: Charles Tannok, par. 107. Also see: El País, 7/11/2010; El Diario, 24/3/2014.

⁶⁸ KAUSCH, K., «How serious...», *op. cit.*

⁶⁹ BALBONI, M. *Paper presented at the Conference organised...*, *op. cit.*

⁷⁰ NIEDRIST, G., «Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea», *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2011, vol. 11, p. 472.

mentioned «double standard policy»⁷¹. We argue that this «double standard» applies not only to different application of the clause, but also to different consideration of the human rights violations, meaning stronger commitment to the protection and promotion of civil and political rights than to economic, social, cultural rights.

Even though the engagement of the EU in the protection of the human rights of the Sahrawi people has been low, and had no implications for the agreements and partnership between the EU and Morocco, in our opinion EU has expressed stronger concern on the situation of civil and political rights.

EP reports and ad hoc missions' reports have been focused on human rights violations such as arbitrary detention, torture, enforced disappearance and the right of association:

«Having regards to the events in Assa (Southern Morocco) and Smara and El aaiun (Western Sahara), where Saharan men and women held peaceful demonstrations between 27 September and 15 October 1992, asserting their right of self-determination and calling for an end of the state of emergency.

Having regard to the brutal action by the Moroccan police in violently putting down the demonstrations and injuring, arresting and abducting large number of people.

Concerned about the further fate of the detainees and of those taken away to unknown destinations, whose names are known from a long list, and worried that events may escalate further»⁷².

«Expresses deep concern at the recent report from the UNSR on torture, who found evidence that Moroccan officials have detained individuals on political grounds, inflicted torture and rape on Sahrawi inmates, kidnapped and abandoned protesters in the desert to intimidate them, and deliberately and frequently targeted pro-independence advocates, including in their homes; notes further widespread allegations of forced disappearances and unfair trials...»⁷³.

«deeply concerned at the latest reports by Amnesty International and the World Organisation Against Torture regarding serious human rights violations by Morocco against the Sahrawi people,

Whereas the investigations carried out by the Equity and Reconciliation Commission regarding the people who have died in illegal detention centres have led to the discovery of the graves of 57 victims of forcible 'disappearance', 43 of them Sahrawis,

⁷¹ ÚBEDA DE TORRES, A., «La evolución...», *op. cit.*, p 76.

⁷² Resolution on the release of the Saharan detainees in Western Sahara. Resolution B-1443, 1452 and 1476/92, 29 October 1992.

⁷³ EUROPEAN PARLIAMENT, DRAFT REPORT on the situation of human rights in the Sahel region (2013/2020(INI)). 2013/2020(INI). 21/5/2013.

Welcomes the release by the Polisario Front of all Moroccan prisoners of war; calls on the Moroccan authorities to immediately release the human rights supporters, Mrs Aminattou Haidar, Mr Ali Salem Tamek and 35 other Sahrawi political prisoners, and to shed light on the fate of more than 500 missing Sahrawis, including those who disappeared during military campaigns»⁷⁴.

Norbert Neuser: «The situation of the political prisoners is getting worrisome, after five weeks of hunger strike. Morocco has to act now: either secure a fair civilian trial or set them free! We cannot accept this endless illegal detention by such a close neighbour to the EU»⁷⁵.

Moreover, there have been specific resolutions of the EP on the situation of the political detainees or the military trials to civilians:

«particularly shocked at the sentencing by a military court of eight Saharan students arrested during a demonstration at El Ayoun on 11 May 1995 to prison terms of 8 to 15 years, reduced to one year by King Hassan II,

Whereas several dozen arrests were made by the Moroccan police during the demonstration,

Whereas the recent amnesty granted to political prisoners did not include any Saharans»⁷⁶.

The EU has also followed the development of Aminetu Haidar's hunger strike in 2009 (PE432.839V01-00/ B7-0255/2009) and urged the Spanish and Moroccan government to find a solution to Haidar's situation. Nevertheless, the EU understood that the situation was a bilateral problem and its intervention was merely declarative⁷⁷. After her hunger strike she was again nominated to the Sakharov prize by some Euro deputies in 2010, but it was finally awarded to Guillermo Fariñas.

In 2014, Morocco hosted in Marrakech the II World Human Rights Forum. This forum was very controversial, as the foremost human rights NGO in the country, and many international organizations refused to participate claiming that the government intended to present false progresses in human rights issues and that the organizing process coincided with a state policy of muzzling civil liberties.

⁷⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution on human rights in Western Sahara. P6_TA (2005)0414. 26 October 2005.

⁷⁵ «European Parliamentarians demand release WS political prisoners». See: <http://www.westelijkesahara.org/a109x1424>.

⁷⁶ Resolution on the trial of eight Saharan demonstrators in Morocco. B4-0949, 0970, 0993 and 0996/95.

⁷⁷ «The Commissioner for External Relations of the European Union (EU), Benita Ferrero-Waldner, today expressed her confidence that Spain and Morocco reach a «compromise political or humanitarian» solution and explained that the Community body will not intervene in the conflict because it is a bilateral issue». El País, 7/12/2009.

It seems clear that the civil and political rights situation is worrying. By way of example, trials do not fulfill international procedural requirements⁷⁸, harassment to human rights activists persists⁷⁹, and freedom of association is not real, as many human rights organizations, including Sahrawi human rights associations as ASVDH or CODESA, are still unregistered and unofficial⁸⁰. Consequently, the situation of civil and political rights has been recently acknowledged by the EP⁸¹, and the EU has strengthened the support to democracy and human rights in Morocco through EuropAid⁸².

Nevertheless, the situation of the economic, social and cultural rights is also upsetting. Moreover, the violation of the right of Sahrawi people to their natural resources under the Fisheries and Agricultural Agreement shows the little engagement of the EU with the economic, social and cultural rights. As we have already mentioned, sectorial agreements do not include «democratic clauses»⁸³.

However, the Legal Service of the EP in a legal opinion on the request of the EP about the EU-Morocco Agricultural Agreement clearly stated that:

«However, the Legal Service lacks information whether and how the proposed Agreement will be applied to the territories of Western Sahara

⁷⁸ Human Rights Watch Report: «‘Just Sign Here’: Unfair Trials Based on Confessions to the Police in Morocco», examined five trials between 2009 and 2013 of a total of 77 people – including protesters seeking reform, Western Sahara activists, and persons accused of plotting terrorism. Available at: <https://www.hrw.org/report/2013/06/21/just-sign-here/unfair-trials-based-confessions-police-morocco>

⁷⁹ Amnesty International has called on the Moroccan authorities to end the ongoing harassment and intimidation of Sahrawi activists: MDE 29/003/2007 (Public) News Service No: 024. 5/02/2007.

⁸⁰ On June 21st CODESA issued a press release about the false information provided on April the 22nd about its legalization. The difficulties on the regularization of human rights organizations was also reported by AI: <https://www.amnesty.org/es/countries/middle-east-and-north-africa/morocco/report-morocco/>

⁸¹ In a press interview to the Argelian press Service in Paris on February 25th 2013 in the framework of a meeting of the IPeMed Steering Committee, Alexandre Stutzmann, diplomatic advisor of EP President stated that: «A raíz de las distintas misiones llevadas a cabo en el territorio del Sáhara Occidental, la evidencia recogida por el Parlamento Europeo (PE), muestra que los derechos humanos fundamentales del pueblo saharauí son violados», Stutzmann also highlighted that «importante para esta institución europea que «el derecho, las libertades individuales y la dignidad de todas las personas sean respetados» por Marruecos en el Sáhara Occidental». Available at: <http://www.sprasad.info/es/content/los-derechos-humanos-son-violados-en-el-s%C3%A9hara-occidental-parlamento-europeo> date of Access 25th January 2016.

⁸² InstrW3 EuropeAid/134297/L/ACT/MA, 10/05/2013.

⁸³ NIEDRIST, G., «Las cláusulas», *op. cit.*, p. 472.

and how it will actually benefit local people. It also lacks information whether the further liberalization of those goods is in accordance with the wishes and interests of the people of Western Sahara. Under these circumstances, it seems appropriate to clarify these questions with the Commission before taking a position on the consent to the conclusion of the proposed Agreement. If those questions cannot be answered in the affirmative, then it can be argued that by concluding the Agreement, the European Union is infringing international law» (n.º 30).

«In order to be in conformity with international law given the special status of Western Sahara, the geographical indications originating in the Western Sahara must be fully respected by the future agreement (if it will be applied to the territories of Western Sahara). Indeed, geographical indications can protect and preserve intellectual property related to traditional cultures, geographical diversity and production methods» (n.º 35)⁸⁴.

These arguments were also at the Legal opinion on the Fisheries Agreement in 2009⁸⁵:

«Following a series of parliamentary questions to the Commission it appears that EU-flagged vessels have fished in the waters off Western Sahara. Not only this can be deducted from the data provided by the Member States to the Commission pursuant to their obligation established by Community Legislation on control but also it has been explicitly acknowledged in several Commissions Declarations»

Being aware of this legal framework, the POLISARIO Front appealed to the European Court of Justice claiming the illegality of the agreement, and it is must be noted that the Legal Service opinion has not been used neither by the EC, nor by the European Council in their allegations to the agreement⁸⁶. In a historic judgment, the European Court of Justice set aside the free trade agreement between the European Union and Morocco on 10th December 2015, in coincidence with the International day of Human Rights⁸⁷. The judgment is a milestone for two main reasons. On the first hand, because it recognized that, even though the Council had wide discretion for the conclusion of agreements with third countries, it must guarantee that the EU is not at the risk of indirectly encouraging human

⁸⁴ Paragraphs published by WSHRW at: <www.wshrw.org/exclusivael-servicio-juridico-del-parlamento-europeo-considera-ilegal-el-acuerdo-agricola-ue-marruecos/>.

⁸⁵ SJ-0269/09 1-7-2009.

⁸⁶ Appeal filed by the POLISARIO Front the 19th of November 2012 – T-512/12.2013/C 55/26.

⁸⁷ Judgement available at: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172870&pageIndex=0&doclang=FR&mode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=164110>>

rights violations or even benefiting from such violations. On the other hand, the Judgment consolidated the legal personality of the POLISARIO Front, considering the case admissible.

This judgment is still very recent and it will be likely appealed by the EU, but in any case outlined the red line for the respect of human rights.

Besides the exploitation of fisheries and agriculture, Morocco violates the social rights of Sahrawi workers, hindering their access to public positions and hiring them under discriminatory labour conditions⁸⁸ and limiting the access to land and housing. Another expression of the socio-laboral rights constraint was the so called «Hassan Pups», a programme that displaced Sahrawi youths from Saharan cities to Moroccan cities claiming laboral reasons⁸⁹.

In fact, all these socio economic demands were at the roots of the settlement of the Gdem Izik Camp in 2010. However, only when the political claim for independence was addressed, the International Community drove its attention to the situation, leaving social demands in the background.

In addition to this, Sahrawi culture is continuously violated: *hassani* language is forbidden at schools, traditional costumes as well⁹⁰ and Cultural Festivals and Forums are instrumentalized as other expression of occupation.

The above mentioned Tannok Report mentioned subtly the violations of cultural rights:

«(...)recalls the findings of the UN Independent Expert on cultural rights that the Moroccan authorities suppress certain aspects of Sahrawi culture; repeats the UN Independent Expert's call to overturn such measures and to promote full cultural diversity; notes positively, in this connection, the provisions on respect for cultural rights that have been included in the new Moroccan constitution; welcomes the setting-up of a dedicated Sahrawi television station; encourages strongly the full implementation of these provisions (...)» (parr. 106).

The report referred by Tannok was elaborated by Farida Sahhed, independent expert on cultural rights that expressed many violations of Sahrawi social and cultural rights such the difficult Access to workplace (parr. 72), difficulties for traditions transmissions due to families separation (parr.

⁸⁸ Sahrawi phosphates workers have organized many peaceful demonstrations asking for better economic and social working conditions. For example on May the 8th 2013 in El Aaiun. «Morocco violates the social rights of phosphate workers». See: <<http://www.wshrw.org/en/marruecos-viola-los-derechos-sociales-de-los-trabajadores-del-fosfato/>> Date of access: 25th January 2016.

⁸⁹ BERISTAIN, C. and GONZALEZ HIDALGO, E., *El Oasis...*, op. cit., p. 160.

⁹⁰ *Idem.*, p. 168.

73), banning of traditional costumes (parr. 75), housing destruction (parr. 76) o historic heritage (parr. 79), obstacles to the Sahrawi naming (parr. 77), or difficulties of Sahrawi artist to participate in cultural events (parr. 80) (A/HRC/20/26/Add.2).

For their part, *in situ* mission reports mainly focus their interest on economic, social and cultural rights to the exploitation of natural resources, or the situation of the refugees.

When dealing with the refugee human rights the European Institutions also focused on some claims of detentions and tortures in the camps and on the provision of Humanitarian Aid to refugees:

«Emphasises the need for human rights in Western Sahara and in the Tindouf camps to be addressed, even without anticipating any final political settlement or expressing a view on such a settlement»⁹¹.

«Expresses concern about the poverty and lack of basic services in the Polisario Front-administered refugee camps near Tindouf, particularly with regard to nutrition, healthcare and access to potable water; welcomes the humanitarian assistance provided by the EU through ECHO to the refugees concerned; calls, nevertheless, for international actors to channel, co-ordinate and consolidate aid more effectively and, where appropriate, to increase the amount of aid in order to guarantee the stability of the humanitarian situation and help improve the conditions in the camps; echoes the recommendations of the UNSR on adequate housing that sufficient international funding be directed at the provision of housing, in the light of the hitherto poor availability thereof; notes, nevertheless, the functioning systems of governance in the camps and welcomes the active presence of civil society, with the strong participation of women within both; welcomes, furthermore, the social emphasis on education, in spite of scarce resources; notes, however, the lack of clear documentation about the precise number of inhabitants in the camps; calls upon the Polisario authorities, with the assistance of Algeria where appropriate, to conduct or facilitate regular censuses or formal registrations»⁹².

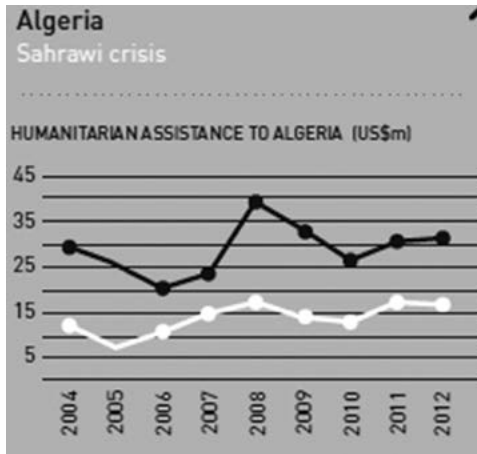
The EU is one of the largest donors to the Sahrawi refugees and since 1993 it has provided €213 million in humanitarian aid⁹³. However, even though the EC has highlighted the significance of neglected crises, and

⁹¹ Report on the situation of human rights in the Sahel region (2013/2020(INI)) 8.10.13. Rapporteur: Charles Tannok, par. 103.

⁹² *Ídem.*, par. 110.

⁹³ EUROPEAN COMMISSION. *Humanitarian Aid and civil protection. ALgeria Sahrawi refuge*. ECHO FACTSHEET, 2015.

ranked the Sahrawi refugee crisis in the first place out of ten at the Forgotten Crisis Assessment (FCA)⁹⁴, humanitarian flows remained constant⁹⁵.



Source: GLOBAL HUMANITARIAN ASSISTANCE REPORT 2014: 53.

The protracted refuge also has affected the human development progresses made in the camps regarding community service and education⁹⁶ as aid shortcuts have supposed a decrease in socio-cultural projects to foster refu-

⁹⁴ ECHO-Forgotten Crisis Assessment identifies «crises that have been overlooked or neglected by the international humanitarian community and/or the global media and which need special attention. The FCA attempts to identify crises characterised by very low media coverage, a lack of donor interest (as measured through aid per capita) and a weak political commitment to solve the crisis, resulting in an insufficient presence of humanitarian actors», Brussels, 4.12.2014 SWD(2014) 345 final. In the 2014 strategy, Sahrawi refugees were at 6/8 place, and also scored 11, the most severe level in 2013. According to the GLOBAL HUMANITARIAN ASSISTANCE REPORT only in 2005 this crisis was not prioritized in the index, meaning a considerable decrease in EU and international humanitarian assistance from the previous year. Despite this fact, the UN has never issued an appeal or strategic response plan (SRP) for Algeria (GLOBAL HUMANITARIAN ASSISTANCE REPORT 2014).

⁹⁵ ECHO Factsheet – ALGERIA – Sahrawi Refugees – September 2015: Available at: <http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/algeria_en.pdf> Date of access: 25th January 2016.

ECHO Factsheet Sahrawi Refugees – April 2013: Available at: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/sahrawi_en_0.pdf> Date of access: 25th January 2016.

⁹⁶ DUBOIS MIGOYA, A., GURIDI ALDANONDO, L., LÓPEZ BELLOSÓ, M., «Local human development in crisis contexts», *International Journal of Social Economics*, 2011, vol. 38, no. 6, p. 16; LÓPEZ BELLOSÓ, M., MENDIA AZKUE, I., «Local Human Development in

gees livelihoods. Despite the acknowledgment of refugees 'vulnerability, this has not been translated in to an increase of the aid flows. On the contrary, many humanitarian organizations, as we have already stated, have alerted on the deterioration of the refugees situation⁹⁷.

5. CONCLUSIONS

Western Sahara conflict has not been placed at the forefront of the European Agenda. This little engagement or event passivity has been translated on the one hand, on the conflict stalemate, and on the other hand, on the systematic and permanent violations of Sahrawi people human rights.

After the decolonization, the economic and political instability of the North-African Region and the European interest on fighting terrorism, drug trafficking and migration have centered the EU policy on the region. This policy has led to multilateral and bilateral agreements with states of the region, especially with Morocco. The Moroccan state, considered as «moderate bridge» ally has been benefited through the ENP and the Advanced Status⁹⁸. As other European Cooperation agreements, these included the so called «democratic clause» that allows the suspension of the agreement if human rights, democracy or governance are threatened. However, even the own European Institution have expressed their concern on the violations of human rights in Morocco, and particularly, of the Sahrawi people, no action or consequence has been taken under this «democratic clause». On the contrary, relations between the EU and Morocco not only have consolidated, but also been reinforced through economic support to the promotion of democracy and human rights. The recent judgment of the European Court of Justice sets a turning point in the commercial relations between the EU and Morocco, but it is still to be defined if this legal decision will have real implications for the protection of human rights.

Despite some achievements in the promotion of human rights such as the Constitutional reform in 2011, or the creation of the ERC have been made, systematic violation of Sahrawi human rights persists and there is no global and coherent European stance concerning the Western Sahara conflict. Since the first resolution addressing the conflict in 1987, the European Policy towards the situation of the Sahrawi people answers to the humanitarian concern and isolated answers to gross violations of human rights. Abovementioned strong political and economic interests with Morocco take precedence to the defense of the Sahrawi people's rights.

contexts of permanent crisis: women's experiences in the Western Sahara», *JAMBA: Journal of Disaster Risk Studies*, 2009, vol. 2, no. 3, p. 168.

⁹⁷ OXFAM, «40 YEARS OF EXILE...», *op. cit.*

⁹⁸ OPGENHAFFEN, V. and FREEMAN, M., *Transitional Justice...*, *op. cit.*

Even though, as we have pointed out, the EU, especially through the EP, has addressed European concern on the Sahrawi people's human rights, this engagement has been merely declarative and mainly focused on political and civil rights of the Sahrawi living in the occupied territories or humanitarian flows. Moreover, EU has ignored the continuous violations of economic, social and cultural rights. On the one hand, little attention has been paid in the EU reports or resolutions on these kinds of human rights violations. In our opinion this is due mainly to two specific reasons. On the one hand, the promotion of the economic rights of the Sahrawi people is linked to the exploitation of their natural resources. However, as we have stated, the EU not only has ignored the international law protection to Sahrawi natural resources, but consciously violates it by signing fisheries, agricultural and trade agreements, despite the legal opinions of the European legal service and the UN legal assessor, Hans Corell, as it has been pointed out in the European Court of Justice Judgment.

On the other hand, the promotion of social and cultural rights is linked to the Sahrawi identity and claims for self-determination. Addressing the systematic oppression of the Sahrawi language, culture and traditions would mean the acknowledgment of the existence of the Sahrawi identity. This recognition would for sure disturb the Moroccan ally, who persists denying the existence of the Sahrawi identity.

For all this, the stance of the EU institutions, even the EP, on the Sahrawi people human rights is lingering and limited to the situation of civil and political rights, in line with the Moroccan self-proclaimed promotion of human rights. Moreover, the promotion and defense of the Sahrawi people's civil and political rights is limited to tepid declarations and resolutions on enforced disappearance, arbitrary detention or torture but is not translated in an open critic to the Moroccan state. Consequently, no sanctions or consequences have been in the framework of the democratic clause. This «double standard policy» towards Morocco therefore shows a clear political incoherence in the promotion of human rights.

Regarding the situation of refugee population in Algeria, the engagement of the EU through the humanitarian flows provided by ECHO is limited to basic livelihoods and food supply. Despite admitting the refugees' vulnerability, ECHO has not increased the budget for the Sahrawi refugees, nor has promoted development projects to encourage Local Human Development of the protracted refugees. The European support to the families' exchange under the UNCR program has either been significant. This program is considered by the refugees as key to promote the social cohesion and traditions, as it helps to keep society in touch and maintain culture and tradition.

Therefore, in our opinion, the European stance in the Western Sahara should be reconsidered and reframed. The EU should engage actively, as in other struggles, in the conflict resolution. The EU, due to its special link to

Morocco could play a strategic role in the peace negotiations and the promotion of a fair agreement between the parties. In any case, the EU should link its cooperation agreements with Morocco to the promotion and respect of human rights. This promotion and defense should move from declarative and isolated statements to an active defense of Sahrawi people's human rights. Regardless, the promotion and protection of human rights cannot be limited or conditioned by economic and political interest of the European Institutions or member states. On the contrary, the EU should take the lead in a coherent and holistic defense of Sahrawi's human rights by, first, stopping the exploitation of natural resources; and second implementing the «democratic clause» of the cooperation agreements should the violation of human rights persist.

6. REFERENCES

- AMNESTY INTERNATIONAL, *Marruecos y El Sahara Occidental. Kelthoum Ahmed Labid El-Ouanat*, 1995. See: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/MDE29/001/1994/fr/65d20c28-ec0c-11dd-85b9-0939011eabc9/mde290011994es.html> (Accessed 10th Jun 2015).
- *Marruecos y el Sáhara Occidental. Cerrar capítulo: los logros, las dificultades*, 1999 See: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/MDE29/001/1999/es/58c4e2b9-e272-11dd-9a65-bba353fc63d9/mde290011999es.pdf> (Accessed 10th Jun 2015).
- *Derechos pisoteados. Protestas, violencia y represión en el Sáhara Occidental*, 2010. Disponible en: <http://www.amnistiainternacional.org/publicacion-163>. (Accessed 10th Jun 2015).
- *Morocco: Shadow of impunity: Torture in Morocco and Western Sahara*, 2015. See: <https://www.amnesty.org/en/documents/mde29/001/2015/en/> (Accessed 17th Jul 2015).
- «La posición de la Unión Europea en el conflicto del Sahara Occidental, una muestra palpable (más) de la primacía de sus intereses económicos y políticos sobre la promoción de la democracia y de los derechos humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 34, 2009, pp. 823-864.
- AFAPREDESA, *Sahara Occidental ¿Hasta cuándo?, Situación de los derechos humanos en Sáhara Occidental*, Tercera Prensa, Donostia-San Sebastián, 2005.
- ALBERDI BIDAGUREN, J., «La gobernanza democrática y la protección de los derechos humanos en la Asociación UE-África: ¿condicionalidad positiva o injerencia política?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 15, no. 38, 2011, pp. 129-154.
- BALBONI, M., *Paper presented at the Conference organised by the South African Departement of Foreign Affairs, on Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Pretoria, South Africa, 4-5 December 2008.
- BARTELS, L., *A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements*. German Institute for Human Rights and Misereor, Berlin, 2014.
- BERISTAIN, C., & GONZALEZ HIDALGO, E., *El Oasis de la Memoria*, vol. I y II. Ed. Hegoa-UPV-EHU, Bilbao, 2012.

- BERISTAIN, C. (dir), *Los otros vuelos de la muerte*, Ed. Hegoa-UPV-EHU, Bilbao, 2015.
- BONTEMS, C., *La guerre du Sahara Occidental*. Press Universitaires de France, 1984.
- CAPELLA SOLER, R., «Los derechos humanos, ¿un obstáculo para la paz en el Sahara Occidental?», *Boletín Elcano*, 2011, no. 134, p. 10.
- CISTERÓ, J.M. & FREIXES, T., *Sáhara. Una lección de historia*. Barcelona, Altgraf, 1987.
- LIPPERT, A. «The human costs of War in Western Sahara», *Africa Today*, vol. 34, no. 3, 1987, pp. 47-59.
- DARBOUCHE, H. & COLOMBO, S. «The EU, Civil Society and Conflict Transformation in Western Sahara: The Failure of Disengagement», *MICROCON Policy Working Paper* no. 13, 2010. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1650607> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1650607>.
- DUBOIS MIGOYA, A., GURIDI ALDANONDO, L., LÓPEZ BELLOSO, M., «Local human development in crisis contexts», *International Journal of Social Economics*, vol. 38, no. 6, 2011, pp. 498-515.
- DUNBAR, C., «Saharan Stasis: Status and future prospects of Western Sahara Conflict», *Middle East Journal*, vol 54, no. 4, 2000, pp. 522-545.
- FISAS, V., «El proceso de paz del Sahara Occidental: Una propuesta de salida negociada», *Quaderns de Construcció de Pau*, no. 18, 2011. Disponible en: http://ddd.uab.cat/pub/quaconpau/quaconpau_a2011m01n18iSPA.pdf (Accessed 23th March 2015).
- GILLESPIE, R., «European Union responses to conflict in the western Mediterranean», *The Journal of North African Studies*, vol. 15, no. 1, 2010, pp. 85-103.
- (ed.), *The Euro-Mediterranean partnership: political and economic perspectives*. Routledge, London and New York, 2013.
- HAUGEN, H.M., «Right to Self-Determination and Natural Resources: The case of Western Sahara», *The Law Env't & Dev. J.*, vol. 3, 2007, p. 70.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Morocco's Smiling Face and Heavy Hand*. 9 Noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2015/11/09/moroccos-smiling-face-and-heavy-hand> (Accessed 10th Dec 2015).
- *Morocco: Free or Retry 21 Sahrawis Jailed 5 Years Ago*. Joint Call by Rights Groups on Anniversary of Clashes. 5 Noviembre 2015. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2015/11/05/morocco-free-or-retry-21-sahrawis-jailed-5-years-ago> (Accessed 10th Dec 2015).
- *World Report 2015: Morocco/Western Sahara*. Disponible en: <https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/morocco/western-sahara> (Accessed 10th Dec 2015).
- IGLESIAS, M., *Conflicto y cooperación entre España y Marruecos (1956-2008)*, vol. 9. Centro de Estudios Andaluces. Sevilla, 2010.
- KAUSCH, K., «How serious is the EU about supporting democracy and human rights in Morocco?», *Democracy Working papers*, ECFR/FRIDE, 2008, pp. 1-11.
- LAVENEX, S.; SCHIMMELFENNIG, F., «EU democracy promotion in the neighbourhood: from leverage to governance?», *Democratization*, vol. 18, no. 4, 2011, pp. 885-909.

- LÓPEZ BELLOSÓ, M., «El Desarrollo Humano Local en los campamentos de población refugiada saharauí en Tinduf: desarrollo en el refugio» en DUBOIS, A. et al. *Desarrollo Humano Local: de la teoría a la práctica*. Hegoa. UPV-EHU Bilbao, 2011.
- LÓPEZ BELLOSÓ, M.; MENDIA AZKUE, I., «Local Human Development in contexts of permanent crisis: women's experiences in the Western Sahara» *JAMBA: Journal of Disaster Risk Studies*, vol. 2, no. 3, 2009, pp. 159-176.
- NIEDRIST, G., «Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea», *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 11, 2011, pp. 463-485.
- OPGENHAFFEN, V. & FREEMAN, M., *Transitional Justice in Morocco: A Progress Report*, International Center for Transitional Justice, New York 2005. See: <http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Morocco-Progress-Report-2005-English.pdf> (Accessed 10th Jul 2015).
- ORTUÑO LÓPEZ, J., «El doble rasero de la Unión Europea respecto al conflicto saharauí», *Política Crítica Revista Digital*, 2013. Disponible en: <http://politicacritica.com/2013/03/16/el-doble-rasero-de-la-union-europea-respecto-al-conflicto-saharauí/> (Accessed 22th Dec 2015).
- OXFAM, «40 YEARS OF EXILE Sahrawi refugees abandoned by the international community?», *OXFAM BRIEFING PAPER*, 2015. Disponible en: <https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2015-04-28/40-years-exile-sahrawi-refugees-abandoned-international-community> Accessed 24th June 2015.
- SEGURA I MAS, A., «A propósito de la regionalización en Marruecos y la Cuestión del Sáhara Occidental» en *Quaderns de la Mediterrànea*, 2001, no. 2-3.
- SOLÀ-MARTÍN, A., «Conflict resolution in Western Sahara», *African Journal on Conflict Resolution*, vol. 9, no. 3, 2009, pp. 117-139.
- SOROETA LICERAS, J., *El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del derecho internacional*, UPV-EHU, Bilbao, 2001.
- SWITHERN, S., *Global Humanitarian Assistance Report 2014*. Bristol: Development Initiatives, 2014.
- TORREJÓN RODRIGUEZ, J.D., *La Unión Europea y la cuestión del Sahara Occidental. La posición del Parlamento Europeo*. REUS, Madrid, 2014.
- ÚBEDA DE TORRES, A., «La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, no. 32, 2009, pp. 49-88.
- URRUELA, A., «El Parlamento Europeo frente al conflicto del Sahara Occidental», *Papers* 46, 1995, pp. 107-120.
- VAQUER I FANES, J., «The European Union and the Western Sahara», *European Foreign Affairs Review*, vol 9, no. 1, 2004, pp. 93-113.
- WILSON, A., «On the margins of the Arab Spring», *Social Analysis*, vol. 57, no. 2, 2013 pp. 81-98.
- YILDIZ, U., «The European Union's position on the Western Sahara Conflict: A barrier to Mediterranean Cooperation», *Marmara Journal of European Studies*, vol. 21, no. 1, 2013, pp. 37-58.
- ZOUBIR, Y., «Morocco, Western Sahara, and the future of the Maghrib», *Journal of North African Studies*, vol 9, no. 1, 2004, pp. 49-77.

European Documents

- PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Resolution 1408 (2004) Situation in the Western Sahara. 23 Nov 2004.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Resolution 1506 (2006) External relations of the Council of Europe. 26 Jun 2006.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Resolution 1680 (2009) Establishment of a «Partner for democracy» status with the Parliamentary Assembly. 26 Jun 2009.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Resolution 1818 (2011) Request for Partner for Democracy status with the Parliamentary Assembly submitted by the Parliament of Morocco. 21 Jun 2011.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Resolution 1942 (2013), Evaluation of the partnership for democracy in respect of the Parliament of Morocco. 25 Jun 2013.
- COMMITTEE ON POLITICAL AFFAIRS AND DEMOCRACY, Evaluation of the partnership for democracy in respect of the Parliament of Morocco. Reference 3980 of 28 June 2013.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Resolution 2004 (2014) Parliamentary contribution to resolving the Western Sahara conflict. 6 Jun de 2014.

European Parliament Resolutions and Documents

- Resolution on Western Sahara, 12th March 1981.
- Resolution on Western Sahara, 17th December 1987.
- Resolution on Western Sahara, 15th March 1989.
- Resolution on Western Sahara, 15th February 1990.
- Resolution on Western Sahara, 11th October 1990.
- Resolution on Western Sahara, 18th April 1991.
- Resolution on Western Sahara, 12th September 1991.
- Resolution on Western Sahara, 29th October 1992.
- Resolution on Western Sahara, 27th May 1993.
- Resolution on Western Sahara, 10th February 1994.
- Resolution on Western Sahara, 16th March, 1995.
- Resolution on Western Sahara, 13th July 1995.
- Resolution on Western Sahara 06th June 1996.
- Recommendation to the Council on Western Sahara, 10th March 1998.
- Resolution on Western Sahara, 14th January 1999.
- Resolution on Western Sahara, 16th March 2000
- Human rights in the world (2004) and the EU's policy. European Parliament resolution on the Annual Report on Human Rights in the World. 2004 and the EU's policy on the matter (2004/2151(INI)), 25 April 2005.
- The Human Rights and Democracy Clause in EU agreements European Parliament resolution on the human rights and democracy clause in European Union agreements (2005/2057(INI)).
- Resolution on human rights in Western Sahara, 26th October 2005.
- Resolution on trade with Euromed, 19 November 2003.
- Resolution on the situation in Western Sahara, 24 November 2010.

- Annual Report from the Council to the European Parliament on the Common Foreign and Security Policy, (P7_TA(2010)), 16th December, 2010.
- Annual report on human rights and democracy in the world 2011 and the European Union's policy on the matter, 12th September 2012.
- Annual report on human rights and democracy in the world 2011 and the European Union's policy on the matter, 13th December 2012.
- Report on the situation of human rights in the Sahel region (2013/2020(INI)), 8th October 2013.

Other Documents

DOCE, L 264, 27.9.1978.

DOCE. L 70, 18.3.2000.

DAHIR n.º 1.90.2012.

General Assembly, A/RES/2229(XXI), Question of Ifni and Spanish Sahara, 20 Dec. 1966.

General Assembly, A/RES/3162(XXVIII), Question of Spanish Sahara, 14 Dec. 1973.

TÍTULO: El papel de las instituciones europeas en la defensa de los derechos humanos en el Sahara Occidental

RESUMEN: la posición de la UE ante el conflicto del Sahara Occidental se ha caracterizado principalmente por: i) un posicionamiento mucho más tibio que en otros conflictos; ii) y por lo que se ha venido a denominar «la política del doble rasero», con una implicación distinta de las diferentes instituciones europeas, y con un posicionamiento desigual ante la negociación política de la salida al conflicto y la defensa de los derechos humanos. Se ha considerado que esta incoherencia se mantenía entre el posicionamiento político de las instituciones de la Unión, influidas por las presiones políticas de algunos de los actores implicados, como Francia y España; y por los intereses económicos de la UE, fundamentalmente relacionados con la explotación de los recursos naturales del territorio, mientras que parecía existir consenso sobre la apuesta clara de la UE por la defensa de los derechos humanos de la población saharauí. Sin embargo, este trabajo pretende demostrar que «el doble rasero» y la inconsistencia del posicionamiento de las instituciones europeas se ha trasladado incluso a la defensa de los derechos humanos. Así, mientras las instituciones europeas defienden los derechos civiles y políticos de la población saharauí en los Territorios Ocupados, además de denunciar la situación de precariedad que enfrenta la población de los campamentos de refugiados, ante la violación de los derechos económicos, sociales y culturales de la población saharauí los intereses económicos de varios Estados miembros de dichas instituciones se sobrepone a la defensa de los derechos humanos de pueblo saharauí. Este artículo tratará de demostrar esta incoherencia en la defensa de los derechos humanos de la

población saharauí a través del examen de documentación tal como: informes de misiones de observación in situ, informes sobre la situación de los derechos humanos, apoyo a activistas saharauís, análisis de los flujos de ayuda humanitaria a los campamentos de Tinduf; así como del análisis jurídico de los distintos acuerdos firmados entre la UE y Marruecos para la explotación de los recursos naturales del territorio que pertenece a un pueblo que aún se encuentra en proceso de descolonización.

PALABRAS CLAVE: Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa, Derechos Humanos, Sahara Occidental, Unión Europea.

ABSTRACT: The European Union's position on the Western Sahara conflict has been characterized on the one hand by a more tepid position than in other international conflicts; and on the other, by what has been referred to as a «double standard policy» of the EU, with different implications and a different stance of the European Institutions on the peace negotiation and on the defence of human rights. It has been considered that this incoherence was maintained between the political attitude of the European Institutions which was influenced by the political pressures of some actors involved, such as France or Spain, and EU economic interests, basically related to the exploitation of the natural resources of the territory. However, it was supposed to be a clearer and more coherent statement of the EU on the defence of the human rights of Sahrawi population. Nevertheless, this paper argues that this «double standard policy» and political incoherence has been even translated to the defence of human rights. Thus, while the European institutions clearly defend civil and political rights in the Occupied Territories and condemn the precarious conditions of the Sahrawi Refugees, European economic interests overwhelm the defence of the Sahrawi people's cultural, economic and social rights. This article will try to unveil this inconsistency in the defence of the rights of Sahrawi people through the analysis of documents such as: reports of the EU parliament, in situ missions, European Institutions' reports on the situation of Human Rights, support to Sahrawi activists, and European Humanitarian Aid flows; comparing them to legal/illegal agreements signed by the EU with Morocco for the exploitation of natural resources and the stance of the EU towards local NGOs and human rights associations.

KEY WORDS: European Institutions; Human Rights, Western Sahara, Policy Coherence.

*RECIBIDO: 25.01.2016
ACEPTADO: 01.03.2016*

CRÓNICA Y ACTITUD DE UN CONSTITUCIONALISTA. LA TESIS DE ADOLFO POSADA SOBRE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA

Remedios Morán Martín

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp361-375

SUMARIO: 1. OBJETIVO. 2. EL TEMA DE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA EN ADOLFO POSADA. 2.1. *Contexto intelectual.* 2.2. *Sentido de la titularidad de la soberanía en las Constituciones españolas.* 3. VIVENCIA DE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL. 4. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE ADOLFO POSADA A LA FÓRMULA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

1. OBJETIVO

Oriento las observaciones recogidas en estas páginas a señalar cual fue la preocupación principal que puede deducirse de los escritos de Adolfo Posada acerca de la forma política que la historia constitucional había impuesto a la España de su tiempo. Intentaré también mostrar cómo, pese a su evidente fracaso real, el peso de su lógica interna fue tal, que los constitucionalistas de 1978 optaron por sortear su tesis, casi al modo en que se «ocultan» algunos de los intérpretes del Derecho musulmán.

No puede ser entendido Adolfo Posada (Adolfo González-Posada y Biesca) como un constitucionalista *stricto sensu*. El conjunto de su obra lo presenta

* Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación I + D + I, *Participación y exclusión política (causas, mecanismos, consecuencias)*, DER2013-46338-R.

como un pensador especialmente centrado en la visión del mundo generada por la recepción y evolución del krausismo en España¹. Esa actitud le impulsó asumir un papel muy activo como reformador social². Sustentado por una raíz pedagógica³, que buscaba conocer y aplicar cuantas herramientas intelectuales, especialmente el Derecho y la Sociología⁴, le permitieran diagnosticar la reali-

¹ El mismo Posada escribe una *Breve historia del krausismo español*, Universidad de Oviedo, 1981. Asimismo, todos los estudios sobre el krausismo lo insertan en esta corriente que, para Posada, se reelaboró en España y tuvo como fin la regeneración ética en todos los aspectos: POSADA, A., *España en crisis (La política)*, Ed. Caro Raggio, Madrid, 1923, especialmente pp. 173-174. Entre otros estudios sobre el tema, *vid.*, ENRIQUE M. UREÑA Y ÁLVAREZ LÁZARO, P. (eds.), *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, Editorial Parteluz, Madrid 1999, así como los numerosos trabajos publicados por el grupo de investigación fundado por estos dos autores en la Universidad de Comillas con el nombre de Liberalismo, krausismo y masonería, dirigido actualmente por J. M. Vázquez Romero: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/listalibrosporcoleccion?codigo=193>>; LAPORTA, F., *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1974, para este tema, especialmente pp. 257-313, que, al situarse en la óptica de la Filosofía del Derecho, es el estudio que mejor señala la perspectiva general desde la que debe ser valorado Posada; DIAZ, E., *La filosofía social del krausismo español*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1973, pp. 49-52, 74-75, *passim*. Asimismo, PÉREZ-PRENDES, J. M., «Las ciencias jurídicas», en Historia de España, fundada por Ramón Menéndez Pidal, dirigida por José María Jover Zamora, Tomo XXXIX.2, *La Edad de plata de la cultura española (1898-1936)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1994, pp. 341-388, donde el autor expone un cuadro de la ciencia jurídica del krausismo.

² *Le Droit et la question sociale*, M. Giard & E. Brière, Paris, 1898; *El Derecho y la cuestión social*, Estudio preliminar a Menguer, *El Derecho civil y los pobres*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1898; *Socialismo y reforma social*, Est. Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1904, etc. además de las cuestiones relacionadas con la mujer, cuya síntesis recogió en su obra *Feminismo*, Librería de Fernando Fé, Madrid, 1899. Sobre sus propuestas de reforma, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003.

³ Entre sus estudios sobre el tema, destacan: *La enseñanza del Derecho en las Universidades. Estado actual de la misma en España y proyectos de reformas*, Imprenta de la Revista de las Provincias, Oviedo, 1889; *Política y enseñanza: Política pedagógica. La reforma de la primera enseñanza. La segunda enseñanza*, Daniel Jorro, Madrid, 1904; *Pedagogía*, Ed. Sempere, Valencia, 1909. *Vid.*, TERRÓN, E., *Sociedad e ideología en los orígenes de la España contemporánea*, Ediciones Península, Barcelona, 1969.

⁴ *Principios de sociología*, Ginés Carrión, Madrid, 1908; *Socialismo y reforma social*, Madrid, 1904; BUILLA, A.; POSADA, A. y MOROTE, L., *El instituto de trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España, con un discurso preliminar de José Canalejas y Méndez y una Memoria acerca de los Institutos del Trabajo en el extranjero por J. Uña y Sarthou*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fré, Madrid, 1904 (reed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1966 y 1986). *Vid.*, OLAZA PALLERO, S., «La influencia de la legislación y la doctrina española en el Proyecto de Ley Nacional del Trabajo de Joaquín V. González», en *Revista de Historia del Derecho*, 36, 2008, pp. 229-255: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4631203.pdf> [consulta: 3-12-2015].

dad socio-política española e hispanoamericana⁵; y procuró situarla en un contexto internacional⁶, estableciendo aquellas modificaciones que juzgaba necesarias para alcanzar el modelo de vida colectivo que entendía como más noble⁷.

2. EL TEMA DE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA EN ADOLFO POSADA

2.1. Contexto intelectual

Considerado monográficamente, está claro que Adolfo Posada eligió tratar el asunto en la sede apropiada, el Derecho político⁸, que además le era

⁵ Entre su amplia obra sobre el tema destaco: *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Biblioteca Económica y Filosófica, Vol. 57, Madrid, 1891 (hay edición con «Estudio preliminar» de F. Rubio Llorente, Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, Oviedo, 1996); *Tratado de Derecho político*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1893-1894, 2 vols.; *Guía para el estudio y aplicación del Derecho constitucional de Europa y América*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894; *Instituciones políticas de los pueblos hispano-americanos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1900; *Derecho político comparado. Capítulos de introducción*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906; *Para América desde España*, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, París, 1910; *La República del Paraguay. Impresiones y comentarios*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1911; *La República Argentina*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1912; *La crisis del Estado y el Derecho político*, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1934, etc. Sobre el tema en Posada, *vid.*, SORIA MOYA, M., Adolfo Posada, teoría y práctica política en la España del siglo XIX (recurso electrónico), València, Universitat de València, Servei de Publicacions, 2004. 1 disco (CD-ROM). <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9681/soria.pdf;jsessionid=363BAA9810529FA0D3AD559DAA70290D.tdx1?sequence=1>> [consulta: 4-1-2016].

⁶ Siempre dedicó amplios capítulos de su obra al Derecho comparado, como puede apreciarse en las obras citadas en la nota anterior, muy significativamente en su *Tratado de Derecho político*. Además, realizó varios estudios preliminares a las obras más interesantes del pensamiento europeo, entre ellas: *Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering*, R. Ihering, *Prehistoria de los indoeuropeos*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1896; *Estudio preliminar a G. Jellinek, La declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908; *Estudio preliminar a León Duguit, Las transformaciones del Derecho público*, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1915; etc. además de obras específicas en las que analizaba la política internacional de su momento, como *La idea del Estado y la guerra europea*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915; *Actitud ética ante la guerra y la paz*, Caro Raggio, Ed., Madrid, 1923; *La Sociedad de Naciones y el Derecho político*, Caro Raggio, Ed., Madrid, 1925, etc.

⁷ Sobre sus propuestas de reforma, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003.

⁸ *Tratado de Derecho político*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1893-1894, 2 vols. (del cual se publicaron cinco ediciones revisadas, la última de 1935, que es la que utilizo en este trabajo, salvo cita expresa de otra edición).

profundamente familiar, al ser un núcleo de sus conocimientos, aunque no el único, como ya he señalado en las notas anteriores.

Dicha idea aparece en su pensamiento dentro de varios círculos concéntricos: uno, el dedicado a la doctrina de soberanía en general⁹ y otro, a las formas históricas constitucionalizadas del Estado en España¹⁰. En este segundo círculo, a partir de una primera etapa (1812-1833) expone su examen, sin duda el mejor publicado hasta ese momento, que se cierra con el estudio de la entonces novísima y vigente Constitución de 1931. Ese marco se construyó en continua evolución a medida que iba presentándosele la necesidad de estudiar y valorar la sucesión de movimientos políticos en España. Siendo «bruscas» las causas que llevan a los cambios políticos y constitucionales del siglo XIX, no lo son las reflexiones de Posada sobre ellas, sino que en una secuencia continuada de obras va perfilando tenazmente su pensamiento. En la aparentemente breve exposición de los párrafos en que trata la Historia del Derecho constitucional en España, Adolfo Posada, no da pinceladas, como pueda parecer, sino que cincela como si de piedra se tratara, cada una de las ideas que expone, en sí mismas merecedoras de un análisis extenso. Asimismo, parte de estas páginas son resumen excelente de una exposición más amplia que publicó en gran medida como crítica sobre parte del articulado de la Constitución de 1931, que expuso en su obra *La Nouvelle constitution espagnole*¹¹.

Para Posada, la comprensión de efecto determinante de la titularidad de la soberanía en los Estados constitucionales, exige varias interpretaciones de carácter general y de significación tanto jurídica y política, unas veces en abstracto y otras impuestas por la naturaleza especial, histórica, del régimen constitucional en sus diferentes tipos.

⁹ *Ibid.*, libro VI, capítulos I y II, libro sexto, del vol. primero, pp. 313-427.

¹⁰ *Ibid.*, libro II, capítulo VI y VII del vol. segundo, pp. 258-328 y libro III, cap. V. pp. 360-363 (desde ahora cito solo vol. y pp.). Aunque el desarrollo de la Soberanía está recogida en el resto de las ediciones, en la quinta edición introduce el capítulo VII dedicado a la Constitución de 1931, que obviamente no se recoge en la edición cuarta, de 1928. El libro III de este volumen en sus diferentes ediciones lo dedica a un estudio de Derecho comparado de la soberanía en diferentes constituciones europeas.

¹¹ POSADA, A., *La Nouvelle constitution espagnole. Le régime constitutionnel en Espagne. Evolution. Textes. Commentaires*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932. Esta obra tuvo una amplia repercusión en Francia, no solo por ser publicada en París, sino por la recensión que le hizo SARRAIL, J., en *Bulletin Hispanique*, vol. 35. 2, pp. 198-199: <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/hispa_0007-4640_1933_num_35_2_2581_t1_0198_0000_2>. Recientemente ha sido publicada con traducción del texto por Antonio María BUENO ARMIJO y Estudio preliminar a cargo de Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2006, 2 vols. Cito por esta edición, vol. II que corresponde a la traducción española.

Respecto a las interpretaciones jurídicas y políticas, lo esencial es saber claramente en quién y dónde reside el poder generador del Estado y su régimen, estableciendo por quién y cómo se ejerce dicho poder, al diferenciarse en funciones. Cuando en la Constitución no se menciona expresamente la determinación del titular de la soberanía, aquella puede realizarse bien mediante la interpretación del Preámbulo, bien en el procedimiento de reforma constitucional, porque es en ellos donde se señalan los órganos a quienes se atribuye el Poder para realizar el acto específico por excelencia de soberanía; a falta de ambos, debe atenderse al funcionamiento práctico del régimen institucional¹².

Pasando ahora a la aplicación de ese método a la Historia del constitucionalismo español, resulta que primero entre 1812 y 1834, se plantea la lucha entre el absolutismo y el constitucionalismo, concretándose en dos soluciones: los que consideraban que la titularidad de la soberanía residía en un ente identificado como «soberanía nacional» y los que la atribuían a la *Corona* y a las *Cortes*, que optaban por una *interpretación de la historia*. En ese quién y dónde reside la titularidad del ente soberano, Posada considera que se recoge una fórmula jurídico política dogmática de la soberanía nacional en el art. 3 de la Constitución de Cádiz¹³, en el preámbulo de Constitución de 1837¹⁴, y las Constituciones de 1856 (la *non nata*)¹⁵, de 1869¹⁶, todas ellas obra de

¹² POSADA, A., *Tratado de Derecho político*, II, pp. 329-333.

¹³ «La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales». El mecanismo de reforma en el título X, arts. 372-384.

¹⁴ Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía Española, Reina de las Españas, y en su Real nombre, y durante su menor edad, la Reina Viuda su Madre Doña María Cristina de Borbón, Gobernador del Reino; a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes generales han decretado y sancionado, y Nos de conformidad aceptado, lo siguiente: Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, las Cortes generales, congregadas a este fin, decretan y sancionan la siguiente Constitución de la Monarquía Española.

¹⁵ Art. 1: «Todos los poderes públicos emanan de la Nación, en la que reside esencialmente la soberanía, y por lo mismo pertenece exclusivamente a la Nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales». La reforma constitucional en el título XV.

¹⁶ Preámbulo: La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución»; art. 32: «La soberanía reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes». La reforma constitucional en el título XI, arts. 110-112: Art. 110. «Las Cortes, por sí o a propuesta del Rey, podrán acordar la reforma de la Constitución, señalando al efecto el artículo o artículos que hayan de alterarse».

Cortes constituyentes. Por el contrario, las de 1845¹⁷ y 1876 (la Constitución de Cánovas)¹⁸, elaboradas por las Cortes con el rey, no mencionan el tema de la titularidad de la soberanía, como tampoco lo hicieron el *Estatuto de Bayona* de 1808, ni el *Estatuto Real* de 1834. Por lo tanto estos dos textos asumieron una suerte de pacto entre el Rey y su pueblo, que se tradujo en el texto constitucional presentándolo como fruto de la coincidencia entre voluntad regia y la de las Cortes. Finalmente, la Constitución de 1931¹⁹ reanuda el proceso de adaptación del principio dinámico de la soberanía nacional a que respondían las Constituciones de 1812, 1837 y 1869, donde el principio activo de la soberanía era la Nación.

2.2. Sentido de la titularidad de la soberanía en las Constituciones españolas

Sin ser exhaustiva en el análisis de la obra de Posada, es constante su progresiva elaboración de su doctrina en torno a la evolución ideológica del Estado, hasta llegar al punto esencial de la soberanía y su titularidad. Desde la primera edición de sus dos volúmenes del *Tratado de Derecho Político* (1893-1894), cuando entró como catedrático en la Universidad de Oviedo, elaboró para dicho curso y siguientes un tercer tomo, la *Guía para el estudio y aplicación del Derecho constitucional de Europa y América*²⁰. Pues bien, tanto en el tomo I del *Tratado* como en la *Guía*, se aprecia esa gestación del tema que nos

¹⁷ «Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía Española, Reina de las Españas; a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos tiempos en los negocios graves de la Monarquía, modificando al efecto la Constitución promulgada en 18 de Junio de 1837, hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente Constitución de la Monarquía española».

¹⁸ «Don Alfonso XII, por la gracia de Dios Rey constitucional de España. A todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: que en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino actualmente reunidas, hemos venido en decretar y sancionar la siguiente Constitución de la Monarquía española».

¹⁹ Preámbulo: «España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes constituyentes, decreta y sanciona esta constitución». Art. 1. «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo». Art. 51. La potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los Diputados». *Vid.* POSADA, A., *Tratado de Derecho político*, pp. 362-363.

²⁰ *Id.*, *Guía para el estudio y aplicación del Derecho político*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894. Esta Guía no se volvió a publicar, siguiendo las siguientes ediciones solo los tomos I y II.

interesa. Me centro en sus palabras iniciales en la *Guía* porque al ser unas frases para el estudio del Derecho político, dedicadas a estudiantes fundamentalmente, expone de forma clara la base en la que se fundamenta:

«No siempre es dable inferir de las Constituciones escritas, sea atendiendo á su texto, sea interpretando su tenor general, el *principio de la soberanía* imperante de un modo real y efectivo ó práctico en el Estado. Por un lado, hay constituciones escritas que no sólo no contienen *declaración alguna solemne acerca del soberano*, sino que les falta hasta la indicación respecto de la *reforma constitucional*, indicación ésta que tanto puede servir para inferir quién se reputa en el Estado depositario del *poder supremo*. Por otra parte, aunque ciertas Constituciones contengan, ó la *declaración solemne*, o el *procedimiento de reforma de la Constitución*, puede ocurrir que real y positivamente el principio de la soberanía imperante sea distinto de lo que en pura teoría significan la declaración y el procedimiento aludidos. En estos dos casos, el problema de la soberanía tiene que resolverse mediante el estudio de las condiciones históricas en que el Estado viva, induciendo el principio dominante de los hechos mismos en que puede manifestarse»²¹.

A partir de aquí, ya poniendo en relación la *Guía* con la materia desarrollada en el *Tratado*, diferencia entre las Constituciones que contienen declaración expresa acerca de la soberanía o del poder supremo del Estado, y dentro de éstas las que atribuyen la misma en la nación o pueblo y las que lo atribuyen el poder supremo al rey (otras tienen una soberanía mixta: rey y pueblo, como la portuguesa vigente en su momento, o la española de Cánovas), como se ha dicho más arriba; incluso hay constituciones que contienen disposiciones de las que pueden inferirse su doctrina acerca de la soberanía, frente a otras que no las contienen (como la española de Cánovas). Finalmente, Posada relaciona también con este tema las Constituciones que contienen disposiciones relativas al procedimiento para la revisión o reforma constitucional. Me centraré en estas dos que son las que más me interesan entre las que analiza Posada, para la exposición que aquí pretendo, la de 1876 y la de 1931, para después intentar conectar sus consecuencias en la Constitución de 1978. Por lo tanto, a tenor del razonamiento de Posada, lo fundamental del régimen político constitucional, en este punto, es atenerse con sumo cuidado y exactitud a la técnica constitucional previamente fijada, acerca de la cual no caben interpretaciones alejadas de las propiamente literales.

Considera Posada que la primera etapa del constitucionalismo, 1812-1833, denominada por él «de intentos y ensayos de constitucionalización del Estado en España», se caracteriza en general por el enfrentamiento entre los partidarios del Antiguo régimen y del nuevo, para oponerse después:

²¹ *Ibid.*, p. 141. Las cursivas son del propio texto.

«Dos soluciones ‘constitucionales’, a menudo de un constitucionalismo muy atenuado, soluciones que se concretan en afirmaciones y rectificaciones de significación diversa, las cuales se producen con interrupciones bruscas en el correr de la historia, y las cuales separan períodos de más o menos duración, encerrados entre acontecimientos violentos»²².

Conviene exponer aquí, siquiera sea en síntesis, el sentido que otorga Posada a esas «interrupciones bruscas», en el punto de la titularidad de la soberanía, subrayando que a consecuencia de ello, quedará condicionado el régimen político que se adopte en la Constitución correspondiente, según el sentido último del pensamiento de Adolfo Posada y la conexión que en dicha teoría realizaran sus discípulos, de modo especial Nicolás Pérez Serrano, uno de sus más próximos y continuador en su cátedra.

Sostiene Posada que los movimientos que se desarrollan en España tendentes a la creación del nuevo régimen republicano que cierra en su tiempo la historia constitucional de nuestro país no tienen «precedentes tradicionales» en España, sino que la influencia procede de Francia, puesto que entre nosotros la única tradición existente era la Monarquía, que era una titular de la soberanía y la ejercía absolutamente.

«Faltaba, pues, un verdadero enlace histórico entre el proceso tradicional del absolutismo y la formación del régimen constitucional que se introducirá, sobre todo, merced a una sugestión ideológica, y a las circunstancias favorables que ofrecía la evidente desorientación nacional entonces existente»²³.

Aunque parece seguir manteniendo la teoría de Martínez Marina sobre la restauración de las Cortes históricas castellano-leonesas con la Constitución de 1812 y la ruptura institucional de los Borbones respecto a las mismas²⁴, no obstante, en el desarrollo de su teoría va más allá de tal criterio, al considerar, como se refleja en sus palabras citadas, que no había precedente en España, de tal manera que a pesar de la apariencia del *Discurso preliminar* de dicha Constitución, su articulado excede del mismo con la construcción de un nuevo Estado, especialmente cuando, tras una larga trayectoria histórica de monarquía absoluta, puede relacionarse en gran medida con los principios de la Constitución francesa de 1791, especialmente cuando, en el tema que me ocupa en esta exposición, establece el principio de soberanía nacional

²² *Id.*, *Tratado de Derecho Político*, II, p. 259.

²³ *Ibid.*, II, p. 264.

²⁴ *Ibid.*, II, pp. 265-266, 271 y ss., y *La nueva constitución*, II, pp. 11 y ss. Sobre la naturaleza jurídica de las Cortes histórica, *vid.*, PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Cortes de Castilla*, Ed. Ariel, Barcelona, 1974 (hay una segunda ed. a cargo de MORÁN MARTÍN, R.: PÉREZ-PRENDES, J. M., *Cortes de Castilla, reimpresión y nuevos estudios*, Servicio de Publicaciones de la UCM, Facultad de Derecho, Madrid, 2000).

(Preámbulo, arts. 2, 3, 14, etc.) y además explícitamente se recoge en el art. 2.º que: «La nación española es libre e independiente, y no es, ni puede ser, patrimonio de ninguna familia ni persona»²⁵.

Asimismo, admite también que la Constitución de Cádiz se separa sustancialmente de la tradición al organizar las Cortes, que no se convocan por brazos o estamentos, sino que dicta que las Cortes: «son la reunión de todos los diputados que representan a la nación, nombrados por los ciudadanos» (art. 27). También está admitiendo conscientemente que no es «tradicional» la Constitución de Cádiz, cuando insiste con claridad en que a la vuelta de Fernando VII anula toda la labor realizada en Cádiz. Pero en todo caso, lo que entiendo como más sustantivo de su pensamiento en estas consideraciones, es que Posada considere:

«Lo esencial para el régimen político de Constituciones (...) [es] que sus instrumentos y métodos respondan a las que se vienen estimando como exigencias capitales de un *régimen jurídico de Estado*, tal y como este régimen se haya llegado a sentir y a formular por el respectivo pueblo –soberano–. Esto, por otra parte explica la variedad de formas constitucionales *eficaces*, cada una a su modo, así como la diversidad de procedimientos de garantía del propio instrumento constitucional, y que en cierto respecto se ofrecen, por ejemplo en fórmulas extremas (...) de lo que puede llamarse la *técnica constitucional*, o sea la *técnica* para la realización práctica del régimen, fórmulas que suponen –o piden– el antecedente inspirador o la justificación de una idea y de un ideal de Derecho como función y fin: *esencia del Estado*»²⁶.

3. VIVENCIA DE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Prescinde Posada del proceso que se siguió en las Cortes de 1789, presididas y orquestadas por Campomanes, que ha sido objeto de estudios posteriores²⁷ y contempla el panorama que se abre tras la muerte de Fernando VII en 1833. La lucha entre los partidarios de la hija de Fernando VII, Isabel y el

²⁵ POSADA, A., *Tratado de Derecho político*, II, p. 278. «En rigor, los legisladores de Cádiz, que podían legítimamente recordar el valor histórico y constitucional de las viejas tradiciones políticas españolas, establecieron un régimen *nuevo*, menos bajo la influencia de su erudición de historiadores que de la ideología triunfante de la Revolución, como intentaré demostrar a continuación», *Id.*, *La nueva constitución*, II, pp. 15 y ss.

²⁶ *Id.*, *El régimen constitucional. Esencia y forma. Principios y técnica*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, pp. 20-21.

²⁷ Sobre el debate en torno la monarquía y la sucesión a la Corona que se desarrolla en las últimas Cortes de los Borbones del Antiguo Régimen, *vid.*, PÉREZ-PRENDES, José Manuel, «1789. Las Cortes de los Borbones», en Fuentes Ganzo, E. (ed.), *De las Cortes*

hermano de aquél, el infante D. Carlos, terminó con la victoria de Isabel, fundamentándose su derecho en la puesta en vigor por Fernando VII, mediante pragmática de 1830 de la ley de Cortes de Carlos IV de 1789, del orden de sucesión castellano de las *Partidas* (2.15.2) y que provoca la derogación de la llamada ley Sálica, en su interpretación francesa debida a Jean Bodin, por la que excluía a las hembras de la sucesión al trono (introducida en España por Felipe V mediante auto acordado de 1713). Para Posada, lo que se denominó en su momento «la cuestión dinástica», y que no era otra cosa en el fondo que la atribución de la titularidad de la soberanía, que modifica la marcha del proceso constitucional, porque no solo se trataba de un pleito sucesorio, sino de un problema político, porque se trataba de dilucidar el régimen propio de la España moderna: la lucha entre los partidarios de la soberanía nacional y los partidarios de la soberanía del rey²⁸. Por este motivo, a la muerte de Fernando VII los partidarios del régimen absolutista se afiliaron a la causa de Carlos y los del régimen constitucional a la de Isabel.

Lo que caracteriza para el profesor ovetense la época que corre desde 1833 a 1875, son las agitaciones y saltos bruscos. Pero sin embargo para Posada se mantiene una «legalidad monárquica», entre 1837 y 1868, dentro de la cual luchan diversas soluciones constitucionales, no ya, como en el anterior periodo, entre el antiguo y el nuevo régimen; de hecho, incluso con el régimen del 68 y se mantiene la legalidad constitucional de la monarquía como forma de gobierno por «disposición constitucional», que se rompe con la abdicación de Amadeo de Saboya y la llegada de la I República y su proyecto de constitución federal de 1873 que no pasó de esto por el golpe de Estado del general Pavía (3 de enero de 1874) y la dictadura.

Un nuevo y brusco cambio, el alzamiento del general Martínez Campos en Sagunto, en 1874, propició la Restauración y la restauración de la monarquía, en Alfonso XII, presentada como un «continuar la historia de España», mediante la «Monarquía hereditaria y constitucional».

Para Posada, «La idea de Monarquía hereditaria –nacional– y constitucional –moderada por las Cortes, institución nacional–, la sostuvo siempre el inspirador civil de la Restauración, Cánovas del Castillo. La Monarquía y las Cortes eran para el autor (...) de la Constitución de 1876 la esencia de la historia política de España»²⁹, por lo que retomaba el doctrinarismo propio de los principios de nuestro constitucionalismo, cuyas fórmulas del rey con las Cortes contrastan con las utilizadas en Constituciones como las del 12, 37 y 69, que en sus preámbulos sólo hablan de las Cortes como depositarias de la

históricas a los Parlamentos democráticos. Castilla y León. S. XII-XXI, Benavente, 2003, pp. 313-332.

²⁸ POSADA, A., *Tratado de Derecho Político*, II, pp. 282 y ss.

²⁹ *Ibid.*, II, p. 297.

soberanía nacional. En esta situación la Constitución canovista de 1876, para Posada tiene tres periodos:

1. La Restauración propiamente dicha: desde 1876 hasta la muerte de Alfonso XII (25-XI-1886)
2. Regencia de María Cristina: desde esta fecha al 17 de marzo de 1902 (mayoría de edad de Alfonso XIII).
3. El reinado de Alfonso XIII hasta el 13 de septiembre de 1923, fecha en que por los sucesos de Barcelona quedó en suspenso, sin efectos jurídicos la Constitución (real decreto de 15 de sept. De 1923).

Durante este periodo, 1876-1923, la Constitución es la misma, pero no su práctica, en todo caso pone fin en septiembre de 1923 con una violenta rectificación del proceso constitucional mediante el entronizamiento, con apoyo real, de una dictadura³⁰. Para Posada, en resumen, la clave está en el uso que hace Alfonso XIII del art. 32 de la Constitución, disolviendo las Cortes por decreto de 15 de septiembre de 1923³¹ y el mismo día por otro decreto, para Posada claramente inconstitucional, que dispone:

«El presidente del Directorio militar» sea el «encargado de la gobernación del Estado, con poderes, dice el Rey, para proponerme cuantos decretos convengan a la salud pública, los que tendrán fuerza de ley ínterin en su día no sean modificados por leyes aprobadas por las Cortes del reino y sometidas a mi Real sanción»³².

Los presidentes del Senado (Conde de Romanones) y del Congreso (Melquiades Álvarez) recordaron sin éxito al rey el art. 32 de la Constitución de Cánovas:

«Las Cortes se reúnen todos los años. Corresponde al Rey convocarlas, suspender, cerrar sus sesiones y disolver simultánea o separadamente la parte electiva del Senado y el Congreso de los Diputados, con la obligación, en este caso, de convocar y reunir el Cuerpo o Cuerpos disueltos dentro de tres meses».

Y Alfonso XIII, el día 13 de noviembre de 1923 cesa en sus funciones a ambos y no convoca las elecciones en los tres meses que fija dicho art. de la Constitución.

Para Adolfo Posada este es el momento de destrucción del régimen constitucional, precisamente por la mutación que acarrea en el tema de la atribu-

³⁰ La base documental en la que se basa Posada, puede seguirse en *ibid.*, pp. 300-303 y *La nueva constitución*, II, pp. 75-79.

³¹ Dos días antes por otro decreto había suspendido las garantías constitucionales.

³² POSADA, A., *Tratado de Derecho Político*, II, p. 301.

ción de la titularidad de la soberanía. Es imprescindible seguir los pasos, como el mismo Posada resume, de su tesis:

«Como consecuencia de la renuncia de éste [Amadeo de Saboya] proclamaron las Cortes la República –la primera República– en 1873, que no logró consolidarse. Un movimiento militar –un pronunciamiento– realizó la restauración borbónica (1874-75), entrando a reinar Alfonso XII y elaborándose en Cortes la Constitución de 1876, vigente hasta que, roto por el Rey el pacto constitucional en 1923, quedó aquélla en suspenso, no siendo posible reanudar su vigencia en 1930 –al caer la dictadura–, y realizándose en 1931 un fuerte movimiento de opinión que provocó la proclamación de la segunda República (abril 1931), que ordena su legalidad con la Constitución de 9 de noviembre de 1931, que es la vigente»³³.

Por lo tanto, la tesis de Posada afirma que, al violar Alfonso XIII el pacto constitucional que daba todo fundamento en la Constitución de Cánovas, mediante la distribución de la titularidad de la soberanía entre el monarca y el pueblo representado en Cortes generales de Congreso y Senado, no era ya posible reanudar la normal aplicación del régimen constitucional que había quedado destruido por el incumplimiento del art. 32 de la Constitución canovista, en su momento vigente. La parte cotitular de la soberanía, ahora única, el pueblo soberano, manifestó en las elecciones municipales de abril de 1931 su voluntad de adoptar una forma política distinta a la derribada y dio con ello lugar a la proclamación de la II República³⁴.

4. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE ADOLFO POSADA A LA FÓRMULA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

El 14 de mayo de 1977, en un discurso dado en el palacio de la Zarzuela, D. Juan de Borbón, hizo renuncia oficial de sus derechos en favor de su hijo, el rey Juan Carlos I, reservándose para sí el uso del título de conde de Barcelona, inherente a los soberanos españoles. Esto llevó a que se redactaran del siguiente modo tanto el preámbulo de la Constitución de 1978 y los artículos 1.2 y 57.1:

«Preámbulo: D. Juan Carlos, rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la presente Constitución. (...)

³³ *Ibid.*, II, p. 260. Ampliamente trata este tema en *La nueva constitución*, II, pp. 80-88.

³⁴ Este tema fue expuesto por Pérez-Prendes, J. M., «Significado de la II República», en *Fundación Institucional Española, La Monarquía española entre las constituciones de 1876 y 1978*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 199-215.

Art. 1.2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado.

Art. 57.1. La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos³⁵.

¿Existe alguna coherencia entre las opiniones de Adolfo Posada y los hechos y textos constitucionales del 1931, que deposita la soberanía en la Nación y los artículos citados arriba de la Constitución de 1978?

Según lo expuesto en las páginas anteriores, como síntesis del pensamiento de Adolfo Posada, la fórmula «legítimo heredero de la dinastía histórica», que se recoge en el art. 57.1, era ya imposible traer a colación a consecuencia de la ruptura del pacto constitucional de Alfonso XIII, salvo como una figura de derecho privado: como heredero de una estirpe, cuya legitimidad constitucional había perdido.

En este tema me he situado como historiadora del Derecho que intenta adentrarse en el pensamiento de Adolfo Posada en uno de sus temas nucleares de análisis, que lo plantea en varios de sus trabajos y que sintetiza en su *Tratado de Derecho político*: el tema de la Soberanía y su titularidad: bien en la nación, bien en el rey y que él analiza en el constitucionalismo español, uniendo ciencia jurídica con acontecimientos históricos, como no puede ser de otra manera al abordar un análisis de este tipo por el primer constitucionalista español, que además, tuvo la vivencia directa de los efectos de las dos Constituciones que aquí interesa abordar: la de 1876 y 1931 y posteriormente la solución de la Constitución de 1978.

Siguiendo estas premisas, tengo que concluir que según el desarrollo realizado por Adolfo Posada de dicho proceso, habría que poner en conexión el

³⁵ Este art. 57.1 prevé la sucesión «normal», mientras que los 57.2 a 57.4 los extraordinarios:

«57.2: El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

57.3: Extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho, las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España.

57.4: Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes».

Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica.

decreto de 12 de noviembre de 1923, que había roto totalmente el régimen de la Constitución de 1876, de modo especial en su exposición de principios recogida en el Preámbulo, que basaba la soberanía en el pacto entre las Cortes y el rey³⁶.

Ahora, en la Constitución de 1978, el art. 57 está prácticamente camuflado en el texto constitucional y hay una suerte de contradicción entre el Preámbulo, donde no se recoge ninguna declaración de principios sobre el régimen que se adopta, el art. 1.2, donde recoge claramente la titularidad de la soberanía en el pueblo español y el art. 57, que alega a unos derechos históricos rotos desde el punto de vista de la técnica jurídica constitucional.

Dentro de la técnica jurídica constitucional, no hubiera habido ningún problema en haber de nuevo retomado la titularidad de la soberanía en el rey y las Cortes o las Cortes y el rey, puesto que se trataba de un nuevo texto constitucional, después de una dictadura y un proceso constituyente; eludir los derechos históricos, como en otros artículos, hubiera sido, quizás, más coherente.

Realmente, yo creo que se puede sostener que la Constitución de 1978 ha procurado ocultar su doctrinarismo en lugar de proclamarlo, como hizo la de Cánovas.

TITLE: Chronic and attitude of a constitutionalist. The thesis of Adolfo Posada on the ownership of sovereignty

RESUMEN: las observaciones recogidas en estas páginas pretenden señalar cual fue la preocupación principal que puede deducirse de los escri-

³⁶ «El decreto de 12 de noviembre de 1923 destruyó totalmente el régimen de la Constitución. El incumplimiento del art. 32 [de la Constitución de Cánovas] que como el eje del mecanismo constitucional, y que exige, como condición esencial de su funcionamiento, la continuidad de la acción de «las Cortes con el Rey», era la negación o anulación del Preámbulo de la Constitución de 1876, expresión formal del «pacto constitucional». En efecto, se formula el *pacto constitucional*, en dicho Preámbulo, cuando el Rey –Don Alfonso XII– dice que «en unión y de acuerdo con las Cortes y el Reino actualmente reunidas, hemos venido a decretar y sancionar la siguiente Constitución. El cumplimiento del «pacto constitucional» exigía inexcusablemente la colaboración según las normas de la Constitución, de la Corona y de las Cortes. Ahora bien: cómo se determinaba y definía por la Constitución misma, la condición de qué dependía un normal –constitucional– cumplimiento del pacto, consistía en la presencia constante como instituciones del Poder, de cada cual según su competencia, de la Corona y de las Cortes. Lo dice de manera bien precisa el art. 32, que se infringe o se suprime con ademán de dictadura en el decreto de 12 de noviembre de 1923. Desde ese momento ya no podía hablarse de pacto constitucional: la Monarquía del Manifiesto de Sandhurst –hereditaria y constitucional– dejaba de ser constitucional, renaciendo entonces la soberanía de la Nación», POSADA, A., *Tratado de Derecho político*, II, p. 303. El Manifiesto de Sandhurst de 1 de Diciembre de 1874, puede consultarse en: <<http://www.xtec.cat/~jrovira6/restau11/sandurst.htm>> [Consulta: 2-1-2016].

tos de Adolfo Posada acerca de la forma política que la historia constitucional había impuesto a la España de su tiempo. Intentaré también mostrar como, pese a su evidente fracaso real, el peso de su lógica interna fue tal, que los constitucionalistas de 1978 optaron por sortear su tesis, casi al modo en que se «ocultan» algunos de los intérpretes del Derecho musulmán.

PALABRAS CLAVE: Segunda república española, Adolfo Posada, soberanía.

ABSTRACT: the observations in these pages are intended to point out what was the main concern can be gleaned from the writings of Adolfo Posada about politics so that constitutional history had imposed the Spain of his time. I will try also to show how, despite its obvious real failure, the weight of its internal logic was such that the Constitutionalists of 1978 chose to circumvent his thesis, about the way they «hide» some of the interpreters of Muslim law.

KEY WORDS: Second Spanish Republic, Adolfo Posada, sovereignty.

RECIBIDO: 07.06.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INSERCIÓN DE TASAS JUDICIALES AUTONÓMICAS. COMENTARIO CRÍTICO A LA STC 71/2014, DE 6 DE MAYO

Eduardo Sánchez Álvarez

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp377-394

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REGULACIÓN NORMATIVA. 2.1. *Las posibilidades competenciales autonómicas en el ámbito de la justicia.* 2.2. *Tasas judiciales autonómicas.* 2.2.1. Mención al concepto de la tasa. 2.2.2. Su proyección al ámbito de la justicia. 2.2.3. La Ley 5/2012, de 20 de marzo, de la Comunidad de Cataluña. 3. LA STC 71/2014, DE 6 DE MAYO. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA. 3.1. *Argumentación del Tribunal Constitucional.* 3.1.1. Aspecto competencial. 3.1.2. No existencia de doble imposición. 3.1.3. Diferencias entre la tasa estatal y la autonómica. 3.2. *Voto particular.* 3.2.1. Doble imposición. 3.2.2. Desigualdad en el ejercicio de un derecho fundamental. 3.3. *Postura subjetiva.* 3.3.1. El concepto administración de la Administración de Justicia y sus consecuencias. 3.3.2. Hechos imponibles.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (ltj, en lo sucesivo) ha suscitado un generalizado debate doctrinal y popular, así como una contestación unánime por parte de los operadores jurídicos.

Las tasas judiciales no son un fenómeno desconocido a lo largo de los últimos tiempos en nuestro Ordenamiento jurídico –desde su reintroducción por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre– y cuentan con precedentes históri-

cos en época preconstitucional. Sin embargo, la expansividad de la regulación implementada, tanto en lo *objetivo* (hitos y momentos procesales que quedan gravados y convertidos en hechos impositivos de la tasa) como en lo *subjetivo* (los sujetos pasivos de la tasa no se reducen a personas jurídicas con un alto volumen de facturación económica, pese a ulteriores dulcificaciones introducidas por medio del art. 11 del Decreto-Ley 1/2015, de 28 de febrero), no ha amedrentado al legislador a la hora de poner en vigor la nueva presentación de esta figura tributaria.

El legislador se justifica en la oportunidad y conveniencia de que el ciudadano pueda pagar por los servicios que recibe de la Administración de Justicia¹. Se proclama la necesidad de implantar un modelo de Justicia en el cual se realce la viabilidad de que parte de su coste sea soportado por quienes más se beneficien de él, pretendiéndose con ello una racionalización en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la par que recaudar cantidades que permitirán acometer mejor los gastos que inevitablemente van unidos al funcionamiento de la maquinaria judicial del Estado.

Los ahogos presupuestarios no solamente afectan a la Administración General del Estado. Se extienden igualmente, si no con mayor intensidad, a las Comunidades autónomas españolas. Gran parte de ellas ostentan competencias engarzables a lo que supone la Administración de Justicia entendida en un sentido laxo. Por ello, se plantea el supuesto relativo a si estas entida-

¹ «La existencia de la tasa judicial encuentra óbice en las previsiones constitucionales sobre la gratuidad de la Justicia» (LOREDO COLUNGA, M: «Las tasas judiciales: una controvertida alternativa de financiación de la Justicia», Indret, Barcelona, 2005, p. 6). A contrario sensu, como se señala en la medular STC 20/2012, de 16 de febrero, cierto es que relativa a las tasas introducidas por el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, tremendamente más restrictivas y puntuales que las ahora relanzadas y puestas en vigor, «en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos. Esta conclusión general sólo podría verse modificada si se demostrase que la cuantía de las tasas establecidas (...) son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la Jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables» (FF. JJ. 9.º y 10.º), lo que seguramente supone la vía abierta al cuestionamiento de la regulación presente de esta figura tributaria. En cualquier caso, esa Sentencia no reprocha al legislador que pida al justiciable mediante la exacción de tasas su colaboración o contribución al sostenimiento de los gastos generados con la actividad del aparato jurisdiccional del Estado instado por aquél, pues «es lícito que el legislador adopte medidas para lograr un alto grado espontáneo de la obligación de pagar un tributo legítimo, aun cuando esas medidas incidan en el ejercicio del derecho de acceso a la Jurisdicción» (FJ 11.º).

des también tienen capacidad de establecer sus propias y agregadas tasas en estos terrenos sobre los que ejercitan sus potestades.

Por tanto, se trata de analizar cuál es el nivel competencial autonómico en el ámbito de la Justicia para, en su caso, habilitar la instauración de tasas sobre el mismo. Ello, además, sin incurrir en supuestos de doble imposición y evitando interferencias en el indisponible ejercicio de un derecho fundamental a su vez con contenido complejo, el de tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 de la Constitución (CE).

2. REGULACIÓN NORMATIVA

En primer término, se propone referir el conjunto de elementos jurídico-normativos que inciden sobre la cuestión planteada.

2.1. *Las posibilidades competenciales autonómicas en el ámbito de la justicia*

La opción constitucional de Poder Judicial que en su momento se eligió quedó basada en el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), al margen de que orgánicamente ese Poder se presente en la práctica como descentralizado, multicéntrico y capilarmente ramificado por todo el territorio estatal².

Sin embargo, el proceso estatuyente y sus ulteriores reformas ampliatorias de los sucesivos techos competenciales instaurados invalidaron esa consideración. Los Estatutos de autonomía procedieron a exteriorizar la voluntad de estas entidades de ejercitar potestades en el ámbito de la Administración de Justicia, con los límites que se precisaran posteriormente, mediante la introducción en el articulado estatutario de las que se han denominado *cláusulas subrogatorias*. La redacción de esas normas estatutarias vendría a ser bastante similar en todos los casos en los que se positivizaban, en el sentido de indicar que la Comunidad de turno ejercería las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial (LOPJ) y de su Consejo General reconocieran o

² «Nuestro modelo constitucional se basa en un Poder Judicial alejado de realidades federales, otorgando un papel preeminente a la legislación estatal» (TORRES MUÑOZ, I. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I: «El Poder Judicial en Cataluña en la STC 31/2010, de 28 de junio», Teoría y Realidad Constitucional, UNED, Madrid, 2011, p. 346). «Por ello carecen (...) de sentido constitucional las continuas apelaciones (...) a una necesaria adaptación autonómica del Poder Judicial. El Poder Judicial constitucional fue pensado por los constituyentes bajo un molde unitario con una estructura jerarquizada de órganos judiciales estatales» (VIRGALA FORURIA, E: «El Poder Judicial en las Comunidades autónomas», en «Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico», CGPJ, Madrid, 2006, p. 405).

atribuyeran al Gobierno del Estado en relación con la Administración de Justicia. En suma, lo que las Normas estatutarias sentaban era una remisión a la LOPJ.

La única forma de salvar esa aparente contradicción entre el Texto constitucional y la voluntad normativizada en los Estatutos de autonomía que no pasara por una aplicación literal del principio de jerarquía constitucional inactivando las cláusulas subrogatorias, exigía la estimación de la necesidad de formular una disociación en el tenor del art. 149.1.5.º CE consistente en escindir un concepto estricto de Administración de Justicia y otro amplio, de tal modo que en el primero no cupiera que las Comunidades Autónomas pudieran tener ninguna intervención mientras en el segundo sí. Así procedió el Tribunal Constitucional (TC), instaurando una jurídicamente vinculante línea doctrinal muy estable de la que suponen ejemplos claros, entre otras, las Sentencias 56/1990, de 29 de marzo; 62/1990, de 30 de marzo; 158/1992, de 26 de octubre; 105/2000, de 13 de abril; 294/2006, de 11 de octubre o 31/2010, de 28 de junio.

Se gestó la diferencia entre *Administración de Justicia* en sentido restringido y *administración de la Administración de Justicia*³, sin lesionar o desnaturalizar el principio constitucional de unidad orgánica y funcional del Poder Judicial⁴. En el ámbito conceptual de la administración de la Administración de Justicia situado fuera del núcleo duro de la Administración de Justicia, identificada con la previsión del art. 149.1.5.º CE, las Comunidades autónomas podrían ejercitar competencias, siempre con el matiz de que desarrollen esos poderes en los límites marcados por las cláusulas subrogatorias, esto es, en los ámbitos que la LOPJ reserva al Gobierno.

³ «A la vista del proceso de aprobación de los Estatutos de Autonomía y de la propia Constitución, puede afirmarse que la distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto en el concepto de Administración de Justicia no es algo irrelevante jurídicamente. Esa diferencia presente en toda la organización y regulación de la función jurisdiccional (...) tiene, al menos, valor para distinguir entre función jurisdiccional propiamente dicha y ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse por un lado, y otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, por otro (...) No se cuestiona la unidad material de la Administración de Justicia del art. 149.1.5.º; lo que se cuestiona es si la llamada administración de la Administración de Justicia se integra o no en el citado precepto o si, por el contrario, se trata de otra materia independiente y, por tanto, situada fuera del ámbito de la Administración de Justicia» (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 7.º).

⁴ «Unidad orgánica y funcional del Poder Judicial que se asegura en su sustancia con la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, la cual es perfectamente compatible con el reconocimiento a las Comunidades autónomas de determinadas competencias propias de la vertiente puramente administrativa al servicio de la función jurisdiccional del Estado (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 42 in fine)» –STC 162/2012, de 20 de setiembre, FJ 5.º–.

Se concluye que el Poder Judicial es único, ya que «una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la Jurisdicción» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 42.º). Pero, frente a «ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia existe un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se coloca, como dice expresamente el art. 122.1 CE al referirse al personal, al servicio de la Administración de Justicia, esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales» (STC 162/2012, de 20 de setiembre, FJ 5.º). En síntesis, definiendo a la expresión *administración de la Administración de Justicia* hacemos mención a la vertiente puramente administrativa al servicio de la privativa función jurisdiccional del Estado, sin perjuicio de las dificultades prácticas esperables para el trazo de contornos nítidos de diferenciación en todo supuesto posible planteable (*infra*).

Así es, en esa vertiente aparentemente administrativa se enraízan funciones, desarrolladas por personal al servicio de la Administración de Justicia traspasable a la gestión autonómica, que son imprescindibles para el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional tal cual la contempla el art. 117.3 CE y que se concretan en la realización de actos procesales, plenamente fundidos con la función jurisdiccional propia del Estado en el margen cubierto por el art. 149.1.5.º CE (sin más, arts. 475 a), 476, 477 o 478 LOPJ). En concreto, dentro de esa idea o concepto «*administración de la Administración de Justicia*», los campos sobre los que las potestades autonómicas van a poder proyectarse son principalmente dos: el personal no jurisdicente y los medios materiales precisos para el recto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional.

2.2. Tasas judiciales autonómicas

Procederemos ahora a analizar el encaje de las tasas judiciales y su eventual implantación por las Comunidades autónomas, tanto en una óptica genérica cuanto sobre un supuesto real concreto.

2.2.1. Mención al concepto de la tasa

Como es bien sabido, la tasa constituye una de las modalidades posibles de tributo. El art. 6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –LGT– define a las tasas como el tributo cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la

prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

Estas modalidades tributarias se basan en el principio de equivalencia aunque no puedan desconocer la capacidad económica del sujeto pasivo de la misma, de forma que su hecho imponible «*encierra un sinalagma (...) que consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario*» –STC 296/1994, de 10 de noviembre, FJ 2.º–.

Por tanto, elemento esencial del hecho imponible de la tasa es su ligazón a una actividad o servicio de la Administración Pública. Consiguientemente, la determinación del sujeto pasivo se hace por referencia a la actividad administrativa; y el importe de su cuota ha de fijarse principalmente atendiendo al coste de esa actividad o servicio prestado, a modo de contraprestación.

2.2.2. Su proyección al ámbito de la justicia

Del art. 1 LTJ se desprende que estas tasas tienen carácter estatal, siendo exigibles por igual en todo su territorio cuando se produzcan los hechos imponibles legalmente erigidos por el art. 2 LTJ. Ahora bien, queda expresamente a salvo la posibilidad de su concurrencia con otras tasas o tributos que puedan exigir las Comunidades autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias financieras, con la única excepción consistente en que «*no podrán gravar los mismos hechos imponibles*», esto es, no siendo factible incurrir en doble imposición (art. 1 *in fine* LTJ, *infra*).

Se habilita la permisividad de las tasas autonómicas en sus espectros competenciales propios conexos a la Justicia con esas dos limitaciones: ceñirse a su ámbito de capacidades y no incurrir en doble imposición, es decir, no poder pautar como hechos imponibles los que ya elija para este fin el Estado. En nuestra opinión, este segundo límite es redundante, pues el tenor del art. 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades autónomas (LOFCA, en adelante), insta que «*los tributos que establezcan las Comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado*»⁵.

⁵ Los límites contenidos en la LOFCA «*reflejan que la competencia autonómica para establecer tributos ex novo no se configura constitucionalmente en términos absolutos, sino que se encuentra sujeta a los límites establecidos en las leyes del Estado a que se refieren los arts. 133.2 y 157.3 CE (...) El poder tributario de las Comunidades autóno-*

Entendemos que el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la que se refiere genéricamente la LTJ como ámbito aplicativo de estos tributos no constituye *per se* el servicio público de la Justicia, habida cuenta que hay que contar con un concepto amplio en el que se integran elementos personales y materiales que le sirven de sustento a la mismísima función jurisdiccional los cuales, caso de haberse efectuado traspaso competencial, son aportados por las Comunidades autónomas. Pero ello no permite un poder ilimitado de estas Corporaciones a la hora de implantar tasas que graven a este sector.

Acudiendo a la doctrina del TC sobre este particular, es cierto que «*la competencia para crear tasas por servicios deriva necesariamente de la que se ostenta para crear las instituciones y organizar los servicios públicos correspondientes*» (STC 204/2002, de 31 de octubre, FJ 3.º), lo que conlleva que la capacidad para la creación y regulación de esos tributos queda vinculada a la existencia de la competencia material. Pues bien, en lo que al objeto de estudio atañe, la función jurisdiccional *stricto sensu* junto a la ordenación de los elementos intrínsecamente ligados a la independencia con la cual debe desarrollarse (art. 117.1 CE), lleva al TC a concluir que esta cuestión ha de incardinarse a la competencia exclusiva estatal referida por el art. 149.1.5.º CE, es decir, a la Administración de Justicia en sentido restringido (STC 162/2012, de 20 de septiembre, FJ 5.º, *supra*).

La creación de tasas por las Comunidades autónomas se vincula necesariamente a su competencia material. «*La tasa sigue al servicio*», de tal forma que «*la distribución de competencias en una materia determina la posibilidad de establecer tasas sobre la misma, así como su configuración*», art. 7.1 LOFCA (STC 136/2012, de 19 de junio, FJ 8.º).

Entonces, el primer tope infranqueable que comentábamos antes se ve respaldado por el TC considerando que la configuración de la tasa judicial reglada en la LTJ excluye que nos halleemos en la faz administrativa apegada a la función jurisdiccional del Estado, ya que nos encontramos con hechos imponibles constituidos por determinados actos procesales que, lógicamente, se hallan regulados por la legislación procesal (*ergo* estatal, reténgase) y «*ante órganos que son expresión de un Poder único en todo el territorio del Estado*» (nuevamente, STC 162/2012, de 20 de setiembre, FJ 5.º). Las tasas judiciales implementadas de esta forma «*son tributos cuyo hecho imponible no es ajeno a la función jurisdiccional* –campo vedado a las competencias autonómicas, *supra*– y que imponen una carga económica que persigue un

mas puede así ser delimitado por el Estado, salvaguardando en todo caso su propia existencia de manera que no se produzca un vaciamiento de la competencia, pues (...) ninguno de los límites constitucionales que condicionan dicho poder (...) puede ser interpretado de tal manera que haga inviable el ejercicio de aquella potestad tributaria» (STC 201/2012, de 14 de noviembre, FJ 4.º).

fin vinculado al proceso mismo –igualmente ajeno al hecho autonómico visto que enhebra instrumentalmente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva»– (STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 12.º).

Así, los hechos imponibles radicalmente procesales que contempla el art. 2 LTJ no son susceptibles de ser escogidos por las Comunidades autónomas con competencias asumidas en materia de administración de la Administración de Justicia. Esos hechos imponibles no recaen sobre el servicio público de la Justicia apto para ser ejercitado en parte por esas Corporaciones (gestionándolo en lo que concierne a la dotación y financiación de los medios humanos y materiales oportunos), sino sobre la indeclinable actividad estatal que constituye el ejercicio de la potestad jurisdiccional. «*La consecuencia es que el hecho imponible de la tasa está desvinculado de las competencias autonómicas relativas a la previsión de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la función judicial y, por tanto, corresponde al Estado la competencia para establecerla así como su gestión y recaudación*», lo cual trae como corolario que «*no puede aceptarse aquí la invocación de la competencia autonómica (...) pues solamente en el sentido amplio de la noción de Administración de Justicia tienen cabida las competencias autonómicas y (...) nos encontramos aquí en el ámbito estricto de la Administración de Justicia*» (STC 162/2012, de 20 de setiembre, FJ cit.).

Bien, practicada toda esta acotación material, ¿qué hechos imponibles son susceptibles de ser gravados por tasas autonómicas sin rebasar esos límites instaurados?

2.2.3. La Ley 5/2012, de 20 de marzo, de la Comunidad de Cataluña

La Norma a la que acudir es la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de la Comunidad de Cataluña, de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas y de Creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos (BOE de 6 de abril de 2012), la cual instaura una tasa autonómica para el justiciable y otra tasa para la utilización o el aprovechamiento de los bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de Justicia. El extenso tenor del art. 3 *bis* 1-1 de la Norma desmenuza los hechos imponibles elegidos⁶.

⁶ «*Constituye el hecho imponible de la tasa la prestación de servicios personales y materiales en el ámbito de la administración de la Administración de Justicia de competencia de la Generalidad (nótese), a instancia de parte, en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, en los órganos judiciales con sede en Cataluña. La producción del hecho imponible se manifiesta mediante la realización de los siguientes actos:*

a) En el orden jurisdiccional civil, con independencia de la cuantía: la interposición de la demanda de juicio ordinario, la formulación de reconversión en el juicio ordinario y la presentación de la solicitud de declaración de concurso.

3. LA STC 71/2014, DE 6 DE MAYO. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

Procedamos ahora a detenernos en el análisis de la STC 71/2014, de 6 de mayo.

3.1. *Argumentación del Tribunal Constitucional*

Suscitado recurso de inconstitucionalidad contra la Norma referida de la Comunidad autónoma catalana, el TC zanja la cuestión mediante esa Sentencia, concluyendo la constitucionalidad de la tasa creada por la Generalidad en el ámbito de la Justicia. Los argumentos que abocan a esta determinación pueden estructurarse de la siguiente manera.

3.1.1. Aspecto competencial

El primer jalón del problema a despejar estriba en si la Comunidad autónoma catalana tiene competencia para estatuir esta tasa.

Ha quedado expuesto que, una vez disociada dentro del concepto Administración de Justicia una óptica estricta a retener por el Estado de otra más laxa que significa aquel plantel de competencias típicas de la vertiente administrativa al servicio de la función jurisdiccional del Estado que no se adentra en su núcleo constitucionalmente indelegable, ésta ha sido susceptible de ser traspasada a las Comunidades autónomas (STC 31/2010, de 28 de junio, cit.). Consiguientemente, diferenciadas ambas laderas y ostentadas *de iure* por las entidades autonómicas capacidades de diversa índole y profundidad sobre medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, para el TC «*es posible*

b) En el orden jurisdiccional civil, en los casos de cuantía superior a 3.000 euros: la interposición de demanda de juicio verbal, la formulación de reconvenión en el juicio verbal, la interposición de demanda de procesos de ejecución de títulos extrajudiciales, la interposición de demanda de juicio cambiario y la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio y del proceso monitorio europeo.

c) En el orden jurisdiccional civil, en los casos de cuantía superior a 6.000 euros: la interposición de la demanda en los procesos de ejecución de títulos judiciales.

d) La interposición de recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación en el orden civil.

e) La interposición de recurso contencioso-administrativo de cuantía superior a 3.000 euros.

f) La interposición de recursos de apelación y casación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A los efectos de lo establecido por la presente ley, los procedimientos de cuantía indeterminada o aquéllos en los que sea imposible efectuar su determinación de acuerdo con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se consideran de cuantía superior a 6.000 euros».

la imposición de tasas autonómicas sobre dicha administración de la Administración de Justicia (...) Sentado que en las tasas la competencia para su creación y regulación se encuentra estrechamente ligada a la competencia material» (FJ 4.º). El TC concluye la compatibilidad de ambas esferas y, por tanto, la concurrencia de tasas sobre ellas al constituir realidades escindibles.

La tasa estatal por el ejercicio de la potestad jurisdiccional queda encuadrada en el sentido riguroso apegado al art. 149.1.5.º CE: *«se vincula directamente con el acceso a la Jurisdicción civil o contencioso-administrativa, así como con la continuación de procesos judiciales ya iniciados en esos órdenes jurisdiccionales, y persigue financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que determinados justiciables deciden libremente interponer en defensa de sus derechos e intereses legítimos, disminuyendo así correlativamente la financiación procedente de los impuestos con cargo a la generalidad de los ciudadanos» (FJ 4 de nuevo). Por lo tanto, la regulación de la tasa estatal selecciona como hecho imponible el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional y no el servicio público de la Administración de Justicia, asignable a las capacidades gestoras de las Comunidades autónomas. La tasa estatal se ciñe al ámbito propio e intransferible del Poder Judicial a reservar al Estado, luego plenamente desvinculado de las competencias autonómicas relativas a la provisión de medios precisos para el recto desarrollo de la función jurisdiccional: «estaba vinculada al ejercicio de la actividad jurisdiccional (...) compatible con el establecimiento de tasas judiciales en el ámbito estatutariamente permitido».*

A contrario sensu, el TC entiende que existe la facultad autonómica de implantar tasas sobre su competencia propia, es decir, la administración de la Administración de Justicia, sin que decaiga el brocardo «la tasa sigue al servicio». Este tributo afecta a una dimensión distinta que el estatal, no incide en la función jurisdiccional sobre la que las autonomías adolecen de cualquier competencia: «al disponer la Comunidad autónoma de Cataluña de la obligada competencia material, puede instaurar una tasa que financie su ejercicio (...) Y así lo confirma además expresamente el art. 1 de la (...) Ley estatal 10/2012, al reconocer que la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional se aplicará sin perjuicio de las tasas y demás tributos que puedan exigir las Comunidades autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias financieras, los cuales no podrán gravar los mismos hechos imponibles. No cabe por tanto cuestionar la constitucionalidad de un hecho imponible que coincide con el reparto de competencias en la materia» (FJ 5.º).

3.1.2. No existencia de doble imposición

Debe analizarse qué hechos imponibles se seleccionan en concreto para este tributo. Más arriba hemos hecho transcripción de ellos y, si se comparan

con los fijados por el art. 2 LTJ, no puede negarse la más que evidente cercanía cuando no aparente identidad entre ellos. En ese caso, nos hallaríamos ante un supuesto de doble imposición que, de inmediato, abortaría el vigor del tenor del art. 6.2 LOFCA.

El TC procede a salvar esta eventualidad razonando que *«es cierto que (...) la tasa autonómica se debe (...) con ocasión del inicio de los procesos allí definidos. Sin embargo, la redacción (...) no permite alcanzar conclusiones precipitadas (...) En este supuesto (...) tal inexcusable operación interpretativa debe partir de la premisa de que la proximidad parcial entre hechos imponderables deriva de la propia cercanía de las competencias»*. Aunque conceptualmente la dualidad Administración de Justicia (función jurisdiccional; Estado)-administración de la Administración de Justicia (respaldo a la función jurisdiccional sin entrar en su recinto, simplemente a su servicio; Comunidades autónomas) no parezca engendrar mayores dificultades, la praxis denota una proximidad que tal vez eclipse el trazo de unas precisas líneas fronterizas. Para el TC *«es pues incuestionable que los actos procesales generan también un coste administrativo. Y asimismo innegable que el coste de dicha competencia administrativa se justifica por y para la competencia propiamente jurisdiccional, hasta el punto que sin el ejercicio de esta última no existe la primera –reténgase–. En otras palabras, los servicios administrativos constituyen precisamente un apoyo de la potestad jurisdiccional, que a su vez se erige en su prius lógico. Por tanto, el coste de dichos servicios administrativos está directamente asociado al número de asuntos que franquean su entrada en los órganos jurisdiccionales»*.

La dispar configuración de los respectivos hechos imponderables no puede relegar la íntima vinculación entre los dos ámbitos competenciales en concurrencia, estatal y autonómico, razón por la cual *«el mero dato de que la tasa se defina o conecte en el aspecto temporal de su devengo con determinadas actuaciones procesales no puede determinar automáticamente que la competencia estatal quede afectada»* (FJ 5.º, nuevamente).

3.1.3. Diferencias entre la tasa estatal y la autonómica

Entre ambas tasas, aun convergentes en tantos aspectos, el TC también entresaca alguna diferencia con notables repercusiones. *«A diferencia de lo que sucede con la tasa del Estado, la autonómica no está enlazada con el acceso a la Jurisdicción o a los recursos, ya que el pago de la misma no constituye condición de admisibilidad de los actos procesales cuya vertiente administrativa pretende financiar. Mientras que la conexión de las tasas estatales con la potestad jurisdiccional es directa y resulta patente (...) siendo así conditio sine qua non para el propio ejercicio de la tutela judicial efectiva, el abono de la tasa autonómica carece, como no puede ser constitucio-*

nalmente de otro modo, de toda consecuencia impeditiva o retardaria del acceso a la Jurisdicción» (FJ 5.º).

El TC reconoce la armonía de ambas tasas adoptando como único prisma de enjuiciamiento el establecimiento de la autonómica dentro del marco competencial que corresponde a la Generalidad. *«Sólo puede descartarse totalmente la coincidencia entre ambas tasas siempre que se interprete que el segundo inciso del art. 3 bis 1-1 (...) se refiere en realidad al devengo de la tasa autonómica, cuyo hecho imponible es la actividad administrativa inherente a la competencia definida como administración de la Administración de Justicia, que incluye todos los elementos que sirven de sustento a la propia función jurisdiccional (...) en los términos asumidos mediante»* el Estatuto de autonomía catalán (FJ 6.º). A juicio del TC, la configuración del hecho imponible y el devengo de la tasa en juego resultan compatibles con la financiación de los medios personales y materiales, competencia autonómica que se pretende sufragar de esa manera. *«Se evidencia así que la tasa autonómica constituye el exacto reverso de la tasa estatal»*, recayendo la primera sobre la administración de la Administración de Justicia y la segunda sobre la potestad jurisdiccional indeclinablemente estatal.

Bajo ese enfoque exegético, el TC estima que esta tasa no es contraria a la CE.

3.2. *Voto particular*

La STC 71/2014, de 6 de mayo, cuenta con un voto particular. Las ideas en que se fundamenta pueden ser sistematizadas como sigue:

3.2.1. Doble imposición

Contra el criterio mayoritario adoptado por el Pleno del TC, la opinión discrepante indica que la entrada en vigor de la tasa autonómica en cuestión hace repercutir sobre el ciudadano la doble imposición de un mismo hecho imponible, pues *«la respuesta a la actuación jurisdiccional que genera el ciudadano recurrente está constituida, de modo simultáneo e inescindible, por tareas de contenido procesal y realización de funciones administrativas vinculadas a las anteriores»*, por lo que se niega la quirúrgica distinción mantenida en el FJ 5.º entre la tasa estatal ligada al acceso a la Jurisdicción o los recursos y la autonómica ceñida a sufragar los gastos generados por el aparato auxiliar a la función jurisdiccional. Lo determinante es que el justiciable que aspira a ejercer su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva *«ha de pagar por partida doble para verlo satisfecho»*.

La situación verdaderamente subyacente es que *«la distribución de competencias, obligada en un Estado compuesto, no debe razonablemente abo-*

car al pago por partida doble del servicio público instrumentado al respecto (...) La Administración de Justicia funciona a solicitud del sujeto pasivo, siendo su interposición de la demanda y la solicitud del servicio inescindibles». La tasa autonómica grava actos procesales, luego jurisdiccionales y estatales, y no meras actuaciones administrativas, ergo no se limita a los supuestos que le parecerían connaturalmente propios, ajustados a actividades estrictamente administrativas, desagregadas del desarrollo del proceso (v. gr. petición de copias o certificaciones). Al contrario, esta tasa entra de lleno en lo procesal.

3.2.2. Desigualdad en el ejercicio de un derecho fundamental

Corolario inevitable de este diseño de la tasa autonómica analizada, resulta ser que se produce una tangible situación de desigualdad en el acceso a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de una determinada Comunidad autónoma en parangón con los de las restantes. Así, un derecho fundamental se dispensará de manera dispar, como mínimo en lo que a costes se refiere, en función de la parte del Estado en que el ciudadano litigue impetrando justicia.

3.3. Postura subjetiva

A nuestro entender, la decisión que contiene la Sentencia comentada no es especialmente afortunada y tendemos a acercarnos más a la argumentación de su voto particular. Se sustenta esa conclusión sobre dos ejes fundamentales.

3.3.1. El concepto administración de la Administración de Justicia y sus consecuencias

Ha de asumirse que la doctrina constitucional ha introducido, asentado y perfilado la existencia del concepto *administración de la Administración de Justicia*. Ahora bien, es tangible que la mera existencia de tal concepto encierra en sí un grado de sensible artificiosidad que no se va a circunscribir a lo meramente académico. El caso que se analiza es ejemplo suficiente de la concurrencia de esta eventualidad.

Estimamos que no es posible desplegar la función jurisdiccional sin asociarle la labor, tanto administrativa como *procesalmente* auxiliar, que le aporta el entramado denominado administración de la Administración de Justicia, quien erige un *Poder Judicial instrumental*. Dentro de este engranaje, en perspectiva orgánica, resulta totalmente contingente que determinados extremos se puedan confiar a las Comunidades autónomas bajo el imperio

del principio de oportunidad, sin que quepa que impliquen congelación competencial definitiva a favor de aquellas dado que no se integran en los textos estatutarios, sino que simplemente se transfieren en virtud de una cláusula formalmente estatutaria que reenvía, a su vez, a lo que la LOPJ prevea.

Conviene inclinarse por una *consideración integral del Poder Judicial* que comprenda todos los elementos que, de una manera u otra, lo forman, con independencia de las funciones o responsabilidades, hondamente interrelacionadas entre sí (criterios de procesalidad o jurisdiccionalidad) que despliegue cada uno de los miembros de ese organismo que conforma *in toto* el Poder en liza. Lo medular se halla en que tal unidad corpórea precisa de todos sus miembros en perfecta sintonía para cumplir la integridad de sus responsabilidades, siempre orientadas al ejercicio de la estatal función jurisdiccional.

Son perfectamente legítimas las aspiraciones de cada individuo administrativo comprometido en la participación gestora del sistema judicial. Pero interaccionan con otros bienes que, constitucionalmente, se presentan en unos niveles de prevalencia muy superiores. Está en juego el correcto funcionamiento del Estado de Derecho, el angular derecho fundamental a la tutela judicial realmente efectiva que bajo ningún concepto habrá de sufrir por discusiones competenciales o deficiencias de gestión gubernativa de la parte del Poder Judicial que supone su faz instrumental⁷, a la par que con sus miras puestas en un palmario interés general que ha de colocar en un plano totalmente irrelevante a este tipo de aspectos caso de pugna. No tiene por qué resultar lesivo a las Comunidades autónomas el mantenimiento, por volición constitucional, de un Poder del Estado que se presente organizado sobre el principio de unidad, acarreando capacidades muy limitadas a ejercitar por aquellas sobre este.

La conclusión que se alcanza es que las distonías dimanantes de la inserción del concepto administración de la Administración de Justicia basamentada principalmente en respetar intereses gubernativos, exige la implementación de medidas recaudatorias de ámbito autonómico, en aras de cubrir los

⁷ «El lógico y razonable entendimiento de la independencia del Poder Judicial obliga a interpretar y exigir que la prestación de servicios personales y materiales por parte de la administración de la Administración de Justicia no traspase ese límite ni se erija, por tanto, en propia Administración de Justicia. Eso sería contar con un poder compartido donde quiebra el principio de separación de poderes, de forma que el Poder Judicial se ve condicionado y reducido a niveles que difícilmente le permitirán desarrollar la alta misión constitucionalmente encomendada que no es sólo la de juzgar y ejecutar lo juzgado, sino ser garante de una tutela efectiva en la defensa de los derechos dentro de un Estado social y democrático de Derecho que, por definición, implica contar con una mayor independencia del Poder Judicial» (DEL RÍO FERNÁNDEZ, L: «Independencia judicial y separación de poderes», Diario La Ley, n.º 6838, de 11 de diciembre de 2007).

gastos generados por la asunción de esa parte instrumental del Poder Judicial. La creación de una categoría jurídica, ciertamente forzada a nuestro entender, acaba trasladándose al justiciable con unos costes mayores por ejercer un derecho fundamental, máxime cuando el mismo Estado también grava su reducto competencial, el ejercicio de la potestad jurisdiccional. La escisión de dos partes que más bien erigen un todo interrelacionado e interdependiente acaba ocasionando un pago doble, un *repago*.

Lógicamente, desde un enfoque eminente y aisladamente competencial, nada puede oponerse a su creación: si las Comunidades autónomas prestan los servicios correspondientes a la administración de la Administración de Justicia, podrán crear estas tasas. Otra cosa es analizar qué se esconde tras esa categoría jurídica que habilita gravar con tasas al justiciable, o valorar si verdaderamente el academicismo del concepto objeto de análisis debería diluirlo en su sede natural, la potestad jurisdiccional, abortando *ipso facto* que pudiera ser germen de tasas autónomas desagregadas de su tronco.

3.3.2. Hechos imponderables

Aun partiendo de la existencia del concepto administración de la Administración de Justicia y de la competencia y responsabilidad autonómica sobre el mismo, habilitando *de iure* la inserción de potenciales tasas que lo gravan en legítimo ejercicio de sus poderes en este ámbito, no dejan de gestarse problemas a la hora de seleccionar su hecho imponderable, en especial teniendo en cuenta la absoluta imposibilidad de su elección si previamente el Estado ya los ha adoptado.

El contenido jurídico encadenable a la idea administración de la Administración de Justicia comprende los medios materiales y humanos al servicio y apoyo de la función jurisdiccional no integrados en el núcleo duro de ésta. Justamente ese espectro vago, amplio y difuso dificulta qué se puede pautar como hecho imponderable de una tasa que grave al Poder Judicial instrumental: ¿papel utilizado, copias, tinta, tiempo de los funcionarios que tramiten los procedimientos judiciales? ¿No forma parte todo ese elenco de la función jurisdiccional, dado que sin ellos no puede llevarse a cabo (el papel que requiera una sentencia, el funcionario que la transcriba o la inserte en el sistema informático de gestión procesal, etc.)?

La Norma catalana evita estos problemas a cambio de precipitarse de lleno en la prohibida doble imposición. De los hechos imponderables que selecciona se desprende tajantemente que se han elegido los que en realidad son dominio del Estado. *Todos ellos son actos procesales*, siendo el proceso conducción instrumental que vertebra y encauza la función jurisdiccional y el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, no es factible que sean objeto de erigir hecho imponderable de una tasa au-

tonómica, sobre todo una vez el Estado los ha reclutado en la LTJ con una expansividad casi integral. No es que la tasa autonómica constituya el reverso de la estatal. A nuestro juicio es exactamente la misma, como lo son sus hechos imponibles, al margen de las diferencias de matiz en orden a coartar o no la prosecución procesal que su impago pueda acarrear, desde el instante en que *lo procesal* es absolutamente ajeno al hecho autonómico, por ser apeo de la función jurisdiccional.

En atención a la naturaleza de las labores que realizan los funcionarios nominalmente adscritos a la administración de la Administración de Justicia, radicalmente procesales y, si son administrativas, fusionadas inescindiblemente con aquéllas, los hechos imponibles seleccionados no son aptos de serlo por una Comunidad autónoma. Y argumento análogo puede predicarse en relación a los medios materiales. Esta tasa autonómica lesiona al derecho fundamental del art. 24.1 CE y su error de diseño es evidente, dejando aparte el irrelevante aspecto, visto el daño infligido, de dejar a salvo un pretendido equilibrio en lo que al reparto competencial Estado-Comunidad autónoma atañe. La tasa judicial del Estado es discutible por sí⁸, pero la autonómica tal cual se ha presentado es inadmisibile.

A mayor abundamiento, el art. 149.1.6.º CE proclama como competencia exclusiva estatal la legislación procesal, abrigando la necesidad de la salvaguarda de la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales en todo el territorio nacional (cfr. STC 83/1986, de 26 de junio). Diríamos que *lo procesal*, con alguna pequeña salvedad constitucionalmente afirmada —«*sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades autónomas*»—,

⁸ Se argumenta en la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de enero de 2014 (referencia índice CENDOJ 08019330032014100043), que «*una cosa es el supuesto de hecho que se prevé en materia tributaria y otra cosa las consecuencias procesales que se pretenden derivar, que ponen en riesgo el mismo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...) que (...) determina la imposibilidad de que el impago total o parcial de cualquier tasa pueda impedir por sí solo el acceso del interesado a aquella tutela a través de la promoción del correspondiente proceso o recurso, o al trámite y resolución de cualesquiera escritos presentados en su seno, siempre sin perjuicio de que la falta de presentación de la correspondiente autoliquidación, siendo exigible, pudiera ser comunicada, a los efectos procedentes, al organismo administrativo encargado de la gestión de la indicada tasa (...) Existe (...) una falta de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue —la recaudación— y el modo en que se opera (...) se establece una medida que (...) interfiere en el ejercicio del derecho fundamental, obstaculizando el derecho a la acción que forma parte del contenido esencial del mismo y (...) que desnaturaliza el ejercicio de la función jurisdiccional, haciendo tomar parte activa al órgano judicial en la gestión de la obligación tributaria pendiente y atribuyendo a dicha gestión un carácter preferente (...) obstáculo reduplicado (...) con la conclusión de resultar inconstitucional la limitación de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española*».

no encaja con las competencias autonómicas debido a su ligazón a la tutela judicial efectiva y la función jurisdiccional. Por tanto, tampoco parece viable que las Comunidades autónomas puedan gravar tributariamente este terreno.

La STC 71/2014, de 6 de mayo, no ha entrado a fondo en el asunto, conformándose con dar un visto bueno sobre un análisis centrado mayoritariamente en el reparto competencial entre el Estado y la Comunidad autónoma. A nuestro entender, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha de primar sin lugar a dudas sobre ese detalle puramente administrativo, trayendo como colofón la inadmisión e inconstitucionalidad de la tasa autonómica arbitrada: la Administración autonómica tiene una competencia *formal* sobre cuyo ámbito puede instaurar tasa; pero como es difícil –cuando no imposible con la cirugía precisa, por desmembrar jirones de un todo ontológico– fijar asépticamente sus hechos imponibles, ha seleccionado un elenco de ellos sobre los que *materialmente* ya no es competente.

Se ha obviado que el núcleo de la cuestión anida en que esa determinación incide tanto sobre la legislación procesal exclusiva competencia estatal (art. 149.1.6.º CE) cuanto, lo que es cualitativamente más intenso, obstaculiza decisiva y notablemente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se sirve del proceso para su encauzamiento y dispensación.

En opinión particular, y con base en los razonamientos antedichos, se estima que debería haberse declarado la inconstitucionalidad de esa medida tributaria autonómica.

TITLE: Constitutional limits to the establishment of autonomic court fees. Review of Judgment 71/2014 of the Spanish Constitutional Court

RESUMEN: La polémica apegada a las tasas judiciales también tiene otras derivadas como la relativa a que alguna Comunidad autónoma con competencias asumidas en esa materia haya decidido crear sus propias tasas sobre ese sector. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de practicar un pronunciamiento sobre el asunto aunque, en nuestra opinión, aún orbitan sobre la cuestión dudas jurídicas que su decisión no zanja. En este trabajo se propone un estudio de esa cuestión junto al análisis crítico de la referida STC 71/2014, de 6 de mayo, que contiene ese parecer del Tribunal Constitucional. Su inevitable cohesión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, junto a un enfoque más administrativo o competencial, serán los criterios rectores de esa reflexión.

PALABRAS CLAVE: tasa, Constitución, justicia, derecho.

ABSTRACT: The judicial taxes also takes other matters as their creation by autonomous Communities with faculties assumed in this area. The Spanish Constitutional Court already has had occasion to practise a pro-

nouncement on the question though, in our opinion, still float on this trouble, and whose his decision maybe does not tackle. In the following pages, we propose a study of this situation close to the critical analysis of the STC 71/2014, of May 6, which it contains this to seem of the Spanish Constitutional Court.

KEY WORDS: tax, Constitution, justicia, right.

RECIBIDO: 21.01.2016

ACEPTADO: 22.06.2016

Recensiones

AMELIA CASTRESANA HERRERO, *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, 2.^a ed., Madrid: Tecnos, 2015. 293 págs. ISBN: 978-84-309-6629-5.

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp397-407

Nos encontramos, sin duda, ante una obra singular. Desde un punto de vista formal, es un manual de Derecho romano para estudiantes que se inician en los estudios jurídicos, pero, como veremos, presenta tantas peculiaridades que se aleja notablemente de otras obras de ese mismo género.

En efecto, la obra, por lo que se refiere a su estructura y su temática fundamental, responde perfectamente a las reglas del género. Tras un prefacio y una introducción (pp. 9-14), el libro se divide en ocho capítulos que van desgranando los diversos temas de un curso comprimido de historia e instituciones de Derecho romano: cuatro capítulos referidos al Derecho público y las fuentes del Derecho romano, seguidos de otros cuatro dedicados al Derecho privado, siguiendo la clásica sistemática institucional gayano-justiniana de *personas* (cap. 5: Personas, pp. 109-117), *cosas* (cap. 6: Cosas, pp. 119-146) y *acciones*, que, como en el precedente del Derecho común y en los códigos civiles de tradición romano-francesa, es en realidad un tratado misceláneo dedicado sobre todo a los negocios jurídicos de contenido patrimonial: el Derecho de sucesiones

(cap. 7: La supervivencia de la Casa tras la muerte del *Paterfamilias*, pp. 147-185) y el Derecho de obligaciones (cap. 8: Las relaciones interpersonales: la obligación, pp. 187-257). El libro concluye con una sucinta Bibliografía de obras citadas en el texto y un Índice de Fuentes. Como puede verse, en este sentido no es una obra que se distinga especialmente de los otros muchos manuales de Derecho romano que todavía hoy, a pesar de la evidente crisis de los estudios romanísticos en España (aunque no solo en ella), pueden encontrarse en nuestros elencos bibliográficos.

Un punto en el que destaca este libro en relación con otros de su género es su vocación de realizar una adaptación a las exigencias de los nuevos planes de estudio derivados de la aplicación (forzada, y cada vez más notoriamente errónea) de la llamada Declaración de Bolonia a nuestros estudios universitarios. Como, a consecuencia de la nueva estructura de estos estudios en dos fases fundamentales (*bachelor* —aquí absurdamente llamado «grado»— y *master*), las materias troncales tradicionales que vertebran los estudios jurídicos al menos

desde el siglo XVIII (y, particularmente, el Derecho romano) han quedado confinadas en la primera fase (más formativa, se supone) y, por consiguiente, han visto reducida la extensión de su enseñanza (en la medida en que, según se pretende, en esa primera fase deben asimilarse tan solo las competencias básicas de una determinada titulación, y además con cierto sesgo interdisciplinar, mientras que los elementos más especializados deberían dejarse para la segunda fase de *master*), se va visto la necesidad de rediseñar el tipo de manuales y libros de texto que puedan válidos en este nuevo escenario. A este respecto, se abren dos posibilidades: la tendencia mayoritaria en España (pero también en otros países de nuestro entorno) es la de considerar que los nuevos manuales deben adaptarse a la realidad del tiempo de docencia de que se dispone en el marco de estos nuevos planes de estudio y, en consecuencia, ver reducida su extensión a lo que resulte más esencial de cada disciplina: esto ha conducido, en los últimos años, a la aparición de nuevos trabajos de tamaño esquelético y con profusión de esquemas y gráficos ilustrativos que se van asemejando cada vez más a los libros de texto de la enseñanza secundaria y, en correspondencia con esto y dados los usos mercantiles de nuestras empresas editoriales, a la progresiva desaparición de los antiguos tratados que en las diversas materias centrales de los estudios jurídicos desarrollaban a fondo los temas abordados y aportaban abundantes referencias bibliográficas y contenidos críticos (piénsese, p. ej., en el *Derecho civil de España* de Federico de Castro, o el *Tratado de*

Derecho mercantil de Joaquín Garrigues, o, entre los estudios romanísticos, las *Instituciones de Derecho Romano* de Ursicino Álvarez Suárez). La otra tendencia es la que, por el contrario, entiende que, dado que el tiempo destinado a la docencia es cada vez menor, el manual debe constituir ahora una pieza esencial de acompañamiento a las lecciones magistrales y otras actividades docentes presenciales, que ha de servir para ofrecer al estudiante una profundización en las diversas cuestiones que solo hayan podido ser objeto de una explicación superficial en las clases, y que resulta imprescindible para una comprensión cabal de esos contenidos esenciales de las diversas disciplinas y, por tanto, para la adquisición de las competencias que se consideran básicas en cualquier jurista, como es la de ser capaz de comprender y analizar textos complejos, estar en condiciones de extraer la información precisa para resolver problemas prácticos y dogmáticos, o disponer de elementos informativos suficientes para realizar un análisis crítico del ordenamiento jurídico vigente y formular propuestas alternativas. Como consecuencia de este enfoque, los nuevos manuales «adaptados al Plan de Bolonia» deberían ser, en vez de más breves, más extensos que los anteriores (sin perjuicio de ofrecer, al mismo tiempo, las más altas dosis de claridad que sea posible). Esta última tendencia, minoritaria en España y en el extranjero, ha encontrado también defensores en la romanística internacional, como es el caso, p. ej., del profesor Cannata o el profesor Brutti en Italia, o del profesor A. Fernández de Buján dentro de

nuestras fronteras; y, en el ámbito germánico el ejemplo más representativo es el de las nuevas ediciones del *Lehrbuch* de Max Kaser (actualizado hasta el momento por R. Knütel), que es hoy apreciablemente más extenso que en sus primeras entregas.

El libro que aquí nos ocupa se ha inclinado, en cambio, por la primera de las dos opciones señaladas, y nos ofrece una visión sintética del conjunto de lo que fue el Derecho romano en la Antigüedad (sobre todo, en lo que viene conociéndose, no sin cierta polémica, como «Derecho clásico») en una extensión relativamente breve, que es aproximadamente la que corresponde a las explicaciones que pueden darse en un apretado curso de Derecho romano de 6 ECTS (de hecho, como indica P. Carvajal en su atinada recensión a la primera edición de este libro, publicada en la *Revista Chilena de Derecho*, 40, 2013, p. 1023, la obra se corresponde justamente con los apuntes que para las lecciones ordinarias ha ido recopilando la A. durante su dilatada trayectoria académica). En ello se asemeja a otros muchos magníficos libros disponibles en el mercado romanístico internacional, como es el caso de los manuales de *Römisches Recht* de Mayer-Maly (1999), Bürge (1999), Liebs (2004), Harke (2008), Honsell (2015) o el hiperconcentrado breviario *Geschichte des römischen Rechts*, de Manthe (2016), todos ellos en el círculo jurídico germánico, o, en Italia, el excelente *Manuale breve* de C. Cascione (2007), todos los cuales, aproximadamente en unas 200 páginas (o menos) nos ofrecen una completa panorámica de los aspectos

esenciales del Derecho romano. La brevedad, por tanto, no tiene por qué estar reñida con la calidad (aunque, por desgracia, a menudo se observe cierto paralelismo, lo que por fortuna no sucede en el caso que nos ocupa), sino que, por el contrario, exige en el autor una maestría especial que le permita ser capaz de extraer de cada tema la información más pertinente, sintetizarla y estructurarla de forma adecuada, exponerla de manera coherente y expresarla al mismo tiempo con claridad. Se exige, por tanto, una combinación de espíritu de síntesis, sobriedad expresiva y agudeza interpretativa, cualidades todas ellas que, ciertamente, no se encuentran al alcance de todo el mundo. A mi juicio, este libro reúne todas estas características con elevada solvencia, a las que se añaden, además, toques de gusto y erudición poco comunes incluso en la romanística internacional. Con todo, no es en este sentido una obra del todo aislada, porque ya en la romanística española se encuentran otras obras manualísticas breves que muestran algunas de las características señaladas, como es el caso sobre todo del magnífico *Elementos de Derecho privado romano* de Álvaro D'Ors (1992, puesto al día por Xavier D'Ors en 2010), así como las obras del mismo tipo de F. Hernández Tejero (1984), R. Domingo (2010), o incluso el manual predecesor del que ahora comentamos en la editorial Tecnos, la *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano* de C. Rascón (2008). Pero todos ellos ofrecen, a mi juicio, una visión del Derecho romano mucho más alejada de las fuentes y más apegada a representaciones jurídicas del si-

glo XIX que la que encontramos en el libro que aquí nos ocupa, dejando aparte en este momento las otras singularidades que distinguen sobradamente a esta obra respecto de todos los demás.

Junto a esta opción por el espíritu de síntesis y la concisión conceptual frente a la expansión cognitiva, la otra opción metodológica por la que se inclina el libro que comentamos es la de su concentración en el llamado «Derecho clásico». En la arena de la disputa metodológica por la que han venido atravesando las disciplinas iushistóricas en los últimos decenios (sobre todo en el círculo jurídico germánico, pero también fuera de esas fronteras: vid. al respecto la magnífica exposición sintética de las posiciones para el Derecho romano a cargo de K. Luig en *ZEuP* 5, 1997, pp. 405 ss.), que opone a los defensores de una concepción «aplicativa» de la Historia del Derecho –atenta a los debates jurídicos contemporáneos y dispuesta a entrar en ellos en estrecha conexión con la disciplina del Derecho comparado y la teoría general del Derecho– con los de otra visión más «contemplativa» o «estética» –que conceptúa la Historia del Derecho como una disciplina estrictamente histórica y que carece de legitimación para involucrarse en los problemas jurídicos del presente–, la A., a mi juicio, se identifica en este libro claramente con la segunda de esas posiciones. En la controversia paralela a esta que se escenificó en la romanística holandesa por parte de Hans Ankum y Willem Zwolve (relatada y comentada magistralmente por R. Zimmermann en *Journal of Legal History* 16, 1995, pp. 21 ss.), la A., a

la vista de lo que se desprende de las páginas de este libro, parece definirse netamente del lado del primero, es decir, en favor de la idea de que el estudio de la experiencia jurídica romana es un fin en sí mismo, sin necesidad de tratar de hacer aportaciones significativas a los problemas jurídicos contemporáneos. Aunque no se dice expresamente en el libro, la A. parece mucho más cercana a la definición del Derecho romano de Álvaro D'Ors («se entiende por ‘derecho romano’ una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*ius prudentes*)...», *DPR* § 1) que a la que refiere, p. ej., J. M. Rainer (en *Index* 26, 1998, p. 449) cuando dice que «il diritto romano non è soltanto il diritto dello stato romano... è un sistema di istituti giuridici anzitutto privatistici». Es verdad que en esta obra hay algunas menciones de los nuevos instrumentos de *soft law* europeo (tanto del DCFR como, sobre todo, del frustrado proyecto de Reglamento CESL), pero no lo son tanto para explorar qué aportaciones podrían hacerse desde el Derecho romano a los problemas dogmáticos específicos que plantea el difícil proceso de unificación jurídica europea, como más bien para comprobar, a modo impresionista, la presencia actual de conceptos y representaciones jurídicas que se gestaron en el debate intelectual producido por los juristas romanos –o, por utilizar las palabras de la A., «por descubrir en la historia retrospectiva de esas palabras una semántica unívoca que integra el futuro de Europa con su pasado»–. Es decir,

por mor de hacer una contribución a una mejor comprensión del lenguaje jurídico contemporáneo. Pero eso es algo muy distinto a replantearse los problemas jurídicos actuales a la luz del Derecho romano («Roman foundations of the civilian tradition», R. Zimmermann), o procurar una «resubstancialización» del Derecho privado contemporáneo a través de concepciones jurídicas romanas (cfr. K. W. Nörr, en *ZEuP* 1, 1994, pp. 67 ss.), o comprobar el uso productivo de los textos y principios del Derecho romano por parte de los altos tribunales actuales (cfr. Reinoso-Barbero, en *ZSS [R. A.]*, 127, 2010, pp. 345 ss.). Hay diversos elementos que prueban esta adscripción de la obra a una concepción «anticuarista» (y, por eso mismo, más «científica» desde cierto punto de vista, frente al carácter «hermenéutico» de las disciplinas del Derecho positivo). Por citar algunos, para empezar, el propio título de la obra, que no se limita a un escueto «Derecho romano», sino que se amplía con el subtítulo «El arte de lo bueno y de lo justo»: es decir, una alusión velada esa definición d'orsiana de la disciplina que hemos citado más arriba. Asimismo, el hecho de que el relato de la historia del Derecho romano finalice con la Compilación de Justiniano, sin referencia alguna a la vida ulterior del Derecho romano en Oriente u Occidente o a su importancia en las Codificaciones contemporáneas o para el *common law* anglosajón («il diritto romano è l'unica base realmente comune a tutti i diritti, incluso, almeno concettualmente, anche se in maniera minore, il Common Law»: Rainer, *op. cit.*, p. 452). En tercer lu-

gar, la trascendencia que se da a la obra individual de los juristas clásicos, a los que se cita singularmente de continuo, por su propio nombre y a menudo a través de sus obras concretas, y no de los pasajes justinianos que las contienen; hasta tal punto es esto así, que incluso el propio Justiniano pasa casi inadvertido en las páginas de la obra (en el índice de fuentes solo aparece una mención de la constitución *Deo auctore*, una de un texto del *Codex Justinianus*, otra de las *Instituciones* y ninguna de las *Novelas*, frente al centenar largo de citas de textos del *Digesto* o de las *Instituciones* de Gayo). En cuarto lugar, en la misma sistemática elegida para la exposición del Derecho privado: *personas, cosas y acciones* (divididas estas en negocios patrimoniales *mortis causa e inter vivos*), de conformidad, como hemos dicho, con el sistema institucional gayano (y *a fortiori* justiniano), y no con el pandectista, más moderno y adaptado a la sistemática dominante en España (aunque no exento de críticas también en la civilística); y, dentro de este esquema, en el modo de articulación del estudio del Derecho de obligaciones, repartido entre negocios crediticios, negocios del *ius gentium* y delitos (ajeno, por tanto, a la sistemática moderna de la tipología contractual y el Derecho de daños, e influido visiblemente por la d'orsiana teoría del *creditum*). Por fin, en quinto lugar, la ausencia de un diálogo crítico y productivo con las modernas codificaciones (en el índice de fuentes aparece una sola mención del Código civil español –art. 1902– y ninguna de los códigos extranjeros), a pesar de que, como bien subraya Rai-

ner en el trabajo antedicho, el estudio continuo de las fuentes romanas, y en particular de su *case law*, pone de manifiesto el contenido esencialmente romanístico de los códigos civiles (incluso de los más modernos, como el NWB holandés) y su presencia en las nuevas codificaciones de los países emergentes salidos del socialismo real (como Rusia o China). Todos estos elementos –y otros que podrían citarse– demuestran suficientemente, a mi juicio, el perfil de la opción metodológica escogida por la A. para afrontar la docencia y el estudio del Derecho romano con arreglo a los nuevos planes de estudio, una opción tan lícita como su contraria y que tiene sin duda numerosos puntos a su favor, si bien presenta asimismo graves hándicaps, en los que no vamos a entrar en este momento.

Hasta aquí lo que atañe a las posiciones metodológicas en que se mueve la obra. Por lo que se refiere a los contenidos específicos, también hay que hacer notar que el libro hace determinadas elecciones temáticas que dan cuenta de la idea del Derecho romano que defiende la A. Un acierto que presenta el libro es comenzar con una introducción que marca el hilo conductor de lo que constituye en realidad la historia completa del Derecho romano (particularmente del Derecho privado, pero también en gran medida del Derecho público) que es el tránsito de la hegemonía de los actos lingüísticos formales, de carácter ritual («actos de palabra» los llama la autora, trasunto de los «actos de habla» de J. L. Austin y J. R. Searle, cfr. al respecto J.-P. Coriat, en *Mélanges A. Magdelain* [1998], pp. 123 ss.) al predomi-

nio de la voluntad de los agentes en la configuración de los negocios de la vida jurídica (tránsito que, de hecho, solo acaba de cerrarse en la Modernidad, de ahí la trascendencia de la «vida ulterior» del Derecho romano para comprender su auténtico significado histórico); y, asimismo, que ya desde las primeras páginas pone también el fundamentos de lo que será el desarrollo posterior del Derecho romano, a juicio de la A., sobre la base de un pilar esencial: el peso crucial del escenario doméstico, la *domus*, en la construcción de las figuras jurídicas romanas, tanto el ámbito personal (la *familia*) como el objetivo o material (la *casa*), con la figura del paterfamilias como pieza esencial de esa construcción (y sus sombras: la esposa –*uxor*–, los hijos –*filiifamilias*–, los esclavos –*servi*– y los bienes materiales –*pecunia*– que integran el patrimonio familiar –*familia pecuniave*–, cuya imputación jurídica corresponde en exclusiva al *paterfamilias*); la historia entera del Derecho romano consiste también en los modos en que se dio una articulación jurídica a ese escenario doméstico y cómo se produjo la progresiva liberación de los fuertes vínculos que mantenían unido a ese grupo de personas y bienes como una célula social autosuficiente, dentro de un espacio público en que también las representaciones dominadas por los vínculos gentilicios fueron progresivamente relajándose para dar paso a estructuras organizativas más amplias de carácter cosmopolita. Estos desarrollos se encuentran en esta obra espléndidamente relatados en sus diversos momentos, particularmente por lo que se refiere al estadio de evolución

que corresponde al llamado «Derecho clásico», en el que la labor de la jurisprudencia brilla con especial fulgor.

A lo largo de la obra se observa el carácter muy personal de la misma, con una mayor profundización en aquellos puntos e instituciones que han sido objeto de una particular atención científica por parte de la A. Así, hay una notable atención a las cuestiones referidas a la situación jurídica de la mujer en el mundo romano y las relaciones, no siempre carentes de conflictos, entre esta y el estamento masculino dominante, cuya concepción ideal de la femineidad queda reflejada en lo que se han llamado las «virtudes» de la matrona romana (vid. al respecto el libro de la A., *Católogo de virtudes femeninas. De la debilidad histórica de ser mujer versus la dignidad de ser esposa y madre* [1993]). La A. pone de relieve, con acierto, la hipocresía y afán de dominio encubiertos bajo ese «paraguas» moralista que envolvía la exclusión jurídica y social de una mitad de la población de la vida civil, pero tal vez minusvalora la capacidad que tuvieron las propias mujeres romanas para utilizar a menudo en su favor ese mismo envoltorio normativo para imponer a su vez su ley en el ámbito doméstico (cfr. el interesante punto de vista a este respecto ofrecido por E. Cantarella, *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia* [1997]). El libro también se detiene a fondo en las representaciones ideales de la pequeña propiedad primitiva (lo que la A. llama la *casa*), un tipo de explotación agropecuaria de subsistencia que constituye la base de la mayor parte de los negocios jurídicos del Derecho

arcaico y que va a marcar intensamente aun al propio *ius civile* clásico, lo que explica los problemas de irrupción y asimilación de los nuevos negocios del *ius gentium*, vinculados a las relaciones de mercado, con las consiguientes tensiones que hubieron de ser resueltas por vía casuística a través de la obra de los juristas. Estas representaciones ideales tradicionales se encuentran reflejadas de forma particularmente plástica y precisa en el tratado *De agri cultura* de Marco Porcio Catón (Catón el Censor o Catón el Viejo), espléndidamente traducido por la A. (Tecnos, 2009) y acompañado de un Estudio Preliminar, del que también beben nutridas páginas del libro que aquí comentamos. Asimismo, como hemos dicho anteriormente, es objeto permanente de atención en el libro la presencia de lo que denomina «actos de palabra» en la vida jurídica, que no son otra cosa que manifestaciones lingüísticas, a menudo de carácter performativo, a través de las cuales se constituyen, modifican o extinguen relaciones de poder entre personas, o de personas sobre cosas, o que sirven como medio para la resolución de conflictos sociales de relevancia jurídica en el mundo romano ya desde época arcaica. Esta presencia central de la oralidad y la función creadora de la palabra en el entorno jurídico romano ya fue objeto del empeño científico de la A. en una monografía anterior (*Actos de palabra y Derecho*, Salamanca, 2007), que aquí se retoma y se reformula en diversos extremos. Frente a ese valor constitutivo de la palabra ritual está la fuerza creadora de la palabra dada informalmente en un entorno de lealtad nego-

cial regida por una serie de principios éticos: es lo que constituye la *bona fides*, expresión de la tradicional *fides* romana, y que es la puerta a través de la que van a penetrar los negocios propios del *ius gentium* en el círculo exclusivista del viejo *ius civile*, singularmente los contratos bilaterales perfeccionados tan solo por el consentimiento de los contratantes: este tema fue asimismo objeto de un pequeño, pero sugestivo, libro de la A. (*Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho* [1991]), del que igualmente se hace eco en estas páginas que comentamos. También destaca la atención vertida hacia el estudio de las figuras contractuales del préstamo de dinero y del arrendamiento rústico (ambos muy elaborados por Cación en su tratado), así como de la cuestión de los deberes de información del vendedor en la compraventa y el significado del silencio (temas estudiados en sendos artículos de la A. publicados en el libro coordinado por ella bajo el título de *Defectos en el cumplimiento de la prestación: Derecho romano y Derecho privado europeo*, Salamanca, 2014, pp. 45 ss. y 73 ss.). Por fin, hay un extenso y buen análisis del fenómeno del acto ilícito (*delictum*) como fuente de las obligaciones, que se corresponde con el tratamiento de la cuestión dado por la A. en su monografía *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana* (2001). En definitiva, como puede verse, el libro que comentamos viene a constituir una síntesis y puesta al día de la larga y fecunda actividad investigadora de su A., que, como puede comprobarse, ha tocado ampliamente muchos de los puntos neurálgicos de la disci-

plina, por lo que puede afirmarse que la visión sistemática que aquí nos ofrece no responde a un ensayo improvisado o a una construcción *ad hoc* fundada exclusivamente en lecturas ajenas, sino que es el resultado de un previo y concienzudo estudio de las fuentes que antecede a esta obra.

Pero, como decíamos al principio, la obra que comentamos no es un simple manual al uso. Con independencia de las características idiosincráticas que hemos ido desgranando hasta ahora, hay además una serie de signos distintivos, de «recursos extrañadores» como se diría desde una perspectiva crítico-literaria, que destacan a este libro por encima, o más allá, de la mayor parte de los otros de su género y lo convierten en una obra extremadamente personal y sorprendente. Veamos algunos de ellos, los más destacables.

Para empezar, su propio título: como hemos dicho, no se queda en un seco «Derecho romano», sino que se acompaña de «El arte de lo bueno y de lo justo», es decir, el '*ars boni et aequi*' contenido en la célebre definición celsiana del *ius* citada por Ulpiano en sus *institutiones* y reproducida en D. 1.1.1 pr. En esta definición, según Cerami (en *Annali Palermo* 38, 1985, pp. 7 ss.) viene a significar que el Derecho es búsqueda constante y práctica continuada (*ars*), dirigida a identificar y a realizar en el ámbito de las relaciones intersubjetivas el bien de los particulares (*ratione bonae fidei*) y el equilibrio de los intereses opuestos (*aequitas*) (cfr. sobre el tema, últimamente, Falcone, en *Annali Palermo*, 49, 2004, pp. 1 ss.). La elección de estas palabras como subtítulo del libro

constituyen ya de por sí toda una declaración de principios, tanto respecto a lo que la A. entiende que ha ser el Derecho en general, como respecto al papel que el Derecho romano debe ostentar en el entorno de los estudios jurídicos a la altura de los tiempos. Otro «elemento extrañador» lo conforma el *Prefacio* de la obra, que no es una mera página de cortesía que sirva únicamente de retórica tarjeta de presentación o de exordio incitador a la lectura de las páginas que siguen, sino que es una verdadera pieza literaria, pero no propiamente de la A., sino del mismísimo Tito Livio, ya que se trata de una paráfrasis de la famosa *praefatio* del historiador de Padua. A través de este prefacio pretende la A. hacernos ver plásticamente la proyección supratemporal del Derecho romano y el valor de la Historia para la formación del ciudadano en general, y del jurista en particular, ya que en él se ha limitado a sustituir algunas palabras y actualizar algunos datos concretos, sin que haya perdido un ápice de su fuerza ilocutiva y su solemne elocuencia. Por medio de este ingenioso recurso —ciertamente extrañador para un lector poco avisado— la A. hace también otra declaración de principios, ya que nos anuncia desde la primera página la enorme importancia que para ella tienen las fuentes, y en especial las fuentes literarias, para describir adecuadamente la realidad histórica de lo que fue el Derecho romano antiguo (o, al menos, nuestra representación de ella, si es que para nosotros puede ser algo distinto de una construcción principalmente literaria). Hablando de las fuentes literarias, aquí nos hallamos

ante otro recurso singularizante de primera magnitud: en esta obra, a diferencia de los manuales al uso, la presencia de esas fuentes es constante y estas se mueven prácticamente en pie de igualdad con las fuentes jurídicas; la cita de las obras de Cicerón, Livio, Aulo Gelio o, sobre todo, Catón el Viejo, es permanente, de modo que constituyen un *Leitmotiv* indispensable para la comprensión de la obra en su conjunto: si miramos el índice de fuentes, resulta extremadamente sorprendente (en particular, tratándose de un manual de Derecho romano, no de una monografía sobre algún tema específico) que el apartado dedicado a las fuentes literarias es mucho más extenso que el que se destina a las obras de Justiniano distintas del *Digesto* y, por supuesto, a las fuentes del Derecho moderno. Desde mi punto de vista, este rasgo es fascinante y particularmente formativo, en la medida en que contribuye a que el libro no sea solo una excelente introducción al estudio del Derecho romano antiguo, sino también en parte a la literatura romana, y a que los estudiantes que lo frecuenten puedan comprobar que el Derecho (y, en especial, el Derecho romano) no es una mera construcción técnica aislada del resto de la sociedad (la famosa *Isolierung* de la jurisprudencia romana que popularizara Schulz), sino que es un fenómeno social plenamente imbricado en la vida intelectual de su tiempo y que no es ajeno a las reflexiones de quienes no son juristas profesionales, los cuales pueden —y deben— hacer aportaciones significativas. Ligado a este hay otro rasgo distintivo, que ya hemos mencionado

más arriba, y es el de la tendencia a la cita de las interpretaciones de los juristas romanos por su propio nombre y con sus obras, y no como puros figurantes que expresan la *voluntas legislatoris* del emperador Justiniano. Este rasgo queda subrayado particularmente por el hecho de que, en el índice de fuentes, la referencia a los textos del Digesto no se hace por su numeración estándar (como es regla en los estudios romanísticos), sino con arreglo a los nombres de los juristas autores de los textos, por orden alfabético, al modo filológico (esta elección, que desde el punto de vista metodológico constituye un interesante hallazgo, sin embargo, puede traer consigo algunos problemas prácticos para el lector, porque sin duda dificulta la localización de los pasajes que pudieran ser de interés). Y otro curioso «elemento extrañador» añadido a esta nueva edición de la obra es la incorporación de un epílogo al final de la obra, en el que se introducen dos pequeñas historias dialogadas («La apuesta de la esclava. Un engaño bien urdido») y «El *escra-che* del poeta»), en las que, a modo de juego literario, se trata de ilustrar al lector (presumiblemente joven estudiante) sobre aspectos prácticos del Derecho romano vistos con una perspectiva sincrónica. Resulta, sin duda, un simpático elemento colorista que contribuye, una vez más, a singularizar la obra y tratar de acercarla a un público que, normalmente, puede tener dificultades culturales y formativas para entender muchos de los conceptos que integran en sistema del Derecho romano clásico. Y, por fin, queda por destacar el principal recurso «extrañador» de la obra, que es, a

mi juicio, el tono abiertamente narrativo, con un estilo literario depurado y preciso y una gran riqueza cultural y lingüística, que acompaña a la obra en su totalidad. Claramente, como ya apunta en el título, la A. no se ha propuesto escribir unas «lecciones» de Derecho romano que funcionen a modo de «apuntes encuadernados», como sí son muchos de los manuales breves que vienen publicándose en los últimos años para las diversas disciplinas, sino un auténtica «obra de arte», en el sentido de un libro hecho con pleno rigor intelectual y soberbia erudición, pero también con gusto literario y refinamiento. No se trata de que sea solo un manual para el estudio, sino también un libro para el deleite (y a ello sin duda están encaminados igualmente todos los demás «recursos extrañadores» a los que he ido haciendo referencia), un libro que no se lea tanto por obligación como por devoción, y que no se lea con prisas, sino con reposo, detenimiento y reflexión; y, a mi juicio, todos esos efectos están plenamente conseguidos en la obra, sin merma de su valor formativo e informativo en su totalidad. Se trata, por tanto, de una elección guiada no solo por criterios científicos, sino sobre todo estéticos, que asemeja la obra a otras producidas en la romanística reciente, como p. ej. la sugestiva *Römische Rechtsgeschichten* (2002) de M. T. Fögen (aunque sin duda con ánimo menos polémico).

Emprender la tarea de hacer un nuevo manual de Derecho romano en estos tiempos que corren, en que la disciplina está crecientemente vilipendiada, en que los propios estudios universitarios se devalúan sin que aún

se pueda llegar a ver el fondo, y, sobre todo, en que el entorno cultural se adentra progresivamente en un vulgarrismo aplastante, es ya en sí misma una tarea heroica que merece todo el aplauso. Pero hacerlo de una manera tan personal, arriesgada y original como la que encontramos en esta obra demuestra ya de por sí una fuerza de carácter y valor tal que solo puede recabar nuestro reconocimiento y admiración, y así lo hacemos constar en

estas páginas, con la esperanza de que este libro pueda contribuir de manera significativa a un enaltecimiento de los estudios romanísticos y a hacer recordar una vez más a la comunidad jurídica que, para seguir siendo tal y no convertirse en una mera pieza utilitaria y prescindible del sistema productivo, sigue necesitando imperiosamente del cultivo de las «humanidades del jurista», esto es, del viejo y perenne *ius civile Romanorum*.

Francisco J. Andrés Santos
Universidad de Valladolid

JOSÉ ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*,
Marcial Pons, Madrid 2013.

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp409-411

La crisis económica está siendo objeto de estudio prácticamente desde el mismo momento en que a los europeos nos estalló delante de la cara mientras los más despistados pensábamos allá por 2008 que era una cuestión puramente americana. Sin ánimo de ser muy preciso, podríamos decir que en esa amplia reflexión colectiva se ha producido una especialización entre los economistas, que analizan las causas y los juristas, que nos centramos en las consecuencias que para nuestro ordenamiento está teniendo la crisis (ay, ese uso diario de los Gobiernos españoles del decreto-ley). Sin embargo, José Esteve Pardo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, ha roto este esquema para intentar una aproximación al trasfondo de la crisis que él considera de todos los Estados europeos y no de uno u otro en concreto. Su tesis, ya adelantada en el título, consiste en considerar que se ha quebrado el equilibrio entre la sociedad y el Estado que se consiguió en el mundo occidental tras la Segunda Guerra Mundial y de este movimiento telúrico –o «falla» como lo llama el autor– derivarían los problemas económicos, las terribles cifras del paro, la corrupción rampante, etc.

Antes de llegar a esta tesis, el profesor Esteve Pardo expone la evolución de la relación entre la sociedad y el Estado en los últimos doscientos años que, como todos sabemos, se puede resumir en lenguaje telegráfico diciendo que en ese tiempo se han sucedido dos grandes modelos: durante el siglo XIX y primer tercio del XX el Estado liberal propugnó la separación entre el Estado (regido por la Constitución) y la sociedad civil (el Código civil y los contratos); modelo que posteriormente fue sustituido por el Estado social. Lejos de pretender una originalidad imposible, el autor nos narra con prosa ágil y brillante esta conocida evolución de la mano de los más reputados autores, empezando lógicamente por Adam Ferguson –inventor de la expresión sociedad civil– y el gran Adam Smith, que explicó la dinámica que el mercado crea en la sociedad partiendo de la idea –en palabras de Harold Laski– de que «el negociante es un benefactor público». Nos encontramos a continuación con Mercier de la Riviere y los fisiócratas franceses; Hegel y Otto Gierke (con su contraposición entre *Genossenschaft* y *Herrschaft*) en Alemania; Martínez de la Rosa y Donoso Cortés en España, etc.

Además de los pensadores, no faltan en esa explicación los elementos sociológicos, muy especialmente en el surgimiento del Estado social en la Constitución de Weimar de 1919, una vía intermedia entre el radicalismo de izquierda (muy deslumbrado en aquella época por la revolución bolchevique, añadido yo por mi cuenta) y el tradicional estado liberal que pretendía estabilizar la convulsa situación económica y social que en aquella época vivía Alemania y, en general, toda Europa. El Estado social, sustentado en la legitimidad de la soberanía popular, buscaba corregir los defectos estructurales de la sociedad, objetivo que se plasma en el ordenamiento jurídico de diversas formas, entre las que destacan dos: por un lado en el nacimiento de los derechos sociales (el derecho a la educación, a la protección a la salud, etc) y por otro en una nueva concepción de la propiedad, que de derecho absoluto pasa a tener una «función social». Claro que para lograr la materialización de estas ideas hace falta transformar el Estado abstencionista liberal y ampliar extraordinariamente el sector público, fortaleciendo la Administración del Estado (con el efecto secundario de entrada de la sociedad en el Estado por medio de la nueva burocracia), hasta el punto de transformar los municipios –tradicionalmente consideradas corporaciones sociales– en administraciones públicas.

Ahora bien, el objetivo de corregir los defectos estructurales de la sociedad, que se marca el Estado social, implica un crecimiento exponencial del sector público en todos sus frentes, desde el incremento del número

de funcionarios hasta el aumento de la presión fiscal, lo que lleva al punto clave de este tipo de Estado: su sostenibilidad económica debida a su demanda continua de más fondos para ir cubriendo sus siempre crecientes costes. Por eso, algunos pensadores de la categoría de Max Weber y García Pelayo tenían la idea –ahora demostrada errónea– de que se produciría una total integración entre la sociedad y el Estado con predominio de éste. Sin embargo, en el último tercio del siglo xx se ha producido un reflujo y la sociedad no solo ha recobrado cierta capacidad autorreguladora, sino que incluso ha logrado que funciones que antes se consideraban propias del Estado sean realizadas por la sociedad, desde la gestión de muchos servicios públicos hasta el grueso de la investigación científica y técnica, sin olvidar importantes resortes económicos, tantos que incluso los Estados parecen quedar a merced de empresas tan opacas como las agencias de calificación. Y de la misma forma que el Estado social supuso una reorganización de los poderes públicos, el nuevo Estado –que llamaremos postsocial, aunque Esteve se cuida de darle un nombre especial– que se está configurando en la actualidad se adecua a la nueva relación estado sociedad con nuevas entidades que se conciben como una retirada del Estado en favor de la sociedad: se reordenan las tradicionales administraciones corporativas, se crean múltiples administraciones independientes (que en España ofrecen un triste balance, *capturadas* por los partidos políticos) e incluso la Administración de Justicia sufre una pérdida de su monopolio de impartir justici-

cia que se advierte no solo en el ámbito civil (así la reforma del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el juez invite a las partes a un acuerdo), sino incluso en el ámbito penal, permitiendo en acuerdo entre las partes en algunos casos. En última instancia hasta se cambian las constituciones para garantizar la sostenibilidad del propio Estado, como pasó con la reforma del artículo 135 de la Constitución española.

Como no está conforme con esta situación, el profesor Esteve propone un cambio, que no es el de una imposible vuelta al Estado social tradicional sino una transformación del papel del Estado en la nueva sociedad. Así, el Estado debería de replegarse para convertirse en un Estado «garante» de los derechos y «regulador» de la economía, algo que viene propugnando un sector de la academia alemana y en cierta forma han hecho sus instituciones, a diferencia de «la frívola irresponsabilidad de nuestra clase política», opinión con la que intuitivamente la mayoría de los lectores nos identificamos. Precisamente, partiendo de esa frase uno empieza a darle vueltas a los aspectos que echa en falta en el libro porque muchos males de la actual crisis española están en esa frívola actuación de la clase política, genialmente descrita por Antonio Muñoz Molina

en *Todo lo que era sólido* y que se manifiesta en múltiples aspectos, que no trata Esteve, o a los que alude muy de pasada, como a la invasión de políticos en las Cajas de Ahorros (cuya desastrosa gestión han sabido trasmutar en «crisis bancaria»), la ocupación política de multitud de cargos técnicos, que hace que –por citar ejemplos concretos– la mayoría de los puertos estén presididos por políticos o que en muchas Administraciones el «carnet» sea un mérito preferente para ocupar jefaturas de servicios, las oscuras privatizaciones en favor de amigos y compañeros de pupitre, por no hablar de la contradicción entre esa continua dejación de funciones públicas en manos privadas y el aumento del número de empleados públicos, casi tres millones en 2013. En el nivel más global, se echa en falta la ausencia en las páginas del libro de una reflexión sobre las organizaciones supranacionales, sobre todo de la Unión Europea, para mí un invento cooperativo de los Estados europeos por seguir siendo Estados en un mundo que los supera, así como de los bancos centrales y su activo papel en el sistema financiero mundial. En fin, temas muy extensos que quizás el autor ha preferido orillar para tratar en un nuevo libro, que yo desde luego estoy deseando que publique con rapidez.

Agustín Ruiz Robledo
Universidad de Granada

JOHN JAMES PARK, *Los Dogmas de la Constitución*, edición y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, traducción del inglés y epílogo de Ignacio Fernández Sarasola, Tecnos, Madrid, 2015 (J. J. PARK, *O el golpe definitivo a los teóricos de la balanced constitution*).

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp413-421

I

En el año 1605, Miguel de Cervantes Saavedra, de quien este año 2016 se conmemora el cuarto centenario de su fallecimiento, publicaba la primera parte de su novela *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Es bien conocido el argumento de la obra, por lo que no es el momento ni el lugar de entrar en el mismo ni en profundizar en las posibles intenciones del autor al darla a luz, que el hoy injustamente olvidado Ramiro de Maeztu desgranó en su magistral ensayo incluido en el libro *Don Quijote, don Juan y la Celestina*; lo importante es que en la novela se mostraba cómo un hidalgo manchego de finales del siglo XVI se empeñaba en ajustar su conducta a un lenguaje y unos códigos caballerescos propios de la Alta Edad Media que, aun cuando siglos atrás constituyeron principios y normas admitidos por la caballería medieval, habían perdido su vigencia ya a mediados del siglo XV, no digamos ya en los umbrales del siglo XVII. El efecto de la obra fue fulminante. Si aún en pleno siglo XVI,

cuando ya se había superado con creces la época del ideal caballeresco, se publicaron todavía algunas novelas que ensalzaban los usos de la caballería –buena prueba de ello son tanto la reelaboración del *Amadís de Gaula* debida a Garci Rodríguez de Montalvo como las secuelas a que dicha obra dio lugar, entre las que destaca sobremanera *Las sergas de Esplandián*– el ataque efectuado en la obra cervantina ocasionó la total desaparición de las novelas de caballerías, incapaces de sobreponerse no ya a la realidad, sino al mortal golpe que Cervantes les había asestado.

Puede decirse que algo similar acaeció en el campo del análisis constitucional en el Reino Unido al finalizar el primer tercio del siglo XIX. En pleno desarrollo industrial y con un imperio que se extendía prácticamente por todo el orbe, aún podían encontrarse tratadistas que continuaban analizando el sistema político inglés bajo los esquemas de la *balanced constitution* teorizados por John Locke y sancionados jurídicamente

en el *Bill of Rights de 1689*. No obstante, a lo largo del siglo y medio transcurrido entre 1689 y 1832, las mutaciones constitucionales que tuvieron lugar en el Reino Unido, consistentes en el desaparamiento *de facto* del monarca en favor de un gabinete responsable ante la Cámara de los Comunes (mutaciones que tuvieron lugar al margen del derecho escrito) tuvieron dos consecuencias fundamentales. La primera, en el orden político, al producirse un divorcio entre la realidad constitucional y el derecho escrito que supuso en el ámbito de la teoría política el paso de una monarquía constitucional a una monarquía parlamentaria. El segundo, y buena parte consecuencia del anterior, es la división de los publicistas británicos entre quienes aún a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX persistían en analizar la constitución inglesa sobre la base del derecho escrito orillando las mutaciones producidas y quienes en sus reflexiones se hacían eco de esos cambios políticos que *de facto* alteraron la constitución inglesa; en otras palabras, entre quienes veían a Gran Bretaña como una monarquía constitucional y quienes la contemplaban como una monarquía parlamentaria. No obstante, en el año 1832 se va a publicar una obra que, como el Quijote para los libros de caballerías, va a tener un efecto fulminante para los teóricos de la *balanced constitution*, con la única diferencia que ni el autor ni la obra iban a gozar de la misma fama y reconocimiento que el escritor alcaíno; nos estamos refiriendo a *The dogmas of the Constitution*, de John James Park. Esta obra, descono-

cida fuera del ámbito inglés y no suficientemente valorada en su país, ha tenido una importancia fundamental, al liquidar definitivamente la visión del sistema político inglés efectuada bajo los esquemas de una monarquía constitucional caracterizada por el equilibrio de Rey, Cámara de los Comunes y Cámara de los Lores. Bien es cierto que existían ilustres precedentes que ya se hacían eco de algunas de las instituciones del naciente parlamentarismo, pero el efecto que la obra de Park tuvo para consolidar los análisis efectuados bajo la óptica de la distinción entre realidad constitucional y derecho escrito (y que culminarán, de alguna forma, en Walter Bagehot y su *The English Constitution*) fue decisiva.

II

Si hemos de buscar un término apropiado para describir la década de los años treinta del siglo XIX desde la óptica del constitucionalismo, sin duda alguna la palabra más apropiada es la de cambio. Basta para ello echar un vistazo a la situación de las principales naciones del orbe. España aún continuaba, es cierto, regida por la aplastante bota del rey Fernando VII (por utilizar una feliz expresión del profesor Sosa Wagner), pero un análisis más detenido permitía otear ya un atisbo de esperanza para quienes deseaban un régimen constitucional, pues de forma silenciosa algunos próceres del liberalismo más templado se habían ido situando en las cercanías del trono, tomando posiciones para el momento en el que el monarca pasase a mejor vida; y, en efecto, así ocurrió

cuando apenas seis meses después del óbito del rey felón, el gobierno presidido por Francisco Martínez de la Rosa aprobara el Estatuto Real. En Francia el cambio se produjo por vía revolucionaria, mediante el derrocamiento del rey Carlos X y su sustitución por un integrante de la rama de los Orleáns, Luis Felipe, con una liberalización del sistema de la Carta otorgada por Luis XVIII en 1814, que formalmente se mantenía. Bélgica se rebelaba proclamando su independencia y aprobando su Constitución ese mismo año 1830. Incluso en la otra orilla del Atlántico, en las antiguas colonias británicas mutadas en Estados Unidos, cuando el primer mandato del presidente Andrew Jackson tocaba a su fin y afrontaba en ese año 1832 unos comicios presidenciales que le otorgarían un segundo período al frente de la Jefatura del Estado, se produjo un cambio notable: la transición del sistema original en el que predominaba un cierto elitismo republicano hacia lo que se ha calificado por la historiografía como «*democracia jacksoniana*»; y es que fue precisamente bajo los ocho años en los que *Old Hickory*, el héroe de la batalla de Nueva Orleans, ocupó la presidencia de los Estados Unidos cuando surgen en dicha nación los partidos políticos en el moderno sentido del término y el momento en el que asienta sus bases la moderna democracia estadounidense.

Pues bien, esos aires de renovación política (en ocasiones a través de la vía revolucionaria, en otras por vía reformista) también afectaron y no poco al Reino Unido de Gran Bretaña, que precisamente en ese año

1832, es decir, el mismo en el que John James Park publica su obra sobre la Constitución inglesa, afronta un cambio legal decisivo para asentar a nivel de derecho positivo el parlamentarismo que ya de facto caracterizaba su sistema.

III

Gran Bretaña afronta en 1832 un momento determinante para asentar el parlamentarismo a través de una reforma legal de hondo calado que tiene precisamente eco en la obra de Park, por lo que conviene hacer una breve recapitulación de lo acaecido durante los ciento cincuenta años anteriores, es decir, desde la *Glorious Revolution* de 1688. No importa, a estos efectos, determinar si se trató de una revolución conservadora y pacífica, como nos indica la historiografía tradicional heredera de Macaulay o si, por el contrario, fue una revolución moderna y violenta, como defiende Steve Pincus en su reciente y detallado estudio analítico del evento, que titula significativamente ***1600: La primera revolución moderna***. Lo relevante es que tanto a nivel teórico (fundamentalmente gracias a John Locke) como a nivel jurídico se articula una monarquía constitucional garantizada por el equilibrio Rey-Comunes-Lores pero que, a diferencia de lo que ocurrirá en otros países, no culmina en un texto constitucional escrito. Ahora bien, tras la muerte de la reina Ana en 1714 y la subida al trono de Jorge I, príncipe elector de Hannover y primer monarca de tal dinastía, va a tener lugar una silenciosa y progresiva mutación constitucional que opera al margen del de-

recho escrito y a tenor de la cual se va a desplazar la dirección política del Estado de las manos del rey a las de un gabinete responsable ante el Parlamento. Durante el largo mandato de sir Robert Walpole van a tener lugar dos circunstancias determinantes para la transformación progresiva de la monarquía constitucional en parlamentaria. Una de ellas la aparición en el Gabinete de la figura de una figura, el primer ministro, que va a gozar de preferencia sobre el resto, aspecto éste en el que tuvo no poco que ver la recia personalidad de Walpole. La segunda, el inicio de la preponderancia de la Cámara de los Comunes sobre la de los Lores o, lo que es lo mismo, del elemento popular sobre el aristocrático; así, el 1 de febrero de 1739 Sir Robert Walpole reconocía precisamente ante la Cámara de los Comunes que: «*This House and Parliamentish Majesty's greatest, safest, and best council. A seat in this House is equal to any dignity derived from post or titles, and the approbation of this House is preferable to all that power, or even Majesty itself, can bestow; therefore when I speak here as a minister, I speak possessing my powers from his Majesty, but as being answerable to this House for the exercise of these powers*». Cabe añadir que igualmente fue determinante en no poca medida la abulia del rey Jorge II, por quien Walpole no debía sentir mucha estima, pues no dudó en referirse al mismo en términos nada elogiosos: «*el mayor holgazán político que haya llevado la corona*.» Cuando el rey Jorge III, primer monarca de la dinastía de Hannover nacido en Inglaterra, quiso recuperar esas prerrogativas que

sus antecesores se habían dejado arrebatar, hubo de enfrentarse a un acontecimiento externo que en vez de facilitar sus objetivos los hizo francamente irrealizables, y ese acontecimiento no fue otro que la rebelión de los colonos americanos. La guerra que dicho conflicto abrió y que finalizó con la derrota inglesa en Yorktown y la pérdida definitiva de las trece colonias, pusieron fin al largo mandato del primer ministro Frederick North, segundo conde de Guilford, quien se vio obligado a dimitir a causa de una moción parlamentaria pese a mantener la confianza regia, convirtiéndose así en el primer dirigente inglés en renunciar a su cargo a consecuencia de la pérdida de confianza del Parlamento, que se imponía así de forma casi definitiva frente a los viejos esquemas de la *balanced constitution*.

A los cambios políticos se unieron unas alteraciones sociales que influyeron igualmente en el plano institucional. La revolución industrial que tuvo lugar a finales del siglo XVIII y primer tercio del siglo XIX, mutó notablemente la faz de la nación inglesa en todos los ámbitos. El auge de nuevos establecimientos fabriles e industriales implicó la aparición de un nuevo paisaje urbano, de una nueva clase trabajadora y, sobre todo, grandes bolsas de proletariado industrial. Es la realidad social tan majestuosamente descrita por Charles Dickens (impagable la forma de reflejarse a nueva realidad industrial coetánea que personifica en la Coketown de su novela *Tiempos difíciles*, o su peculiar visión de las actividades comerciales y educativas que expone en *Nicholas Nickleby*, magníficas obras que no son quizá las

más conocidas o populares del autor) y que Carlos Marx tomaría posteriormente para la elaboración de sus teorías económicas anticapitalistas. Pero sobre todo, esa nueva realidad industrial provocó una serie de migraciones interiores que determinarían los inicios de la reforma parlamentaria. La Cámara de los Comunes, que se había erigido en el nervio del sistema político, era elegida conforme a un sistema de representación anclado en la realidad preindustrial, de tal manera que ciudades sin apenas entidad continuaban enviando numerosos representantes a la misma mientras otras que habían incrementado notablemente su población al haberse constituido en importantes centros industriales, o bien carecían de representación o ésta no era en modo alguno proporcional a la importancia adquirida por tales núcleos urbanos. Esa disfunción es la que tratará de superarse con la *Reform Act* de 1832.

La peculiar situación inglesa anteriormente descrita, es decir, la carencia de un texto constitucional escrito y el divorcio entre la realidad y el derecho escrito, es la que va a propiciar una división entre los autores que se mantenían anclados en las visiones tradicionales de la *balanced constitution*, y continuaban viendo en Inglaterra un ejemplo de monarquía constitucional y equilibrio de poderes caracterizado por la igualdad entre monarca, lores y comunes (el caso paradigmático sería el de sir William Blackstone y sus *Commentaries on the Laws of England*, o ya más tarde el de William Paley), y por otra parte quienes no cerraban los ojos a la realidad cotidiana e incidían en el

predominio del elemento parlamentario y en la institución del gabinete (caso de Edmond Burke y Jeremy Bentham). Es curiosamente en este momento de confluencia entre los debates políticos sobre la reforma parlamentaria y la división doctrinal que acabamos de mencionar, cuando un prestigioso abogado y profesor del *King's College* va a pronunciar una serie de conferencias en el seno de un curso de Derecho, cuatro de las cuales va a recoger en forma de libro. El autor en cuestión era John James Park y el libro no es otro que *The dogmas of the Constitution*.

IV

Los dogmas de la Constitución es una obra que fue publicada en España por vez primera en el año 1998 en la editorial Itsmo, con un amplio estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, y pese a tratarse de la primera traducción en lengua no inglesa de la obra de Park, desgraciadamente pasó casi desapercibida, encontrándose además agotada desde hace años. Por fortuna, dicho libro acaba de ser reeditado por la editorial Tecnos en su prestigiosa colección Clásicos del Pensamiento Político, y a la detallada introducción del profesor Varela (actualizada bibliográficamente) se añade ahora a modo de epílogo un interesantísimo estudio de Ignacio Fernández Sarasola que profundiza en esa dicotomía entre teoría y práctica constitucional mediante una exposición de la tesis de los principales analistas políticos británicos desde el siglo XVIII hasta bien entrado el siglo XX. Joaquín Varela, como indica en las

primeras páginas de su estudio, ha tenido que efectuar una labor «*casi detectivesca*» para ofrecer al lector un esbozo biográfico de Park, labor muy meritoria si tenemos en cuenta la casi ausencia de fuentes bibliográficas sobre el personaje. Gracias a tal esfuerzo podemos conocer, aunque sean sus rasgos básicos, la vida y obra de Park, autor a quien el profesor Varela sitúa magistralmente en las coordenadas político-culturales del momento y al que inserta como una pieza más en el amplio mosaico de autores que dedicaron sus esfuerzos a desentrañar las esencias del sistema político inglés. A nivel estrictamente personal quisiera destacar dos aspectos que considero fundamentales para entender en su totalidad al autor y su obra. El primero, la en ocasiones machacona insistencia de Park explicitando esa disfunción o diferencia entre la realidad política inglesa y su derecho escrito, dado que no desaprovecha ocasión para incidir en esa dicotomía tan esencial a la historia reciente de Gran Bretaña. La segunda circunstancia, que a quien suscribe es particularmente cara, es la condición de jurista práctico de Park, pues el mismo unía a su categoría de profesor universitario la de abogado en ejercicio, y creo no es una circunstancia nada baladí que en la portada de su obra el autor anteponga significativamente su condición de *barrister at law* a la de profesor universitario. En este sentido, en su estudio preliminar Joaquín Varela señala esta condición y hace referencia a la distinción entre *solicitor* y *barrister* existente en la abogacía inglesa, dualidad esencial al sistema británico y desconocida en otros países. Esto últi-

mo me parece determinante, pues considero ampliamente acreditado que la visión de un profesor universitario difiere notablemente de la que tiene un abogado en ejercicio, de igual manera que un letrado no aborda el asunto de la misma forma ni con la misma perspectiva de un juez. El abogado, que tiene por fin último la defensa de los intereses de su cliente (en este aspecto es interesantísimo el combate dialéctico mantenido entre Tomás Ramón Fernández Rodríguez y Alejandro Nieto, recogido en el libro *El derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*), está más constreñido en su actuación, dado que se enfrenta a situaciones tangibles, muy apegadas a la realidad concreta del momento, lo que implica que en su cotidiano quehacer no busca formular teorías generales ni utiliza conceptos abstractos, sino aplicar soluciones prácticas al caso concreto que se le somete. Por el contrario, el profesor universitario tiene la posibilidad de elevarse sobre la maraña de casos particulares efectuando un análisis global o general que trascienda de esa realidad concreta. Me inclino a creer, por tanto (una idea ésta que el estudio preliminar insinúa aunque, a mi juicio, sin extraer todas las conclusiones de la misma) que esa condición de jurista práctico de Park influyese y no poco en ese apego a la realidad cotidiana y a esa insistencia en discernir entre práctica y teoría, todo ello sin desmerecer en modo alguno la influencia del positivismo de Comte, autor con el que Park abre, precisamente, su obra.

Conviene recordar que el libro comentado se limita a recoger cuatro de

las lecciones pronunciadas por el autor en el *King's College*, a las que añade un prefacio y dos apéndices. Ya desde las páginas iniciales antepuestas al grueso de la obra, Park enuncia la que va ser la tesis central que aparece una y otra vez a lo largo de la misma, es decir, la distinción entre realidad constitucional y derecho escrito, tesis que pretende demostrar, además, ajeno a toda influencia política, es decir, considerándose a sí mismo distanciado de la ideología *whig* como de la *tory*, aspecto éste que igualmente aparece disperso a lo largo de las páginas del libro y que supone, en cierto modo, una *excusatio nonpetita*. Esa idea o eje central sobre el que pivota toda la obra, creo la resumen perfectamente dos breves frases insertas en la lección décima (la segunda de las recogidas en la obra) donde se plasma claramente el influjo del positivismo en el autor: «*Caballeros, hay dos tipos de teoría, de igual manera que existen dos tipos de filosofía. La teoría o filosofía que prescribe leyes y principios de su propia invención, y la teoría o filosofía que comprueba las leyes y principios mediante el aprendizaje de la observación.*» Ya está, pues, consagrada la dualidad teoría-práctica, que aplicada al ámbito jurídico supone distinguir entre principios consagrados en las leyes por un lado y realidad constitucional inglesa por el otro, es decir, lo que apenas ochenta años más tarde José Ortega y Gasset calificaría en su ensayo *Vieja y nueva política*, aplicado a nuestro país, como España oficial y España vital. Park dejaba clara esta obsesiva idea suya en los párrafos iniciales de la primera de las lecciones, aunque con una evidente exageración al presentarse

poco menos que como el pionero en la defensa de dicha tesis: «*La Constitución propositiva o teórica de Gran Bretaña (si ha existido en un estado puro, lo cual resulta dudoso), ha dejado de tener existencia desde hace siglo y medio, y ha sido sustituida por una maquinaria totalmente diferente. Pero este hecho no ha sido jamás reconocido o registrado públicamente. La Constitución sustituta no ha sido en ningún momento reducida formalmente a una proposición [...] De esta manera, cuando trato del fundamento de la Constitución, mi propósito es analizarla en atención a su realidad; a saber, que durante al menos los últimos ciento cincuenta años ha habido dos Constituciones concurrentes pero esencialmente distintas que han coexistido, aunque sin reconocimiento expreso de tal circunstancia; una en sustancia, la otra tan sólo en la forma.*» He aquí resumido en breves palabras toda la intención final del libro: dejar constancia de la distinción entre norma y realidad, entre derecho escrito y derecho vivo. Una transformación que se había producido de forma gradual y silente, como indica en este lúcido párrafo incluido en la decimotercera lección (la cuarta y última de las que recoge en la obra): «*Toda la Constitución del país se ha transformado por completo en los últimos ciento cincuenta años. Pero, al haberse observado rígidamente sus formas en muchos aspectos, esta revolución se ha producido de forma silenciosa e imperceptible ante los ojos de los cronistas y tratadistas de la Constitución que se dejan llevar por el sonido de las palabras sin atender a la eficacia de las cosas. Les harán creer que la Constitución aún exis-*

te a pesar de que sus principales elementos se hayan perdido, y que sus desviaciones son únicamente corrupciones casuales.» Park deja bien claro, además, que esa Constitución teórica orillada por las convenciones constitucionales, que el autor supo perfectamente identificar aunque no les otorgara una denominación concreta, es más un mito doctrinal que una realidad histórica, de ahí que acuse expresamente a Blackstone y De Lolme de disertar sobre la misma *«con más embeleso que Petrarca lo hizo con su Laura, de la que se cree que también fue una persona imaginaria»*; por ello, dedica gran parte de las dos últimas lecciones a una investigación histórica en la que defiende la gradual evolución institucional en Gran Bretaña.

Pese a la decisiva influencia en la doctrina posterior, el éxito no acompañó a la obra de Park (quien fallecería justo un año después, en 1833, a la temprana edad de treinta y ocho años), que se sumió en el silencio de la historia incluso en su patria natal. Pero sus tesis acabaron imponiéndose y de ahí la importancia de esta obra que tuvo el mérito indiscutible, como indica el profesor Fernández Sarasola, de *«poner de manifiesto con tanta evidencia la discrepancia existente entre el statutelaw y la realidad política de Inglaterra; entre los planteamientos teóricos de los tratadistas más exitosos (de Montesquieu a Paley) y el verdadero funcionamiento del sistema de gobierno de Albión.»* Y el golpe que asestó Park a las anticuadas teorías de la *balanced constitution* fue tan mortal como el asestado dos siglos y cuarto atrás por Cervan-

tes a las no menos anacrónicas novelas de caballerías.

V

Pese a que toda obra, ya sea literaria o política, indudablemente está ligada a las coordenadas socio-temporales en que se ha elaborado, no es menos cierto que existen reflexiones, frases, párrafos o ideas que trascienden a las mismas y pueden aplicarse a cualquier momento o lugar. De hecho, en esta obra existe un párrafo que cobra rabiosa actualidad, y que hace referencia al distanciamiento entre la política y la ciudadanía así como las consecuencias que de ello pueden derivarse. Juzgue el lector si estas palabras, contenidas en la primera de las lecciones, no podrían perfectamente haber sido escritas en 2016 y no en el año 1832: *«No puedo sino pensar que uno de los grandes errores que se han cometido en este país es que los hombres de Estado, personas conocedoras del ejercicio práctico del gobierno, no han considerado cuán prudente es poner a la comunidad al corriente de los principios reales y del mecanismo del gobierno en la práctica, sino que han mantenido estos principios en sus propias entrañas a modo de una especie de arcana o conocimiento oculto (como era común en la medicina de hace cincuenta años), como si se tratase de algo que no fuera conveniente que el pueblo conociese. La consecuencia ha sido una creciente falta de comunión de sentimientos y entendimiento entre los hombres de Estado y el pueblo, cuando es posible que, de haber sido adecuadamente instruido o iniciado el público, ambos*

podrían haber caminado juntos en muchas cuestiones. Además, el pueblo tendrá nociones, tendrá ideas sobre todas las cuestiones y se guiará por ellas. Y si no os preocupáis de proporcionarles materiales para que tengan unas nociones adecuadas, tomarán nociones ideales y se llegará a un momento en que el público, a partir de ellas, habrá viajado tan lejos, y habrá adoptado una posición tal, que todos los poderes que podáis emplear no serán suficientes para desarraigar esa postura o prevenir que lleven a cabo sobre vosotros un ataque peligroso o incluso destructivo.» Es curioso que justo siglo y medio después de pronunciarse las anteriores palabras, en la propia Gran Bretaña se insistiese en dicha idea de alejamiento entre política y ciudadanía a través de una magnífica serie televisiva ambientada precisamente en el mundo de la alta política inglesa y que, en la mejor gala del humor británico, ponían en solfa las principales corrupte-

las existentes intramuros del gabinete. Me estoy refiriendo a la ya mítica **Yes, minister** en cuyo capítulo inicial, significativamente titulado *Open government*, se denunciaba precisamente que dicho lema electoral no servía para otra cosa que para disfrazar la misma realidad denunciada por John James Park en el *King's College*, lo que se hacía de forma elegante y divertidísima través de un diálogo entre el Secretario Privado del ficticio Ministerio de Asuntos Administrativos y el Secretario Permanente del Primer Ministro inglés. Así, mientras aquél preguntaba: «*What's wrong with open government. I mean. Why shouldn't the public know more about what's going on?*», el segundo respondía: «*Are you serious? [...] It's a contradiction in terms. You can be open or you can be government*», precisando más tarde la razón de esa dicotomía: «*If people don't know what you are doing, they don't know what you are doing wrong*».

Jorge Pérez Alonso
Universidad de Oviedo

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, *La igualdad en rodaje: Masculinidades, género y cine*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp423-426

Octavio Salazar Benítez, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, tras previos e inspirados ensayos con perspectiva de género, tales como *Las horas: el tiempo de las mujeres* (2006) o *Masculinidades y ciudadanía: los hombres también tenemos género* (2013), nos invita, con su comprometido y acertado enfoque feminista y de género, a sentarnos cómodamente en nuestro asiento, a ponernos seguidamente las «gafas violetas» y sumergirnos en un largo viaje cinematográfico, con el fin de diseccionar la masculinidad dominante y sus múltiples expresiones proyectadas en la gran pantalla. De este modo, en *La igualdad en Rodaje: Masculinidades, género y cine* se explora, por medio de las imágenes, escenas y arquetipos que sirven para construir y fabricar personajes, las miserias y disfunciones de la masculinidad hegemónica, en su heterogeneidad de variantes y escenarios de acción.

El séptimo arte, como producto cultural de masas, es quizás por excelencia, hoy en día, la principal ventana al mundo de la ciudadanía. Se trata de un universo de referencias e identificación genérica y moral clave

para acercarnos a la cosmovisión socio-cultural dominante en nuestras sociedades. Es un dispositivo cultural y socializador enormemente poderoso, por el cual se transmiten creencias y valores fuertemente asentados en el imaginario colectivo. Por lo tanto, la industria cinematográfica no es meramente una fábrica de sueños, nuestros sueños ya están previamente creados y el cine, fotograma a fotograma, únicamente los reaviva, bajo el influjo de la acción poderosa de la ficción narrativa.

Una película se convierte así en un vehículo de reproducción de lo real, e igualmente de una realidad asimétrica y desigual entre los sexos, que por desgracia continúa perpetuándose bajo un argumento, donde el actor principal del plantel, tal como nos lo describe Salazar a lo largo de su ensayo, es el varón blanco, occidental, de clase media-alta, heterosexual, joven y sano, epicentro de lo que se percibe, desde la cosmovisión androcéntrica dominante, como referente simbólico neutro y universal.

Los estereotipos de género se difunden a través de la representación. Pero al mismo tiempo, se asimilan por el/la espectador/a, que mira e interio-

riza a partir de un imaginario común y ampliamente compartido. Esto formaría parte de un proceso de socialización estructural de género, en cuyo contenido y evolución se entremezclan ingredientes tradicionales que confluyen con otros de signo más o menos rupturista. De ahí surge una resignificación sexual-genérica de complejas dimensiones hacia nuevas formas de masculinidad y feminidad, que aún redefinidas, siguen hoy en día reproduciendo la estructura de poder patriarcal.

De esta forma, *La igualdad en rodaje*, publicado en la prestigiosa editorial Tirant lo Blanch (concretamente dentro de la colección «Cine y Derecho»), nos muestra como la masculinidad no siempre se ha representado ni se ha definido de la misma manera. El modelo de masculinidad preponderante siempre se ha metamorfoseado, y por lo tanto readaptado, siguiendo invariablemente un mismo «guión», en el que el androcentrismo prevalece como cliché reiterado y en resistencia a desaparecer de la «trama» social.

Sin embargo, no todo son malas noticias, otras formas de identidad masculina tienen cierta presencia y cabida en films de reciente creación. Nuevas formas de sentirse y actuar como hombre socialmente, en mayor o menor grado disidentes, ocupan un mayor espacio en las series de televisión y en películas que pudieran no ser adscritas a eso que llamamos comúnmente *underground*. En el *mainstream* cinematográfico, últimamente emergen personajes atípicos, que escapando de los estrechos márgenes de los prototipos tradicionales y machistas, reivindican también su espacio,

rompiendo con viejos arquetipos, que aunque reciclados, suponen una masculinidad sumamente alienante y en consecuencia opresora contra las mujeres.

En lo que va más allá de ser un libro de consulta de cine, Salazar muestra un compromiso inquebrantable por la igualdad entre los sexos, demostrando una mirada que sabe e invita a examinar más allá de la superficialidad de la pantalla. La pasión con la que el autor nos muestra implícitamente su cinefilia, se combina coherentemente con sus evidentes dotes comunicativas y su dominio del «arte» de la escritura. En este sentido, ningún libro ha tratado con tanto acierto y lucidez la relación entre la construcción socio-cultural de lo que se entiende que debe ser, sentir y actuar un hombre y el hecho de la complejidad con la que dicha masculinidad se manifiesta visualmente a través de la producción cinematográfica. El reto es a primera vista enorme. Sin embargo, desde un concienzudo y acertadísimo análisis, el autor, sirviéndose del utilaje teórico que la óptica de género nos ofrece, nos consigue regalar un libro excepcional, que tampoco igualmente se conforma con ser un tratado sobre masculinidades al uso.

En principio, la temática del libro pudiera inducirnos a que, antes de dejarnos atrapar por su atractiva lectura, entendiéramos equivocadamente que nos encontramos ante un libro de carácter meramente divulgativo. La sobresaliente pericia del autor para captar la atención de el/la lector/a, le lleva a la creación de una obra que atesora un acertado equilibrio entre densidad analítica e invitación a la lectura inin-

terrumpida. Durante la lectura de este ensayo, el/la lector/a, especialista o no en cuestiones de género o cinematografía, rara vez podrá dejar de apartar su mirada de la pantalla, o más bien, si hablamos realmente con propiedad, de las páginas de un libro que muestra una inusual capacidad de atraer a una amplia gama de lectoras/es.

Este es un mérito digno a destacar, que más allá de que demuestre las múltiples e indudables destrezas comunicativas del autor, nos sirve a muchas/os como guía a emular para quienes tenemos la ambición de que los valores de la igualdad de género sean más accesibles y difundidos a través del vehículo de formatos, que aún cargados de rigurosidad y profundidad analítica, sean a su vez atractivos y persuasivos para un público poco familiarizado con las teorías feministas y de género.

Salazar despliega amor por el séptimo arte y una ingente cultura cinematográfica. El abanico de géneros cinematográficos que el autor maneja es amplio y bien representativo de la enorme selección de más de 400 films reseñados a lo largo de sus páginas: westerns, cine negro, drama, comedia romántica, bélico, cine de época, thriller, etc. La publicación de una segunda edición que reseñe y analice más películas (sobre todo films de enorme interés y que se han estrenado tras la salida del presente libro), resultaría ser una excelente noticia para quien se haya quedado o se quede con las ganas, seguramente, de leer más.

El autor nos recuerda que los hombres protagonizan, hegemonizan y ocupan, con su presencia y su poder simbólico y material, la producción y

los lugares más prestigiados de la industria cinematográfica. De esta forma, la mayor parte del cine nos sigue ofreciendo solo una mirada, la masculina, cosificadora y devaluadora del cuerpo y la personalidad de la otra mitad de la población. Síntoma de esta dinámica machista y androcéntrica, en los productos culturales cinematográficos, se simbolizan los valores del poder, la fuerza, la agresividad, la omnipotencia, prescritos a lo masculino, frente a la imagen erotizada y subalternizada de las mujeres.

Sin embargo, bajo la imagen de fortaleza varonil, Salazar nos explica la paradójica fragilidad con la que la masculinidad se construye y se relaciona con todo lo que la rodea. La toxicidad inherente a la masculinidad tradicional, se relaciona con los costes que tienen para los propios hombres el hecho de asimilar un modelo identitario dominante de ser hombre, que implica disvalores, disfunciones emocionales y costes personales, tales como la soledad, la rivalidad, la falta de autonomía en relación al autocuidado, la inoperancia emocional o la interiorización de mecanismos de resolución de conflictos por medio de la violencia contra las mujeres y contra los demás. Ésta es la masculinidad siempre construida en negativo, en negación de lo femenino, que además por su naturaleza actúa a partir de parámetros excluyentes y deshumanizantes.

Vemos que este ensayo, escrito con pasión y profundo conocimiento, se adentra en cómo el cine plasma, a través de la representación, cuestiones como las fraternías de varones, la fantasía del autocontrol varonil, el enalteci-

miento constante del modelo heroico de masculinidad, la homofobia como sustento de la masculinidad excluyente contra los modelos disidentes y recesivos de ser hombre, o incluso la LGTBQfobia y su casi total ausencia en la producción cinematográfica. Tampoco podemos olvidarnos de cómo el reiterado tratamiento cosificador de la imagen femenina, objeto sexualizado, y mercantilizado, representa a su vez, junto con el dinero, el símbolo de estatus masculino por excelencia. Esto entra en relación con el hecho de que los arquetipos femeninos más comúnmente explotados y visibles en las películas de éxito, se configuran en oposición al ideal genérico masculino, representante del éxito, la racionalidad, la decisión y el protagonismo, valores que transmiten, a primera vista, una apariencia de resistencia, solidez e invulnerabilidad carente de fisuras. No obstante, algunos personajes de films más o menos conocidos y taquilleros, se permiten irremediablemente atenuar y relajar los mandatos de género asimilados.

En muchas de las películas analizadas en este inspirador ensayo, los hombres, en su marcha hacia delante, recurren a una máscara que oculta un vacío existencial y emocional, fruto del esfuerzo constante y alienante de luchar por conseguir el éxito, un triunfo que se traduce en el objetivo desesperante e inalcanzable de formar parte del club de una mística de la masculi-

nidad que sustenta el orden sexual jerárquico establecido.

Los hombres en las últimas décadas se sienten colectivamente desubicados ante los cambios de un marco de relaciones de género que se resquebraja en su proceso de transformación, síntoma de un creciente empoderamiento de las mujeres en su progresiva conquista de nuevos espacios y derechos anteriormente vedados. En este sentido, el autor invita a los varones a una revisión interior que apueste por el cambio personal y colectivo en favor de la renuncia de los privilegios patriarcales.

Se trata, por lo tanto, de un libro necesario, que a través de un repaso de la Historia del cine (retrotrayéndose a los años 30 del pasado siglo, aunque centrándose en una filmografía mayormente contemporánea) nos incita a la autoreflexión personal, para vencer y superar los déficits de la masculinidad hegemónica-tradicional. Nuestro autor no se detiene en un mero análisis crítico-teórico, ni tampoco en ofrecer una interesante y abultada selección cinematográfica espléndidamente reseñada. Salazar nos propone, con decidido espíritu de compromiso, un nuevo contrato sexual asentado en la consecución del corpus de reivindicaciones de la agenda política feminista de nuestro tiempo, en el que la igualdad entre hombres y mujeres pase por una deconstrucción profunda y radical de la subjetividad masculina imperante.

Jesús Espinosa Gutiérrez
Universidad de Cantabria

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Con prólogo de Francisco Balaguer Callejón (298 páginas).

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp427-430

Cuando un discípulo se enfrenta la reseña de la última monografía de un maestro cabe esperar un carácter laudatorio *per se*, esperando entonces el lector ya una sucesión de epítetos e incluso hipérbolos encadenados en una secuencia de hipérbatos. Se advierte al lector que el autor de la obra que vamos a reseñar dirigió magistralmente al que escribe su trabajo de fin de máster, pero que no esperen ni una exageración, porque la calidad científica de esta obra no necesita de ningún adorno. Como escribe el Profesor Francisco Balaguer en el prólogo –ya el prologuista es indicio de lo que está por venir– «el Profesor Barrilao ha tenido la generosidad de ofrecernos [] una segunda Tesis Doctoral» (p. 15); y esa es precisamente la sensación que acompaña la lectura hasta la última página. Efectivamente: generosidad, por haber puesto su genio jurídico al servicio de un tema complejo, y calidad científica, porque trata de explicarlo desde unas premisas y con unas metodologías que ayudan a la coherencia del desarrollo y a la adhesión a sus conclusiones. Por tanto, la comunidad científica está de enhorabuena

porque nos encontramos ante un trabajo serio y riguroso sobre un tema clásico, al tiempo con una intención innovadora y clarificadora en un Derecho contingente –como apunta ya el propio autor desde el epígrafe introductorio–. Esta obra muestra que en el Derecho constitucional caben muchos pensamientos y replanteamientos por la mutabilidad del mundo que precisamente pretende ordenar. Mutabilidad que el autor maneja de manera extraordinaria y que concreta en las ideas fuerza que guían toda la investigación: globalización, tecnología y pluralidad ordinamental.

El título de la obra, incluido el subtítulo, es toda una declaración de intenciones por parte del autor: su idea dinámica parece conducirnos al propósito o resultado del trabajo que no es sino la constatación de la transformación del sistema de fuentes y su incidencia en nuestro sistema constitucional normativo. Por tanto, creo que podríamos afirmar que si alguna vez el proyecto inicial del autor fue el solo estudio de la deslegalización, éste se ha visto gratamente superado por su propia capacidad para aprehen-

der el mundo complejo en el que vivimos poniéndolo al servicio del avance del constitucionalismo. El tratamiento completo que realiza del fenómeno, comprendiéndolo y colocándolo en su justo equilibrio, provoca en el lector un entendimiento no sólo del reglamento delegado y de la técnica de la deslegalización sino del sentido actual de las fuentes del derecho, del grado de integración europea y de las tensiones contemporáneas a las que se ve sometida una Constitución normativa como la española (e italiana).

El trabajo se articula en una Introducción y siete capítulos repartidos en tres partes que indican esa coherencia, rigor y metodología mencionados anteriormente. A lo largo de los mismos, el lector encontrará un solidísimo aparatado de doctrina –que se manifiesta en sus 41 páginas de bibliografía–, tanto española como extranjera, especialmente italiana; un manejo jurisprudencial excelente, tanto de sentencias clásicas como de las novísimas; y un apabullante conocimiento de referencias normativas, tanto de rango legal como reglamentario, y de origen europeo (e italiano), que ejemplifican de manera preclara la racionalidad de sus argumentos y los justifican indubitadamente.

La parte primera del trabajo acoge en tres oportunos capítulos el régimen constitucional de la ley. En el primero realiza una aproximación al concepto de ley donde nos muestra su evolución desde su otrora todopoderoso espacio liberal hasta su redimensionamiento constitucional como eje social y democrático e instrumento para el pluralismo político. El capítulo segundo entra con precisión cirujana a des-

lindar los conceptos dogmáticos de rango de ley, fuerza de ley y valor de ley, así como la relación entre ley, derecho internacional y derecho europeo. El tercer capítulo completa el estudio del régimen jurídico de la ley abordando con la misma rigurosidad las cuestiones nada fáciles, pero trascendentes para su investigación, como su carácter de fuente de normas sobre producción jurídica, las distintas clases y naturaleza de leyes –con especial referencia a las de ámbito autonómico– y el elemento temporal de la vigencia y derogación. Como ya hemos apuntado, en estos tres capítulos se asientan unas bases imprescindibles para el objeto principal al tiempo que nos van guiando de manera fácil a la problemática que el autor tratará en la parte siguiente.

Efectivamente, la parte segunda del trabajo aborda la cuestión central de la deslegalización y del reglamento delegado. También se divide en tres capítulos, y su razón es uno de los aciertos metodológicos del autor que, aunque están presentes de manera transversal durante toda la investigación, aquí los aborda autónomamente. Así, en el capítulo 4 realiza un profundo análisis del fenómeno en Italia, que doctrinalmente está en un estadio más avanzado –aunque esta obra aporta el diálogo interpeninsular que lo acorta– y que su respuesta normativa se ha dirigido hacia una institucionalización de la figura de la *delegificazione*. Por su parte, el capítulo 5 aborda de manera serena pero exhaustiva el acto delegado de la Unión Europea, desde una visión constitucionalmente material, con un tratamiento impecable del sistema de fuentes del derecho de la

Unión así como mostrando la evolución desde el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa hasta el Tratado de Lisboa. Lleva a cabo un brillante análisis del desarrollo del art. 290 TFUE por parte de las Instituciones europeas que será de una tremenda utilidad para la parte conclusiva del trabajo. Por fin, en el capítulo 6 encontramos el núcleo del objeto entrando en el meollo del fenómeno en España. Como ya habíamos anunciado, su manejo de las referencias normativas que demuestran la trascendencia práctica de la cuestión en derecho positivo es excepcional por su completud, con un conocimiento sólido de la doctrina española al respecto. El epígrafe en el que aborda el régimen jurídico del reglamento delegado en España, entrando en la naturaleza, caracteres, límites y efectos, arroja luz y claridad a la materia, con lo que desde el minuto uno de su publicación podemos decir que es ya una referencia inexcusable para cuantas investigaciones venideras españolas y extranjeras quieran volver sobre este ya completo estudio. El capítulo 6 se cierra con un epígrafe que relaciona la deslegalización con la centralidad y la primacía de la ley abordados en la primera parte que sirve de puente para la parte tercera.

Con esta parte tercera se pone el broche de oro donde, podríamos decir de manera conclusiva –aunque aún cargado de una férrea fundamentación–, el autor recopila y sintetiza en su único capítulo, además de una pequeña coda final a modo de conclusión que sigue el mismo espíritu de esta parte final, todas esas ideas fuerza de que hablábamos al principio y

que de manera sistemática y ordenada se nos presentan en 6 epígrafes sobre: 1) globalización y tecnología –inescindible el uno del otro y quizá uno de los aportes doctrinales más interesantes–; 2) Derecho europeo –cuyo estudio pormenorizado en el capítulo 5 ayuda ahora al autor a considerarlo como modelo para una institucionalización de la deslegalización en España, persiguiendo un mayor control parlamentario–; 3) forma de gobierno: en consonancia con esto último, el desequilibrio que la praxis española con el reglamento delegado ha producido, debe de poder reconfigurarse mediante esta figura institucionalizada –sin que por ello pretenda el autor convertirla en una solución *por doquier* ante los retos de la globalización y la tecnología–; 4) Estado autonómico: donde pone el contrapunto *interno* de la extensión y abundante uso en los 17 subsistemas territoriales frente a los elementos externos descritos. Quizá este desarrollo es uno de los más interesantes porque toda la problemática de las fuentes del derecho, con el Estatuto de Autonomía a la base del ordenamiento infraestatal, es donde mejor se evidencia –y se resuelve–. 5) Tareas públicas, Estado y ley: manifiesta con claridad el nuevo sentido de la ley –ante una *pérdida de importancia* como consecuencia del fenómeno de la deslegalización– y, consecuentemente, se deduce una nueva idea de estatalidad si bien el Estado sigue siendo el elemento clave –e indisponible, afirma (p. 244)–. El epígrafe 6 justifica sin duda el título del capítulo 7 como «transformaciones del sistema de fuentes y del contexto constitucional», porque directa-

mente aborda la necesidad de una(s) reforma(s) constitucional y estatutarias expresas para incorporar esta figura de manera que, siguiendo el paradigma europeo, se mejore la comunicabilidad interordinamental en nuestro sistema plural.

Todo ello nos muestra una obra científicamente relevante, de una lectura profunda pero clarificadora. Estamos ante una obra de madurez, donde aquel bello calificativo de «segunda Tesis Doctoral» que su maestro le dedicara en el –también brillante– prólogo, ejemplifica la excelsa calidad y el rigor intelectual de quien ha sabido plasmar su variada y rica trayectoria investigadora en saber ver y analizar un fenómeno que afecta, nada menos, que al (complejo) sistema de fuentes del derecho. En la nota 1 el autor nos confiesa que el origen de esta investi-

gación se encuentra en su paso por la *Corte costituzionale* italiana, pero siendo conocedores de sus líneas de investigación e intereses (globalización, tecnología, Derecho constitucional europeo, Estado autonómico, etc.) y de la escuela a la que pertenece –que tanto aporte doctrinal presenta en el trabajo–, uno puede darse cuenta de que este trabajo es el compendio de años de (buena) investigación unido a una natural capacidad para la brillantez. Y su generosidad –también remarcada por el Profesor Balaguer– hace que los lectores de esta monografía no se queden solamente con la constatación del fenómeno del paso de la ley al reglamento delegado, sino que hace que podamos reflexionar meditando sobre las transformaciones del sistema de fuentes del derecho... y del mundo en el que vivimos.

Antonio Pérez Miras

Universidad Pontificia de Comillas – ICADE

EN ESTE NÚMERO
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES es profesor contratado-doctor de Derecho constitucional del Departamento de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y está acreditado por la ANECA como Profesor Titular.

Francisco Javier ANDRÉS SANTOS es catedrático de Derecho romano Universidad de Valladolid.

Tomás BASTARRECHE BENGOA es doctor en Derecho y profesor asociado del Área Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha.

Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO es profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha.

José María DE BENITO ARAMBURU es profesor visitante del departamento de economía y dirección de empresas de la Universidad de Alcalá.

Jairo Andrés CASTAÑO PEÑA es docente investigador de la Universidad Externado de Colombia, Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Madrid, máster en Derecho Público y máster en Análisis Económico del Derecho (Colombia).

Ernani CONTIPELLI es profesor titular de la UNOCHAPECO (Brasil) y Director General del Center for European Strategic Research (Italia).

Jesús ESPINOSA GUTIÉRREZ es doctorando en Historia Contemporánea en la Universidad de Cantabria.

José Luis GARCÍA GUERRERO es profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha e Investigadora Principal I del proyecto de Investigación Constitución y mercado en la crisis de la integración europea. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo

e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R).

Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ es profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Eloísa GONZÁLEZ HIDALGO es doctora en Derecho Internacional por la Universidad Carlos III de Madrid.

Magdalena GONZÁLEZ JIMÉNEZ es profesora contratada-doctora de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha.

María LÓPEZ BELLOSO es investigadora predoctoral de la Universidad de Deusto. Técnica de proyectos internacionales de investigación en la Oficina de Proyectos Internacionales de Investigación en la Universidad de Deusto.

Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN es profesor Derecho constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha.

María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN es profesora titular de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha e Investigadora Principal 2 del proyecto de Investigación Constitución y mercado en la crisis de la integración europea. I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48327-C3-1-R).

Giuseppe MARTINICO es *professore associato* (titular) de Derecho público comparado de la Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italia).

Remedios MORÁN MARTÍN es catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Investigadora Principal del Proyecto de investigación I + D + I, *Participación y exclusión política (causas, mecanismos, consecuencias)* (DER2013-46338-R).

Alberto OEHLING DE LOS REYES es profesor contratado doctor de Derecho constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

Jorge PÉREZ ALONSO es abogado y colaborador en la Universidad de Oviedo.

Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ es doctora en Derecho y pertenece a la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

Antonio PÉREZ MIRAS es doctor europeo en Derecho constitucional por la Universidad de Bolonia y profesor de Derecho constitucional en la Universidad Pontificia de Comillas – ICADE.

Agustín RUIZ ROBLEDO es catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Granada.

Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ es profesor asociado del Departamento de Derecho privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo.

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) **Jurisprudencia.**
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 64, Issue 1, January-June 2016

Table of Contents

Special Issue: Constitution and markets within the crisis of the European Union

Edited by José Luis García
Guerrero and María Luz Martínez
Alarcón

Constitution and markets within the crisis of the European Union: preliminary considerations

María Luz Martínez Alarcón y José
Luis García Guerrero

The Constitutional Implications of the Crisis. A Review Article

Giuseppe Martinico

The liberal economic Constitution as a guarantee of free market. Private property rights and freedom of enterprise

Jesús López de Lerma Galán

The Socialist Constitution and economic fundamentals

Lisette Pérez Hernández

The amendment of Article 135 of the Spanish Constitution

of 1978: the legal and economic grounds for a rationalization approach, current status and results

Alberto Oehling de los Reyes y José
María de Benito Aramburu

The Common Market

Magdalena González Jiménez

The OECD in the definition of economic policies in Spain. OECD and economic constitution. Development and influence of the OECD in the era of globalization

Juan Manuel Goig Martínez

G-20: Structure and fitness for its targets in international organizational and institutional framework

Enrique Belda Pérez-Pedrero

La representatividad de la FED

Tomás Bastarache Bengoa

La Comunidad Andina de Naciones y la evolución del proceso de integración

socioeconómico en latinoamérica
Ernani Contipelli

Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico

Jairo Andrés Castaño Peña

Studies

Can all hate speech expressions constitute an inbridgeable limit on freedom of expression?

Jorge Alguacil González-Aurioles

The Role of European Institutions in the Defense of Human Rights in the Western Sahara

María López Bellosa y Eloísa
González Hidalgo

Chronic and attitude of a constitutionalist. The thesis of Adolfo Posada on the ownership of sovereignty

Remedios Morán Martín

Constitutional limits to the establishment of autonomous court fees. Review of Judgment 71/2014 of the Spanish Constitutional Court

Eduardo Sánchez Álvarez

Book reviews