

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

Vol. 66/1 enero-junio 2018

Sumario

Monográfico: Globalización y Estado del Bienestar. Debates constitucionales actuales en Europa y Asia

Presentation

Ángel RODRÍGUEZ

Estudios

The Spanish roots of Philippine Law

Ruben F. BALANE

The Constitution of Cádiz and The Filipino of Malolos: Similarities and differences

Miguel REVENGA SANCHEZ

The constitutional status of social rights in Spain

Miguel AGUDO ZAMORA

The International protection of social rights in the Philippine

Ngina TERESA V. CHAN-GONZAGA

The International Protection of Social Rights: A Philippine Perspective

Sedfrey M. CANDELARIA

Globalization and its impact on the welfare state concept in developed and developing countries

Alvin P. ANG

Philippine Democracy and its Discontents: The Failed Promise of Social Justice Under the 1987

People Power Constitution

Tanya KARINA A. LAT

Notas

What Approach to the Interpretation of Private Contractual Obligations should Courts Adopt? Could the application of Law affect the so called Welfare State?

José Manuel DE TORRES PEREA

La tributación de las pensiones públicas

Miguel GUTIÉRREZ BENGOCHEA

Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales

José Manuel CABRA APALATEGUI

La crisis y sus retos para la democracia. ¿Hacia un nuevo contrato político y social?

Rafael RUBIO NÚÑEZ

A Comparative Study on International Disaster Law applicable to Spain and The Philippines

Andrés BAUTISTA HERNÁEZ

La titularidad compartida de las explotaciones agrarias como medida «bidireccional»

María Dolores CABELLO FERNÁNDEZ

The punitive turn in Spain. Is the welfare state able to resist it?

Deborah GARCÍA MAGNA

La protección de la investigación biomédica en el Estado Social del futuro

Juan Manuel MARTÍN GUERRERO

La práctica convencional de España y Filipinas relativa a los tratados sobre Derechos Humanos en materia de reservas

Alicia María PASTOR GARCÍA

Nuevas medidas contra los combatientes terroristas extranjeros en Europa: ¿un modelo para Filipinas?

Alejandro SÁNCHEZ FRÍAS

Migration from the Spanish and the Philippines perspective

María Isabel TORRES CAZORLA

El Estado del bienestar. Un reto para la democracia

Ángel G. VALENZUELA SERRANO

El origen de la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos

Pablo SÁNCHEZ-MOLINA

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 66/1 enero-junio 2018

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+

Los contenidos de la Revista «Estudios de Deusto» están disponibles en acceso abierto en la siguiente dirección:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

The contents of the Journal "Estudios de Deusto" are available in open access at the following web page:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2018

Estudios de Deusto

Vol. 66/1 enero-junio 2018

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)

Secretaria académica:

Belén García Álvarez (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); Martin 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/>

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. 66/1 enero-junio 2018

Sumario

Monográfico: Globalización y Estado del Bienestar. Debates constitucionales actuales en Europa y Asia

Ángel RODRÍGUEZ, *Presentation* 15

Estudios

Ruben F. BALANE, *The Spanish roots of Philippine Law* 23

Miguel REVENGA SANCHEZ, *The Constitution of Cádiz and The Filipino of Malolos: Similarities and differences* 33

Miguel AGUDO ZAMORA, *The constitutional status of social rights in Spain* 59

Ngina Teresa V. CHAN-GONZAGA, *The constitucional basis of social rights in the Philippine* 81

Sedfrey M. CANDELARIA, *The International Protection of Social Rights: A Philippine Perspective* 107

Alvin P. ANG, *Globalization and its impact on the welfare state concept in developed and developing countries* 117

Tanya Karina A. LAT, *Philippine Democracy and its Discontents: The Failed Promise of Social Justice Under the 1987 People Power Constitution* 133

Notas

José Manuel DE TORRES PEREA, *What Approach to the Interpretation of Private Contractual Obligations should Courts Adopt? Could the application of Law affect the so called Welfare State?* 161

Miguel GUTIÉRREZ BENGOCHEA, <i>La tributación de las pensiones públicas</i>	171
José Manuel CABRA APALATEGUI, <i>Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales</i>	197
Rafael RUBIO NÚÑEZ, <i>La crisis y sus retos para la democracia. ¿Hacia un nuevo contrato político y social?</i>	215
Andrés BAUTISTA HERNÁEZ, <i>A Comparative Study on International Disaster Law applicable to Spain and The Philippines</i>	235
María Dolores CABELLO FERNÁNDEZ, <i>La titularidad compartida de las explotaciones agrarias como medida «bidireccional»</i>	253
Deborah GARCÍA MAGNA, <i>The punitive turn in Spain. Is the welfare state able to resist it?</i>	281
Juan Manuel MARTÍN GUERRERO, <i>La protección de la investigación biomédica en el Estado Social del futuro</i>	291
Alicia María PASTOR GARCÍA, <i>La práctica convencional de España y Filipinas relativa a los tratados sobre Derechos Humanos en materia de reservas</i>	303
Alejandro SÁNCHEZ FRÍAS, <i>Nuevas medidas contra los combatientes terroristas extranjeros en Europa: ¿un modelo para Filipinas?</i>	317
María Isabel TORRES CAZORLA, <i>Migration from the Spanish and the Philippines perspective</i>	335
Angel G. VALENZUELA SERRANO, <i>El Estado del bienestar. Un reto para la democracia</i>	349
Pablo SÁNCHEZ-MOLINA, <i>El origen de la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos</i>	375

Recensiones

<i>Colección «Debates Constitucionales», Marcial Pons – Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, por Ignacio Álvarez Rodríguez</i>	395
Encarna CARMONA CUENCA (Ed.), <i>La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos</i> , por María Macías Jara	401
María Jesús GARCÍA MORALES: <i>Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico</i> , por Vicente Juan Calafell Ferrá	421

Estudios de Deusto

Volume 66, Issue 1, January-June 2018

Table of Contents

Special Issue: Globalization and the welfare state: current constitutional debates in Europe and Asia

Ángel RODRÍGUEZ, *Presentación* 15

Studies

Ruben F. BALANE, *Las raíces españolas del Derecho filipino* 23

Miguel REVENGA SANCHEZ, *La Constitución de Cádiz y la filipina de Malolos: Similaridades y diferencias* 33

Miguel AGUDO ZAMORA, *La posición constitucional de los derechos sociales en España* 59

Ngina Teresa V. CHAN-GONZAGA, *Bases constitucionales de los derechos sociales en Filipinas* 81

Sedfrey M. CANDELARIA, *La protección internacional de los derechos sociales: una perspectiva internacional* 107

Alvin P. ANG, *La globalización y su impacto en el concepto del Estado del bienestar en países desarrollados y en desarrollo* 117

Tanya Karina A. LAT, *La democracia filipina y sus descontentos: la promesa fallida de la justicia social bajo la Constitución del poder popular de 1987* 133

Notes

José Manuel DE TORRES PEREA, *¿Puede la interpretación y aplicación que del Derecho privado haga el juez ser determinante en la subsistencia del estado de bienestar?* 161

Miguel GUTIÉRREZ BENGOCHEA, <i>The maintenance of public pensions</i>	171
José Manuel CABRA APALATEGUI, <i>On the structure and limits of social rights</i>	197
Rafael RUBIO NÚÑEZ, <i>The crisis and its challenges for democracy. Towards a new political and social contract?</i>	215
Andrés BAUTISTA HERNÁEZ, <i>Un estudio comparado sobre el Derecho internacional de desastres aplicable a España y Filipinas</i>	235
María Dolores CABELLO FERNÁNDEZ, <i>The shared ownership of agricultural exploitations as a «bidirectional» measure</i>	253
Deborah GARCÍA MAGNA, <i>El turno de lo punitivo en España. Lo resistirá el Estado del bienestar?</i>	281
Juan Manuel MARTÍN GUERRERO, <i>The protection of biomedical research in the Welfare State of the future</i>	291
Alicia María PASTOR GARCÍA, <i>The Conventional practice of Spain and the Philippines concerning human rights Treaties in reserves</i>	303
Alejandro SÁNCHEZ FRÍAS, <i>New measures against foreign terrorist fighters in Europe: a model for the Philippines?</i>	317
María Isabel TORRES CAZORLA, <i>La migración desde la perspectiva de España y Filipinas</i>	335
Ángel G. VALENZUELA SERRANO, <i>The Welfare State. A challenge for democracy</i>	349
Pablo SÁNCHEZ-MOLINA, <i>The origin of the Human Rights greater protection clause</i>	375

Book reviews

<i>Colección «Debates Constitucionales», Marcial Pons – Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, by Ignacio Álvarez Rodríguez</i>	395
Encarna CARMONA CUENCA (Ed.), <i>La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos</i> , by María Macías Jara	401
María Jesús GARCÍA MORALES: <i>Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico</i> , by Vicente Juan Calafell Ferrá	421

**Monográfico:
Globalización y Estado
del Bienestar. Debates
constitucionales actuales
en Europa y Asia**

GLOBALIZATION AND THE WELFARE STATE:
CURRENT CONSTITUTIONAL DEBATES IN EUROPE
AND ASIA. A PRESENTATION*

*Globalización y Estado del bienestar:
debates actuales en Europa y Asia. Una presentación*

Ángel Rodríguez
Full Professor of Constitutional Law
University of Málaga (UMA)
angel.rodriguez@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp15-20](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp15-20)

Recibido: 20.06.2018

Aceptado: 25.06.2018

Jean Monnet, one of the founding fathers of the European Union, once said that “Nothing is possible without men, but nothing lasts without institutions”. This is also true for academic initiatives. After more than sixty years of a generalized mutual indifference (although with some notable exceptions) between legal academics from The Philippines and Spain, new links were re-established in the early years of the present decade. The reflourishing was the result of the passionate efforts of two remarkable scholars from both countries, namely professor José Manuel Torres Perea, a promising lecturer of Civil Law at the University of Málaga (UMA), Spain, and the renowned and highly praised *maestro* of several generations of Filipino jurists, professor Ruben Balane.

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Rodríguez, Ángel. 2018. “Globalization and the welfare state: current constitutional debates in Europe and Asia. A presentation”. *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 15-20. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp15-20](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp15-20).

The story of how Torres Perea and Balane got in contact also deserves a brief explanation: in his pursuit of materials for teaching Spanish Civil Law in English, Torres Perea was astonished to learn that the Spanish Civil Code was mirrored some twelve thousand kilometers to the East by the Filipino Civil Code. When he phoned the Education *attaché* at our Embassy in Manila to ask him who was the most prominent civil law professor of The Philippines, our Malaga professor was directed to Professor Balane. By then, Balane had been for years the most significant defender of the need to study the law of Spain in order to interpret correctly the private law of The Philippines. In his view, Spanish law could not only be taken as the old common root of both legal orders, but was also the right place to search into the proper meaning to be given to legal institutions that still lasted in Filipino private law and that could not be rightly understood exclusively in the light of the common law tradition imported to The Philippines by the American domination. It must be remembered that Spanish civil law doctrine and jurisprudence were widely studied and commented on in The Philippines until a few decades ago, and that Spanish was still the language in which the Supreme Court of the Philippines deliberated and rendered their decisions (before translating it into English) until the 1950s. It is noteworthy that the last doctoral dissertation on the law of the Philippines submitted and defended in the University of Madrid by a Filipino scholar, was written in 1960 in Spanish.¹

However, by the beginning of the 21st century, the Spanish law approach to the study of the law of The Philippines had been reduced to a minimum. Not surprisingly, when Professor Balane received the first e-mail from Torres Perea, he thought that a new opportunity to fill the gap could now be re-opened. And they both decided no to miss out on it.

Needless to say, numerous things have changed in both countries since Spain left The Philippines. The language, to start with. For better or worse, Spanish is no longer the vehicular language of the Filipino intellectual élite. In just one generation, English took the place of Spanish. But, at the same time, English has become the new *lingua franca* within the European Union (replacing this time French), and an increasing number of Spanish lawyers or who work in the legal field as academics are now fluent in it. Nowadays, English, not Spanish, is the language in which we Filipino and Spanish legal scholars interact with each other. Moreover, our dialogue is now enriched,

¹ The thesis, entitled «El derecho civil y las fuentes del derecho en el sistema jurídico filipino. Estudio analítico y comparativo» was authored by César TIROL Y TAYENCO and supervised by Professor Antonio HERNÁNDEZ GIL. It has been uploaded to the Spanish and Philippine Law Archive website at the UMA, at <<https://www.uma.es/spanish-philippine-law-archive/info/112805/legal-research/>>

since Filipinos and Spaniards not only shared a legal tradition in the past, but also face similar legal challenges in the future, those posed by the regional processes of integration both in Europe and in Southeast Asia, led respectively by the European Union (EU) and the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN).

It was in this context that professors Balane and Torres Perea managed to find their way to, step by step, giving a new impulse to the strong academic relationship that once-upon a-time existed between Spain and The Philippines. Thanks to the Internet (another example of how the new scenario has nothing to do with the old one), a couple of on-line meetings between legal scholars of both countries, plus others coming from the Latin-American region, were organized. In those virtual conferences, around fifty specialists, mainly in civil law, gathered in the cloud to debate on relevant topics of mutual interest.

By that time, what had started thanks to an individual act was ready to become institutionalized. And institutionalization appeared. But, here again, the attitude of individuals leading the institutions was deemed to be crucial. Two law school deans came on the scene: Dean Juan José Hinojosa, from the Law Faculty of the University of Málaga, and Dean Sedfrey Candelaria, from the Ateneo de Manila Law School. Both Law Schools, under their direction, did their best to support the Torres Perea – Balane idea, so that it progressed and reached consolidation. The First Scientific Congress on the Private Law on The Philippines and Spain was held at the University of Málaga Faculty of Law in the spring of 2015. Fifteen professors and Deans from a handful of Filipino universities came to our Málaga Campus at Teatinos to meet a similar number of Spanish colleagues (it was then that Torres Perea and Balane met for the first time). One year later, in June 2016, the Ateneo de Manila School of Law organized the Second Congress at their Rockwell premises at Makati city, Manila. And the following year, once again, it was Malaga's turn to host the Third Congress of the series.

In the meantime, new initiatives have taken place. Among them, an *Erasmus Plus* Action, sponsored by the European Union, has been launched with the purpose of supporting academic links between Spanish and Filipino Schools and Faculties of Law. New Universities, starting with the University of Philippines (UP) and the University of Deusto in Spain, have joined the original Ateneo and UMA team. Up to June 2018, while the Fourth Congress was taking place once again at Ateneo, six undergraduate students from University of Malaga Faculty of Law had received grants to spend one semester at Ateneo de Manila Law School and three from Ateneo were ready to do the same at the UMA; two graduate students from UP and Ateneo had been granted their enrolment in the doctoral program in Law at Málaga University, one of them with a view to obtaining a double degree under a *cotutelle*

scheme UP-UMA, and the exchange of teaching staff was also under way. Moreover, a Fifth Congress was scheduled for 2019 at the University of Deusto School of Law.

It is on the behalf of the academic committee of the Third congress, which I had the honor to co-chair with my colleague and friend Dean Sedfrey Candelaria, that I am writing this presentation. Jean Monnet was right when he underlined that nothing is possible without individuals and nothing can continue without institutions. But, from an academic point of view, one could speak of another phrase to complete his *dictum*: in the academy, nothing can survive without a publication. Until now, all three Congresses held on the Law of The Philippines and Spain have been published, and hopefully the same will happen with the forthcoming Fourth and Fifth.

The proceedings of the First Congress were published in a book edited by the UMA.² The Second Congress was published in volume III of the *Philippine Journal of Legal Education* (2016). And now the contributions to the Third Congress are published here thanks to the generosity of *Estudios de Deusto*, one of the leading Spanish periodicals in the field, and the kindness of the director, Professor Luis Gordillo, who attended the Congress as an invited speaker.

The Third Congress, held at the University of Málaga School of Law on the 10th and 11th of May 2017, was, very much in the same as of the First and the Second, a clear academic success. The theme of the Congress was “Globalization and the Welfare State: current constitutional debates in Europe and Asia”, which clearly shows that the original idea of a series of congresses on the “private” law of both countries has been exceeded by the topics and professors involved, who as a matter of fact cultivate a wide range of disciplines. Eight contributions to the Congress are published in this volume.

Contributions from The Philippines have been written by Ruben Balane, Professor of Civil Law at the University of The Philippines and Ateneo de Manila, and four other brilliant professors from Ateneo de Manila School of Law, namely Ngina Teresa V. Chan-Gonzaga, Professor of Constitutional Law and Civil Law; Sedfrey M. Candelaria, Dean and Professor of Constitutional Law, Political Law and Public International Law and Head of the Research, Publications and Linkages Office of The Philippine Judicial Academy – Supreme Court of the Philippines; Alvin P. Ang, professor of the Department of Economics of Ateneo Loyola Schools and Director of the Ateneo Center for Economic Research and Development; and Tanya Karina A. Lat, Professor of Legal Profession, Ethics, Logic Philosophy and Theology.

² José Manuel TORRES PEREA (editor) *Studies on Spanish –Philippine Private Law*, Málaga, Eumednet, 2015. An on line version of the book can be found at <www.eumednet.net>

The Spanish contributors that appear on this volume are Miguel Revenga Sánchez, Full Professor of Constitutional Law at the University of Cádiz, Miguel Agudo Zamora, Full Professor of Constitutional Law at the University of Córdoba and Rafael Rubio, Associate Professor of Constitutional Law at the Universidad Complutense de Madrid and Subdirector of the Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

The first panel of the Congress, dedicated to the common legal heritage of both countries, was opened by a masterpiece by Professor Balane on the Spanish Roots of Philippine Law, and followed by a clarifying study by Professor Revenga on the similarities and differences between the first Constitution of Spain, that is, the Constitution of Cádiz (1812), and the first Constitution of The Philippines, the Constitution of Malolos (1899). The second panel of the Congress was dedicated to the status of social rights and the social challenges of globalization. Professors Agudo, Chan-Gonzaga and Candelaria review the constitutional status of social rights in both countries and the role played therein by International Covenants, while Professor Ang scrutinizes, from an economic point of view, the impact of globalization and the ASEAN on the Welfare State in The Philippines. Finally, a third panel studied different aspects of the crisis of democratic participation in both countries. In this respect, Professor Rubio addresses the question of the extent to which a new social contract is needed in the 'new politics' scenario in Spain, and Professor Lat at the discontent in the present time Filipino democracy.

In addition, also published as research notes were a selection of twelve of the approximately thirty communications received by the Congress, authored by Spanish professors and researchers and covering different disciplines, from Civil Law to Criminal Law, from Constitutional Law to Public International Law.

I would also like to express our gratitude to all the institutions that made a contribution to funding the Congress, especially the *Instituto de Derecho Público* of the Universidad Rey Juan Carlos of Madrid and the General Foundation of the UMA. And, last but not least, to mention the extraordinary work of the working committee of the Congress, under the coordination of Pablo Sánchez-Molina, efficiently assisted by seven undergraduate students of University of Málaga School of Law who volunteered for the Congress. Some of them were eventually selected to spend their semester at Ateneo de Manila. Their names are as follows: Bárbara González Mira, Ana Carmen Florido Fernández de Cordona, Herminia Muriel Jiménez, Julia Martínez Guzmán, Samanta Gil Madsen, Maïna Vergonjanne and Daniel Martín Vegas.

As can be seen, the volume I have the honor to introduce is bilingual: contributions both in Spanish and in English were presented to the Congress and they have been published in the same language they were submitted in. But

do not be mistaken. Bilingual as it may be, the volume speaks just one language: the language of the Rule of Law, the best raw material to build on the new and a much needed bridge to foster relations between the Filipino and the Spanish academic communities.

Let me finish with a poem. Unsurprisingly, it is an excerpt from *Mi último adiós*, the last piece written by José Rizal, the Filipino national hero, just a few hours before he was executed by order of the Spanish Governor at *Intramuros*, the old Manila Village, in 1896. In the poem, the author illustrates his dreams about the future of his Motherland. Rizal wrote it himself in Spanish, so I will quote it from the original:

*“Mis sueños cuando apenas muchacho adolescente,
Mis sueños cuando joven ya lleno de vigor,
Fueron el verte un día, joya del mar de oriente,
Secos los negros ojos, alta la tersa frente,
Sin ceño, sin arrugas, sin manchas de rubor”*

It can be safely assumed that José Rizal would also share our dream of today. The dream of a renewed, brotherly, robust and durable academic relationship between legal academics and practitioners of Spain and The Philippines.

To all of them who are contributing to this dream, *Salamat!*

Málaga and Manila, June 2018

Estudios

THE SPANISH ROOTS OF PHILIPPINE LAW*

Las raíces españolas del Derecho filipino

Rubén F. Balane

Professor of Civil Law

University of the Philippines, Ateneo de Manila University
and University of Santo Tomás

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp23-31](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp23-31)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

A principios del siglo XVI un barco español capitaneado por Magallanes desembarca en lo que hoy en día se conoce como las Islas de Filipinas. Desde el año 1565 al 1898 España mantuvo su soberanía en el territorio. Hasta entonces, las islas eran administradas desde la Ciudad de México y controladas a través del puerto de Acapulco. Durante este periodo, las Islas de Filipinas se regían por la normativa española: las Partidas, la Novísima Recopilación y la recopilación de las Leyes de Indias. El órgano supremo era la Royal Audiencia, que más tarde se dividió en dos salas: Sala de lo Civil y Sala de lo Penal. Antes de la lograr la independencia, se implantaron en las Islas el Código Penal en 1887 y el Código de Comercio y el Código Civil en 1889. Estos tres códigos han influido enormemente el Derecho vigente actualmente en Filipinas.

Palabras clave

Filipinas; influencia normativa española; derecho filipino.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Balane, Rubén F. 2018. "The Spanish roots of Philippine Law". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 23-31. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp23-31](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp23-31).

Abstract

At the beginning of the 16th century, a Spanish shift captained by Magallanes disembarked in what is today referred to as the Philippines Islands. From 1565 to 1898 Spain maintained her sovereignty over the territory. Until then, the islands were administered from Mexico City and controlled through the port of Acapulco. During this time, the Philippines Islands were governed by the Spanish normative: the *Partidas*, the *Novísima Recopilación* and the *racopilación de las Leyes de Indias*. The supreme judicial body was the *Royal Audiencia*, which was later divided into two divisions: *Sala de lo Civil* and *Sala de lo Penal*. Before gaining independence, the *Código Penal* (1887), the *Código de Comercio* (1889) and the *Código Civil* (1889) were introduced in the islands. These three codes have greatly influenced the applicable law nowadays in Philippines.

Keywords

The Philippines; influence; Spanish normative; Philippines law.

SUMARIO: I. THE MAGELLANIC EXPEDITION. II. POST-MAGELLANIC EXPEDITIONS. III. LAS ISLAS FILIPINAS: SPANISH OUTPOST OF EMPIRE. IV. JUDICIAL SYSTEM IN SPANISH PHILIPPINES. V. LAST-MINUTE REFORMS. VI. THE TWENTIETH CENTURY: CONTINUING INFLUENCE OF SPANISH CIVIL LAW. VII. TWILIGHT: FROM CASTILIAN TO YANKEE. VIII. EFFECT OF THE LANGUAGE SHIFT ON LEGAL STUDIES. IX. SIGNIFICANCE OF THIS CONFERENCE.

I. THE MAGELLANIC EXPEDITION

In March 1521, three ships flying the Spanish flag, made landfall on a small island in the Philippine Archipelago, on the southeastern fringe of the great continent of Asia. They had sailed from the port of Sanlúcar de Barrameda one-and-a-half years earlier, on 20 September 1519, having made their way from Seville down the grand Guadalquivir.

Actually, five ships had set out on the journey from Sanlúcar, but two were lost along the way: one to shipwreck, and another to desertion, on the southern tip of the South American continent.

The commander of the expedition was Portuguese by birth, Spanish by naturalization: Fernão de Magalhaes. His commission: to exploit the spice treasures of the Indies and to colonize whatever lands might be discovered in the region of the Moluccas.

Magellan might have colonized the archipelago which he named *Islas de San Lázaro* but he overplayed his hand and made serious mis-calculations. As a result, he ended up a corpse on the shore of one of the archipelago's tiny islands. He died on 27 April 1521, barely a month-and-a-half after he came ashore. Neither his plan of conquest nor the name he had given to the islands outlived him.

Of the five ships that left the harbor of Sanlúcar de Barrameda on that September day of 1519, only one made it back to its port of origin, dropping anchor there on 6 September 1522. The ship *Victoria* carried 18 of the 265 men who had started on the voyage. She had achieved a historic feat: the circumnavigation of the globe.

But if Magellan's personal dreams perished with him, the dream of a Spanish empire in the Indies did not.

II. POST-MAGELLANIC EXPEDITIONS

In the immediate wake of Magellan's voyage, expedition after expedition was dispatched by the Spanish Crown to retrace Magellan's path and realize his frustrated dream of empire.

Loaisa (sailing from La Coruña in 1525), Sebastian Cabot (sailing from Seville in 1526), Saavedra (sailing from Mexico in 1527), and Villalobos (sailing from Mexico in 1542), all attempted but failed to establish Spanish sovereignty in the region of the fabled spices.

Of those four, my country remembers the Malagueño Villalobos best, for he it was who gave the archipelago the name by which it has permanently come to be known: Las Islas Filipinas.

Success finally came with the expedition commanded by Miguel López de Legazpi, sailing from Mexico in 1564 and arriving in Cebu, in the Central Philippines, in 1565. By a series of brilliant strategies exhibiting remarkable political *savoir-faire*, Legazpi was able to bring the islands under the sovereignty of the Spanish Crown. Establishing his capital in the thitherto Muslim settlement of Manila (which he named *Insigne y Siempre Leal*) in 1571, Legazpi laid the groundwork for the colonial institutions in the Islands – a *groundwork* so stable that it lasted more than 300 years.

III. LAS ISLAS FILIPINAS: SPANISH OUTPOST OF EMPIRE

From 1565 to 1898, across the broad expanse of two oceans, Spain maintained her sovereignty over the Philippine Islands. Too remote for direct governance, the archipelago was ruled through Spain's American empire – as a *gobernación* of the Viceroyalty of Mexico.

For the greater part of these 333-odd years, the Philippines, like all the other Spanish colonies, was chiefly governed under three main laws: the *Siete Partidas*, the *Nueva Recopilación*, and the *Recopilación de las Leyes de las Indias*. The operation of these laws – taken separately or in relation to one another – was never very clear. The result was, frequently, confusion, inefficiency, corruption, and delay.

The chaotic state of colonial law is picturesquely described by *Sinibaldo de Mas*, Spanish economist and diplomat, who had been dispatched to Manila in the mid-nineteenth century by the central government. In a three-volume report entitled *Informe Sobre El Estado de las Islas Filipinas en 1842*, Sinibaldo de Mas minced no words about the colonial justice system:

“The Leyes de Indias, compiled in 1754, and all the previous decrees and royal orders before that time still rule in Filipinas, in addition to the decrees and edicts of governors-general. Of all this there is nothing, or very little, printed. The advocates generally know the laws in force by tradition and hear-say, but when they need any of the laws they have to look for it in the house of some friend, or if not that, in the secretary's office of the government, whence very frequently, it has disappeared, or in the office of the fiscal, or that of the intendant; because some orders are

communicated by [the Ministry of] Grace and Justice, and others by the treasury or by other ministries. He who has no relatives or is new in the country is ignorant of the rules in force, or has not the means of acquiring them. Besides so far as they are not overthrown by the *Leyes de Indias*, the laws of the *Siete Partidas* have as much force as do the latest *Recopilación [de las Indias]*, Roman law, royal and old law, and, in fact all the confused mass of the Spanish codes. Consequently, it is a vast sea in which are found abundantly the resources necessary to mix up matters and stultify the course of justice.”

IV. JUDICIAL SYSTEM IN SPANISH PHILIPPINES

The supreme judicial body in the colony was the *Royal Audiencia*, established in 1584, headed by the Governor-General.

In 1861, the *Audiencia* was reorganized and divided into two divisions (*Sala de lo Civil* and *Sala de lo Criminal*) with a Chief Justice as its head and eight Associate Justices composing the Court.

In 1893, a further reorganization established two territorial *Audiencias* (Cebu and Vigan) subject to the appellate jurisdiction of the *Audiencia* of Manila.

Below the *Audiencia* were the inferior courts: The Courts of First Instance (established in 1886) and the Justice of the Peace Courts (established in 1885).

It is interesting to note how long this judicial structure lasted. It was not until the 1980's that a general reform of the court system in the Philippines discontinued the use of the terms Court of First Instance and Justice of the Peace Courts.

V. LAST-MINUTE REFORMS

Major reforms did come in the late nineteenth century, with the extension to, and promulgation in, the colony of legislation of far-reaching significance. Among these important laws were:

1. the Spanish Mortgage Law, which systematized the registration of privately-owned land;
 2. the Mining Law;
1. the Copyright Law; and
 2. the Maura Law of 1893, which introduced broad local government reforms and laid the basis for the local-government system effective in the Philippines to this day.

The most significant of the new laws were the three major codes: the *Código Penal*, in 1887; the Code of Commerce, in 1889, and, of course, the *Código Civil*, also in 1889. These three codes formed much of the basis of Philippine private law and endured long after Spain left the Islands in 1898.

The *Código Penal* was not superseded until the Revised Penal Code of 1932.

Portions of the Code of Commerce remain in force to the present day.

The *Código Civil* was in force until 1950, when it was superseded by the Civil Code of the Philippines, which resembles the Spanish Code so closely some scholars consider it an English version of the *Código Civil*.

The importance and effect of these laws cannot be overemphasized. They would have brought about genuine and far-reaching, perhaps radical, reform in colonial Philippines. But introduced as they were at a time when the forces of revolt and independence had percolated to a boiling point among the populace, they came too late.

The Philippine Revolution broke out in 1896. It gave birth to the First Philippine Republic of 1898 – the first in Asia – with a full-dress civil government and a republican Constitution. It was a short-lived republic, for hardly had the Spanish colonial authorities departed when the United States imposed its rule over the Islands. By 1901, an American civil government was in place in Manila.

VI. THE TWENTIETH CENTURY: CONTINUING INFLUENCE OF SPANISH CIVIL LAW

The Americans set up a structure of civil government in the Philippines, but the influence of Spanish law did not die. On the contrary, it continued to grow and flourish. For one thing, both the Civil Code and the Code of Commerce – being laws of a non-political nature – remained in force. For another, young Filipinos in increasing numbers were enrolling in the law schools and with the passage of the years became the law practitioners, the judges, the law teachers, and the legal scholars of the new American colony.

At the end of the Spanish sovereignty at the turn of the new century, there were only two law schools in the Islands: the *Facultad de Derecho Civil* of the University of Santo Tomás and the *Escuela de Derecho*. Both schools taught the law courses in Spanish. In 1911, the newly-founded University of the Philippines opened a law school, conducting its courses in English. In quick succession, more law schools were established, all using the English language as medium of instruction.

In the beginning, all the products of the law schools were Spanish-speaking and all of them studied the Spanish Codes still in force in the Philippines. Together with the codal provisions, those law students studied the

commentaries of the eminent scholars who had written treatises on the Spanish codes. In the field of civil law, the names of the great Spanish commentators of the age became legends and by-words: Manresa, Sánchez Román, Valverde, Navarro Amandi, Díaz Martínez, Scaevola, Puig Peña, De Buen, and (later) Castán. The Philippine Supreme Court cited and quoted the works of these Spanish *jurisconsults*, sometimes critically, but most often approvingly and even reverentially. Their names became part of the jargon of Philippine law. If these names inspired respect in Spain, in the Philippines they inspired reverence.

In time, as already pointed out, these young Filipino students of law became prominent lawyers and scholars, and a number of them started writing commentaries on civil law and other fields. The students of yesterday had become the authorities and *gurus* of the succeeding decades. Home-grown legal legends sprouted, doing justice to their Spanish counter-parts, all of them immersed in the works of the Spanish commentators. In civil law emerged the names of Arellano, Bocobo, JBL Reyes, Tolentino, Padilla, Caguioa, Parás, Jurado. Vítug, Abad Santos, Aquino – everyone of them a titan of civil-law scholarship. They loomed gigantic, larger than life, for they stood on the shoulders of their Spanish mentors. The intellectual tradition from whose waters they drank was formed by the great civilists of the post-Spanish-Civil-Code era. The bonds of Spanish sovereignty may have been severed but the links uniting Philippine law to Spanish law had remained firm, not the least because all these Filipino civilists continued to be proficient in the Spanish language, thereby keeping the linguistic doors open.

VII. TWILIGHT: FROM CASTILIAN TO YANKEE

But gradually – and unnoticed by many – twilight was descending on the landscape. The Spanish language was slowly dying in the Philippines. The American public school system, print media, post-World War II political developments, and (not least) Hollywood and Tin Pan Alley were making English the *lingua franca* of the Philippines. By the 1950's the young men and women of the Philippines could no longer speak the language in which their parents conducted educated conversation. English had displaced Spanish in the Philippines. We were reading, no longer García Lorca and Darío, but Longfellow and Hemingway (and worse, trashy romantic novels in sub-standard English).

If our fathers recited:

*Juventud, divino tesoro,
Ya te vas para no volver,
Cuando quiero llorar, no lloro ...
Y a veces lloro sin querer ...*

We were reciting:

The curfew tolls the knell of parting day,
The lowing herd wind slowly o'er the lea,
The ploughman homeward plods his weary way,
And leaves the world to darkness and to me

VIII. EFFECT OF THE LANGUAGE SHIFT ON LEGAL STUDIES

The repercussions of the linguistic shift on legal scholarship were cataclysmic. A symptom may be detected in one tell-tale development. Supreme Court Justice JBL Reyes (perhaps the greatest Filipino civilist) once recounted to me that when he was appointed to the Supreme Court in 1954, the deliberations of the Court were exclusively in Spanish. In 1961, however, a new Chief Justice was appointed to succeed Ricardo Parás, who had retired. The new Chief Justice – Cesar Bengzon – an eminent jurist, who later became a judge of the International Court of Justice, began to conduct deliberations in English, because, although fluent in Spanish, he was more comfortable with English.

This linguistic shift was obvious in the younger generation of authors and commentators in Civil Law. This post-World War II generation is almost exclusively English-speaking, familiar with Shakespeare but not quite on speaking terms with Cervantes. As a result of this unfamiliarity with Spanish (and the other languages of the European homeland of the civil law tradition) there is a growing tendency on the part of these younger commentators to turn to American sources as their authorities, even in the field of civil law. The mismatch is many times painfully obvious, since American private law is not the well-spring of Philippine private law.

Now, there is nothing wrong for Filipino legal scholars to deepen their common-law roots. The Philippine legal system is a blend of the two great legal traditions of the world. Our public law is largely derived from the common-law tradition. Obviously, we have to turn to that legal tradition for a broader and deeper understanding of those lofty principles of justice and liberty enshrined in the Bill of Rights of our Constitution.

By the same token, however, we have to return to our civil law roots to revitalize those fundamental concepts of our private law, to drink once more from the waters springing from the fountainhead of our own private-law tradition.

IX. SIGNIFICANCE OF THIS CONFERENCE

It is in this context that this series of conferences that we started in this beautiful city in 2015 acquires profound significance. By coming together

in this manner, we acknowledge the crucial need to re-establish links, to reopen doors, to water the roots of our shared tradition – and for us Filipinos, to reconfirm our own *Hispanidad* as an essential aspect of what it is to be Filipino. The burden is mainly on us Filipinos. But what we started here in Málaga, the seeds we sowed in 2015 and continue to nurture to life today, may be the beginning of something meaningful, and valuable, and lasting; a new adventure, a rediscovered path, to knowledge, scholarship, and brotherhood.

THE CONSTITUTION OF CÁDIX
AND THE FILIPINO OF MALOLOS:
SIMILARITIES AND DIFFERENCES*

*La Constitución de Cádiz y la filipina de Malolos:
Similitudes y diferencias*

Miguel Revenga Sánchez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz
miguel.revenga@uca.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp33-58](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp33-58)

Recibido: 12.04.2018
Aceptado: 25.06.2018

Resumen

El principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis comparativo de la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución de Malolos de 1899. Comenzaremos exponiendo el contexto histórico-político en que cada una de ellas fue aprobada para posteriormente pasar a estudiar varios aspectos fundamentales: sus estructuras, su definición de la soberanía, la forma de gobierno que implantan, la separación de poderes y los derechos fundamentales reconocidos.

Palabras clave

Constitución de Cádiz; Constitución de Malolos; estructura; soberanía; forma de gobierno; separación de poderes; derechos fundamentales.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Revenga Sánchez, Miguel. 2018. "The Constitution of Cádiz and The Filipino of Malolos: Similarities and differences". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 33-58. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp33-58](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp33-58).

Abstract

The main purpose of this paper is to provide a comparative analysis of the Constitutions of Cadix of 1812 and Malolos of 1899. We will begin by explaining the historical and political context in which each of them was approved, to then continue studying some essential aspects: their structures, their definition of sovereignty, the forms of government implanted, the separation of powers and the fundamental rights recognized by them.

Keywords

Constitution of Cadix; Constitution of Malolos; structure; forms of government; separation of powers; fundamental rights.

SUMARIO: I. COMPARING CONSTITUTIONS; COMPARING CADIX AND MALOLOS. II. THE STYLE AND THE STRUCTURE OF THE TEXTS. III. THE DEFINITION OF SOVEREIGNTY, THE FORM OF GOVERNMENT AND THE SEPARATION OF POWERS. IV. PROCLAMATION AND GUARANTEE OF RIGHTS. V. FINAL REMARK THE VIRTUE OF THE CONSTITUTIONAL COMMITMENT. *BIBLIOGRAPHY. APPENDIX: CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF PHILIPPINES OF 1899 (MALOLOS CONVENTION).*

I. COMPARING CONSTITUTIONS; COMPARING CADIX AND MALOLOS

In Constitutional Law, the comparison has always been a very good tool to capture the features of the Constitutions. These obey to historical contexts that give each of them their reason d'être. But the repertoire of techniques used to try to answer the questions that arise during the process of the drafting is quite limited, and comes from a laboratory, the constitutional experimentation, which doesn't invite to be very imaginative. The history of constitutionalism is as old as the human attempt to subject the exercise of political power to certain conditions in order to establish a suitable government. But the history of written constitutions is much shorter and does not go back beyond the era of the Revolutions of the late eighteenth century. It is the moment at which the belief in the value of a written document consolidates, a document to which intrinsic qualities are attributed: first at all to put the basis of the political power in the consent of the governed, and at the same time to orient the power towards the fulfilment of determined worthy objectives of the social life. At the very starting point, the more condensed formulation of what is intended with the production of a written constitution is perhaps the famous article 16 of the French Declaration of the Rights of the Man and the Citizen. There the existence itself of the Constitution is tied up to the presence to a couple of conditions, without whose effective accomplishment the above mentioned social life is not worth to be called constitutional life. Such conditions, the separation of powers, and the recognition and guarantee of certain rights, represent, as we say, a minimal substratum of conditions from which can be understood in what consisted the transformations sought by drafting constitutions. They serve also to give us the measure of the triumphs and failures that has accumulated modern constitutionalism along its trajectory. And at the same time, and in a not less important way, to capture the variations that result in time and space, of the ways in which both elements have been designed, combined and implemented during the last two hundred years.

To speak about original Constitutions is therefore something very relative and somewhat banal. There are, of course, more or less influential contributions

and combinations of things that turn out to be different understandings of the Constitution. From the same common trunk of the history of written constitutions, soon break off the contrast between a European concept, and an American one. But both are inspired in the same ideological sources and both can be explained by reference to the commitment to the two basic requirements of the above mentioned article of the Declaration of 1789. To speak about European conceptions demands, furthermore, the plural, because the sequence represented by the first three European written Constitutions – the French Constitutions of 1791, 1793 and 1795, all of them reflecting the vicissitudes of the revolutionary period – are by themselves the best example of different ways to combine the essential elements enshrined in the idea of Constitution.

Any exercise of comparison requires an equilibrate combination of dose of abstraction with dose of concretion. Abstraction to identify the underlying categories and to catch the conductive threads of the texts submitted to contrast. And concretion to be aware of the variations and details, since it is to these what it is necessary to attend in order to capture the spirit of the text. This and that are particularly relevant when it comes to compare texts, rather than constitutional experiences. And it is important to emphasize that, speaking in general terms, such it is the case of the Constitutions of Cadix of 1812 and Malolos of 1899. Cadix and Malolos are basically two experiments of constituent debate with a text as a result, but without sufficient application as to speak of the text as a living, established and enforced Constitution. Cadix scarcely was in force 6 years and in a discontinuous way: the two years that elapsed since its approval in March 1812, until the return to Spain of Fernando VII in 1814, the triennium (called constitutional) 1820-1823, and a few months during 1837. The Constitution of Malolos, barely a couple of months, and in warlike circumstances. Yet either are influential texts, which have attracted considerable attention. Possibly his character somewhat frustrated fed the myth of Constitutions which represent in both cases the very beginning of a constitutional journey abruptly interrupted and, for that reason, glorified and cherished. Malolos and Cadix, Cadix and Malolos remain in the memory as seminal and decisive texts for the affirmation of the Nation as a political subject, full and independent. In Cadix the impulse for it came from the invasion of the Spanish territory for the Napoleonic troops and the attempt to impose to the Spanish people a king and a Constitution. In Malolos, it will be the anxieties of independence of the Philippine people that act as a fuse of the constitutional operation... Despite the diversity of circumstances and despite the temporal distance that separates the two texts – which also explains some of the factors that clearly differentiate them – the two Constitutions share the features of the same historical destination.

It has been much discussion about the sources of the Malolos Constitution and on the major or minor influence that could have had on it the text of

Cádiz. It is out of doubts that the authors of the *katipunera* Constitution knew the Cádiz text. Cádiz had remained in the collective imagination of nineteenth-century liberalism as a radical text of advanced character, especially for contrast with the commitments (and waivers) that had become set in the Spanish Constitutions of 1845 and 1876. The memory of the participation of Ventura de los Reyes in the Cádiz Assembly as delegated for the Philippines, surely was in the minds of Emilio Aguinaldo, Felipe Calderon, Jose Rizal, Marcelo del Pilar, Apolinario Mabini and the other “Founding Fathers” of the Philippine text, who mentioned it in glowing terms. However, the Malolos Constitution, on its face, has a much clearer impact of the Spanish Constitution of 1869, which was the result of the Spanish “Glorious” Revolution that ended the Elizabethan monarchy and the old system implemented by the Constitution of 1845. The influence of the 1869 Constitution has a logic that is due not only to the temporary sequence, ie the closer proximity of this “revolutionary” Constitution, but also to the fact that the text of 1869 has, in turn, received a great impact of the U.S. Constitution, the other great vein of constitutional experience, which up to that time had been “reconstructed” following the trauma of the Civil War.

II. THE STYLE AND THE STRUCTURE OF THE TEXTS

An interesting first contrast between the Constitutions of Cádiz and Malolos has to do with issues related to the style and structure of the texts. With its 384 articles, Cádiz is considered the largest and most exuberant of all Spanish Constitutions. Cádiz is very original for many reasons. First, it is assumed that the constituents that gathered in Cádiz assumed an almost impossible challenge: to refuse the French constitutional heritage, presenting the Constitution as a product fully in tune with the Spanish legal tradition. As it is known, this is the leit motif of the famous Preliminary Discourse whose authorship is attributed to Agustín de Argüelles. Such a claim seems just a strategy to avoid accusations of “francesismo”. But it is true that the debate about how to make a transition from the Old Regime to the constitutional one left its mark on many provisions of the Constitution. The originality of Cádiz also lies in its determination for using the Constitution as an instrument of political integration of a real sum of territories dispersed in three continents and, among them, the Philippines. Cádiz appears as a text of universal projection, which repudiates the colonial logic enshrined in the French Constitution of 1791. Without coming to the point of abolishing slavery, Cádiz extends citizenship rights to indigenous peoples, and recognizes and encourages the role of “constitutional” municipalities everywhere. This makes of the problems related with the political representation and the territorial distribution of power something very much complex and tortuous. In fact, Title III of the

Constitution, succinctly called “the Parliament” (*Las Cortes*), devoted to regulate the election and powers of the Parliament, occupies no less than 140 articles (from Article 27 to Article 167). And the Constitution has in addition a Title VI, in which there is a regulation of the internal government of the provinces and municipalities. As a whole, the Constitution has ten Titles, which are dealing with the foundations of sovereignty and the definition of the Nation (Title I), the territory of the *Españas* (in the plural), their religion and citizenship status (Title II), the Parliament (Title III), the King (Title IV), the Administration of Justice (Title V), the government of municipalities and provinces (Title VI), the contributions (Title VII), the Military Force (Title VIII), the Public Instruction (Title IX) and the Observance of the Constitution (Title X).

In contrast, the Malolos Constitution, with its 93 articles, plus eight Transitional Provisions and one Additional is a model of concision and sober style. Already in the Preamble, the baroque of Cadix, with its extensive Preliminary Discourse and enactment formula, is completely opposite to the simplicity with which Malolos enunciates its aims, in scarcely six lines in which the resounds the eco of the U.S. Constitution: “We, the Representatives of the Filipino People, legally convened to Establish justice, Provide for the common defense, Promote the General Welfare and Ensure the blessings of liberty, imploring the aid of the Sovereign Lawgiver of the Universe in order to Obtain These Objectives, have voted, decreed and approved the following Political Constitution “. The Constitution of the Spanish Monarchy in Cadiz proclaiming “in the name of almighty God, Father, Son and Holy Spirit, author and supreme legislator of society” is in Malolos, only a Constitution imploring aid (but does not speak on behalf of) the Supreme legislator of the Universe. And with a decidedly dry and devoid of rhetoric, the Malolos Constitution develops its arguments in fourteen titles, some of which consists of only one or two Articles. Titles are devoted to the definition of the Republic (Title I), the Government (Title II), Religion (Title III), the rights of Filipinos (Title IV), the Legislative Power (Title V), the Permanent Commission of the Assembly (Title VI), the Executive (Title VII), the President of the Republic (Title VIII), the Secretaries of Government (Title IX), the Judicial Power (Title X), the Provincial and Popular Assemblies (Title XI), the Administration of the State (Title XII), the Amendment of the Constitution (Title XIII) and Constitutional Observance, oath and language (Title XIV).

III. THE DEFINITION OF SOVEREIGNTY, THE FORM OF GOVERNMENT AND THE SEPARATION OF POWERS

The Cadix Constitution was written thinking in the return to Spain of the King Fernando VII, who was captive in France. Once he came back from

France, in 1814, this ill-fated Monarch disregarded the will of the Nation and proclaimed void and without effect the entire Constitution. But that is another story. What matters in Cadix is that the definition of the National Government as a “moderate and hereditary monarchy” (Article 14) takes for granted the emphatic declaration of national sovereignty that appears in the first three articles of the text: the first for defining the Spanish Nation (“the meeting of all Spaniards in both hemispheres”), the second to repudiate old conceptions related to the concept (“the Spanish Nation is free and independent, and is not, nor can it be, the patrimony of any family or person”), and the third, to affirm where it resides and which are its attributes (“resides essentially in the Nation and, therefore, the right of establishing its fundamental laws belongs to it exclusively) it belongs exclusively to the right to establish its fundamental laws themselves, but not its form of government, which was coming, as we say, predetermined. It can be said without exaggeration that the main issue in Cadix was how to make compatible the proclamation of the sovereignty of the Nation with the commitment with a monarchical form of government. The answer lies in the design of the separation of powers. As was customary at that time the Constitution grants to the King the Executive (“The power to enforce laws resides in the King”, says Article 16), and to the Parliament with the King the Legislative power (“The power of making laws resides in the *Cortes* with the King”, says Article 15). Outside stays the Judicial power for applying the law in civil and criminal, as proclaimed in Article 17, and develops Title V of the Constitution. On similar constitutional foundations as those we have just reproduced, was developed in Europe that paradigm of a flexible separation of powers that is the parliamentary form of government. It did so to diverse speeds and with notable variables of country to country, beginning with the pioneering example in the matter that is, of course, England. But the problem of Cadix was to establish those bases in a way, so to say, blindly, in complete absence of precedents and reflecting prejudices against a balanced formula of distribution of power between King and Parliament. What today seems to us to be quite simple, because we have removed the King of the circuits of the political decision (Parliamentary Monarchy), at that time was extremely complicated. And what came to demonstrate the experience of constitutional triennium (1820-1823) is that Cadix had established a system that was inviting to the conflict between both powers. It was also a system clearly unbalanced to the detriment of the King and in favour of Parliament. The Constitution provided, in effect, the automatic summons of the Parliament and the renovation of the deputies to a fixed cadence, without considering the possibility of a right to dissolve Parliament in the hands of the King, and in disposition to act as a counterweight of the political pressure on the executive branch. It was limiting, in addition,

the access to the parliamentary sessions of the King's Secretaries and prevented them from being present in the voting (Article 125). Furthermore, the King's right to veto laws, which was then an essential function to effectively participate in the exercise of legislative power, was only recognized with a temporal character. All this, along with the long list of restrictions on the authority of the King, which are read in Article 172, is enough to have an idea of the conceptions that prevailed in the Constituent Assembly, in which, for some commentators, was established a kind of *impossible Monarchy*.

The eighty-seven years between the adoption of the Constitution of Cadix and the proclamation of that of Malolos, in the City of Barasoain, on January 20, 1899, explains many things. The elapse of time explains, for instance, the evolution of the conceptions and theories, from a tentative constitutionalism of the first hour, up to another version of it, much more informed and with clearer provisions. It is curious that the first three articles of the Constitution of Malolos are also devoted, as in Cadix, to the sovereignty, but here the wording of the articles sounds fully contemporary. "The political association of all Filipinos constitutes a nation, whose state shall be known as the Philippine Republic" (Article 1). The Republic is free and independent (Article 2), and her "sovereignty resides in the people alone" (Article 3). Very remarkable and original is certainly what follows immediately afterwards, in the Article 4, which is already part of the Title on the Government. We find there a concatenation of adjectives describing the form of government of the Republic as "popular, representative, alternative (sic) and responsible". There is also a division of power into different branches, which are the three traditional: the legislative, the executive and the judiciary, with a prohibition to assemble them in a single person or corporation. In short: Malolos establishes a form of government not only responsible, but with an adherence to the necessity to have political alternatives, something that today we would call a form of government with opposition guaranteed. This being so, something truly striking in Malolos text is the absence of provisions relating to the electoral system for the appointment of members of Parliament. Article 33 simply says that that the Assembly of Representatives will be organized in the form and conditions determined by the law. And Article 34 reminds that the members of Parliament represent the entire nation and not just to the voters who elected them. But beyond these general provisions there is nothing in the Constitution that allow to guess what would have been the basis of the electoral system, that is, the determination of the constituencies, the distribution of seats among them, the formula of scrutiny and the aptitude to hold voting rights. The right to vote neither appears in the declaration of rights of the Constitution.

For what refers to the form of government, the Malolos Constitution is presidential, but with some features of semi-presidential regime. The Constitution provides a President of the Republic chosen for a period of four years

(with the possibility of re-election) by an ad hoc Assembly formed by the members, so to speak, ordinary of the Parliament and a number of special Representatives (Article 58). The President shares with the Assembly the legislative initiative, has a temporal veto over the laws approved by the Parliament, and is the owner of the Executive power, with an authority that spreads to everything leads to the preservation of public order in the interior and state security abroad (Article 60) The President is supported, in the executive tasks by a set of seven Secretaries of Government (Title IX of the Constitution). These Secretaries countersign the acts of the President, and are collectively responsible before the Parliament of the general politics of the Government and individually of their personal acts, as well (Article 75) The President, whose powers are listed in Article 67, is responsible only in cases of high treason (Article 71).

IV. PROCLAMATION AND GUARANTEE OF RIGHTS

Had we to enhance a peculiarity of the Cadix text compared with the normal uses of constitutionalism until then, this would be the absence of a Bill of Rights clearly established in the Constitution. It is no question of not having rights. There are rights and they appear at the very beginning of the text, exactly after proclaiming the “locus” of the sovereignty in the hands of the nation. Then rights appear as one of the targets of those wise and just laws whose approval is a duty for the Nation. It is a question of preserving and protect (not of setting) the benefits of civil freedom and property, a couple of values to which Article 4 adds the “other legitimate rights of all individuals” who compose the nation. What is rejected is to follow the style and technique of the French constitutionalism through a body of rights enclosed in a formal Declaration. This was pointed out during the constituent debates, and thus rights passed to the Constitution, in a way somewhat hidden and shameful: by dispersing and renaming them (formalities, for instance in Title V). Then there is the problem of the foundations of the ownership of rights, which is an approach that no proclamation worthy of the name can escape. Who benefits from the rights cause? Who is concerned about them? In France, the rights had been joined the world of the constitutionalism with a double face: there are rights of man, but there are rights of citizen as well. And the reach of both categories of rights was not equivalent. In this matter Cadix is very much tortuous: first it refers to the Spaniards as all free men born and resident in the Spanish dominions, as well as their children (Article 5); But then comes the citizens, the only ones that have rights related with the representation and participation in public life. This is a category of which woman is excluded, in absolute terms and even without need of express stipulation. But they are also excluded, among others, the natives of Africa (says the

Constitution to refer to slaves), the domestic servants, the debtors in situation of bankruptcy, as well as those lacking an employment or known means of living. The Constitution is also very aggressive in defining the Catholicism as State's religion: "The religion of the Spanish nation is, and shall be perpetually, Apostolic, Roman Catholic, the only true religion. The nation protects by wise and just laws, and prohibits the exercise of any other, whatsoever", reads Article 12 of the Constitution. This manifestation of intolerance was a way of affirming identity, but at the same time it could also have been just a strategy to take to the constitutional consensus the most reactionary spirits. Anyway, the overall result is a text in which constitutional procedures – especially in electoral matters – and religious ceremonials (oaths, Masses and Te Deums) are interlaced far beyond of what would have demanded the autonomy of the constitutional realm. One example: the complex machinery representative, with a three-degree indirect suffrage for the election of the Parliament, starts with the parish registration, which is a requirement without which nothing is possible. Certainly Cadix has also an express proclamation of the freedom of the press, which appears as "freedom of writing, printing and publishing" in Article 371. But it is a freedom which refers only to political ideas, and does not reach the discussion or questioning of religious dogma. In Cadix the most valuable rights are, without doubt, in the provisions that condition the Administration of Justice to the respect of certain requirements and guaranties which continue today forming the legal heritage of any civilized nation: the prohibition of torture, the right to the judge predetermined, the right to be informed about the accusation, the right to be defended, and the the inviolability of the home and *habeas corpus*, for mentioning only some of them.

The contrast with the Malolos Constitution is spectacular. It splits of a Title with an alone Article on religion (Article 5), which is the opposite of Cadix Article 12: the State recognizes the freedom and equality of all religions, and the separation of Church and State Here we have the freedom of conscience and the free exercise of religion as a pre-condition of everything else. The Declaration holds 26 of the 101 articles of the Constitution. It plays constantly with the distinction between rights belong to the Filipinos and rights pertaining to Filipinos and foreigners. Previously (Article 6) states in the traditional way, who is Filipino, combining *ius sanguinis* and *ius soli* criteria. It is a declaration of rights that could easily pass for a current one. It includes the right of association (Article 20.2) and guaranties amazing for its time as the inviolability of telegraphic or telephone correspondence, unless express judicial authorization (Article 12). It has also a clause that follows the example of the Implied Rights of the Ninth Amendment of the U.S. Constitution: The enumeration of the Rights guaranteed under this title does not imply the prohibition of any other right not Expressly Stated herein.

Curiously, the Malolos Constitution prohibits the government grant honorary titles and nobility to any Filipino, but allows the Nation, by law passed in the Assembly, to reward eminent services rendered to the country citizens (Article 32). A republican concept that also applies to the establishment of the basic duties incumbent on every Filipino: defend the country with arms when called by the law and contribute to the expenses of the state in proportion to its assets (Article 27). Out of the Title of rights, also include an Article 93, devoted to the establishment of what might be called a system of linguistic freedom with a mention to the use of Spanish language in acts of public authority, but only temporarily.

V. FINAL REMARK THE VIRTUE OF THE CONSTITUTIONAL COMMITMENT

In the bicentennial year, the Constitution of Cadix has been remembered as the one who first established the sovereignty of the Spanish nation and initiated a constitutional path, with interruptions and losses, until our own day. The Malolos Constitution is not only remembered as the one that opened the same path to the Filipino people, but also has the merit of having been the first, in absolute terms, that implanted in East Asia a constitutional Republic. Neither of them could meet the goals dreamed of by those who contributed to the drafting. But the example of what both accounted for the history of his respective peoples is still alive and encloses a lesson that seems to us to be fully in force. The lesson is that writing a Constitution often coincides with historic moments for a nation's future of a unique character. These are occasions for testing the generosity and high-mindedness of those who participate in constituent debates. From different visions of the objectives, and the best ways to reach them, the participants have to make an effort to give up seeing reflected in the Constitution the totality of their ideas. Doing so, there grow the chances of getting a text widely accepted and available to serve in the future, as a reference and as a tool for effective political concord. The Spanish of both hemispheres who gathered at the Church of San Felipe Neri, and Filipino patriots who did it in San Miguel de Barasoain gave the best of themselves to achieve their goals. In both cases, the texts that they produced contain an express commitment to the supremacy of the Constitution. In this respect it is very interesting to note the presence, both in Cadix and in Malolos, of separate Titles on the observance of the Constitution. In the case of Cadix, as we have seen, this is Title X, in which we find a couple of provisions recognizing all Spaniards "the right to represent the Parliament or the King to demand compliance with the Constitution" (Article 373). And it is the responsibility of Parliament to take account of the violations of the Constitution and "to put

the consequent remedy (Article 372). In Article 91 of the Constitution of Malolos we see a similar technique to protect the Constitution, with a wording that remembers exactly what was stated in Cadix. Of course, both Constitutions also recognize the instrument of constitutional reform as a way to ‘protect the supremacy of the Constitution with respect to the ordinary law, and as a means of adapting it to social changes

Cadix and Malolos turned out to be two major efforts that did not see his aims fulfilled in his respective historical moments. But the impossibility of applying the provisions normally, and the frustration produced by this, do not prove the lack of success of those who at that time believed in the virtues of the Constitution, but the pioneering and enduring objectives that, in both geographical areas, would finally break through.

BIBLIOGRAPHY

The literature on the Constitution of Cadix, which was already abundant, has grown dramatically as a result of the bicentennial. Apart from the three Special Issues (82 to 84) of this *Revista de Derecho Político*, I will refer to the volumes edited by José Antonio Escudero, *Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años*, Madrid, Espasa / Fundación Rafael del Pino, 2011, where, nevertheless, one can miss the lack of a Chapter devoted to the application of Cadix in Philippines. The similarity of the Malolos Constitution with the Spanish Constitution of 1869 is highlighted in the essay of Julia Blanco Celdrán “Fuentes españolas de la primera Constitución Filipina”, *Revista de Estudios Políticos* 72 (1991), pp. 201 ff.. See also George A. Malcolm, “The Malolos Constitution,” *Political Science Quarterly*, 36 (1921), pp 91 ff. And also, more recently, in comparative perspective, Jörg Menzel, “Constitutionalism in Southeast Asia: Some Comparative Perspectives”, in Clauspeter Hill and Jörg Menzel (eds.), *Constitutionalism in Southeast Asia*, Singapore, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, vol III, pp. 9 ff.

APPENDIX: CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF PHILIPPINES OF 1899 (MALOLOS CONVENTION)

PREAMBLE

We, the Representatives of the Filipino people, lawfully convened, in order to establish justice, provide for common defense, promote the general welfare, and insure the benefits of liberty, imploring the aid of the Sovereign Legislator of the Universe for the attainment of these ends, have voted, decreed, and sanctioned the following:

POLITICAL CONSTITUTION

TITLE I THE REPUBLIC

Article 1. The political association of all Filipinos constitutes a nation, whose state shall be known as the Philippine Republic

Article 2. The Philippine Republic is free and independent

Article 3. Sovereignty resides exclusively in the people.

TITLE II THE GOVERNMENT

Article 4. The Government of the Republic is popular, representative, alternative, and responsible, and shall exercise three distinct powers: namely, the legislative, the executive, and the judicial. Any two or more of these three powers shall never be united in one person or cooperation, nor the legislative power vested in one single individual.

TITLE III RELIGION

Article 5. The State recognizes the freedom and equality of all religions, as well as the separation of the Church and the State.

TITLE IV THE FILIPINOS AND THEIR NATIONAL AND INDIVIDUAL RIGHTS

Article 6. The following are Filipinos:

1. All persons born in the Philippine territory. A vessel of Philippine registry is considered, for this purpose, as part of Philippine territory.

2. Children of a Filipino father or mother, although born outside of the Philippines.

3. Foreigners who have obtained certification of naturalization.

4. Those who, without such certificate, have acquired a domicile in any town within Philippine territory.

It is understood that domicile is acquired by uninterrupted residence for two years in any locality within Philippine territory, with an open abode and known occupation, and contributing to all the taxes imposed by the Nation. The condition of being a Filipino is lost in accordance with law.

Article 7. No Filipino or foreigner shall be detained nor imprisoned except for the commission of a crime and in accordance with law.

Article 8. All persons detained shall be discharged or delivered to the judicial authority within 24 hours following the act of detention. All detentions shall be without legal effect, unless the arrested person is duly prosecuted within 72 hours after delivery to a competent court. The accused shall be duly notified of such proceeding within the same period.

Article 9. No Filipino shall be imprisoned except by virtue of an order by a competent court. The order of imprisonment shall be ratified or confirmed within 72 hours following the said order, after the accused has been heard.

Article 10. No one shall enter the dwelling house of any Filipino or a foreigner residing in the Philippines without his consent except in urgent cases of fire, inundation, earthquake or similar dangers, or by reason of unlawful aggression from within, or in order to assist a person therein who cries for help. Outside of these cases, the entry into the dwelling house of any Filipino or foreign resident in the Philippines or the search of his papers and effects can only be decreed by a competent court and executed only in the daytime. The search of papers and effects shall be made always in the presence of the person searched or of a member of his family and, in their absence, of two witnesses resident of the same place. However, when a criminal caught in fraganti should take refuge in his dwelling house, the authorities in pursuit may enter into it, only for the purpose of making an arrest. If a criminal should take refuge in the dwelling house of a foreigner, the consent of a latter must first be obtained.

Article 11. No Filipino shall be compelled to change his residence or domicile except by virtue of a final judgment.

Article 12. In no case may correspondence confided to the post office be detained or opened by government authorities, nor any telegraphic or telephonic message detained. However, by virtue of a competent court, correspondence may be detained and opened in the presence of the sender.

Article 13. All orders of imprisonment, of search of a dwelling house, or detention of written correspondence, telegraph or telephone, must be justified. When an order lacks this requisite, or when the grounds on which the act was founded is proven in court to be unlawful or manifestly insufficient, the person to be detained or whose imprisonment has not been ratified within the period prescribed in Art. 9, or whose correspondence has been detained, shall have the right to recover damages.

Article 14. No Filipino shall be prosecuted or sentenced, except by a judge or court of proper jurisdiction and according to the procedure prescribed by law.

Article 15. Except in the cases provided by the Constitution, all persons detained or imprisoned not in accordance with legal formalities shall be released upon his own petition or upon petition of another person. The law shall determine the manner of proceeding summarily in this instance, as

well as the personal and pecuniary penalties which shall be imposed upon the person who ordered, executed or to be executed the illegal detention or imprisonment.

Article 16. No one shall be temporarily or permanently deprived of rights or dstitured in his enjoyment thereof, except by virtue of judicial sentence. The officials who, under any pretext whatsoever, should violate this provision, shall be personally liable for the damages caused.

Article 17. No one shall be deprived of his property by expropriation except on grounds of public necessity and benefit, previously declared and justified by proper authorities, and indemnifying the owner thereof prior to expropriation.

Article 18. No one shall be obliged to pay any public tax which had not been approved by the National Assembly or by local popular governments legally so authorized, and which is not in the manner prescribed by the law.

Article 19. No Filipino who is in full enjoyment of his civil or political rights, shall be impeded in the free exercise of said rights.

Article 20. Neither shall any Filipino be deprived:

1. Of the right to freely express his ideas or opinions, orally or in writing, through the use of the press or other similar means.

2. Of the right of association for purposes of human life and which are not contrary to public morals; and lastly

3. Of the right to send petitions to the authorities, individually or collectively.

The right of petition shall not be exercised through any kind of armed force.

Article 21. The exercise of the rights provided for in the preceding article shall be subject to general provisions regulating the same.

Article 22. Crimes committed on the occasion of the exercise of rights provided for in this title, shall be punished by the courts in accordance with the laws.

Article 23. Any Filipino may establish and maintain institutions of learning, in accordance with the laws authorizing them. Public education shall be free and obligatory in all schools of the nation.

Article 24. Foreigners may freely reside in Philippine territory, subject to legal dispositions regulating the matter; may engage in any occupation or profession for the exercise of which no special license is required by law to be issued by the national authorities.

Article 25. No Filipino who is in full enjoyment of his political and civil rights shall be impeded in his right to travel freely abroad or in his right to transfer his residence or possessions to another country, except as to his obligations to contribute to military service or the maintenance of public taxes.

Article 26. No foreigner who has not been naturalized may exercise in the Philippines any office which carries with it any authority or jurisdictional powers.

Article 27. All Filipinos are obliged to defend his country with arms when called upon by law, and to contribute to the expenses of the State in proportion to his means.

Article 28. The enumeration of the rights provided for in this title does not imply the denial of other rights not mentioned.

Article 29. The prior authorization to prosecute a public official in the ordinary courts is not necessary, whatever may be the crime committed.

A superior order shall not exempt a public official from liability in the cases which constitute apparent and clear violations of constitutional precepts. In others, the agents of the law shall only be exempted if they did not exercise the authority.

Article 30. The guarantees provided for in Articles 7, 8, 9, 10, and 11 and paragraphs 1 and 2 of Article 20 shall not be suspended, partially or wholly, in any part of the Republic, except temporarily and by authority of law, when the security of the State in extraordinary circumstances so demands.

When promulgated in any territory where the suspension applies, there shall be a special law which shall govern during the period of the suspension, according to the circumstances prevailing.

The law of suspension as well as the special law to govern shall be approved by the National Assembly, and in case the latter is in recess, the Government shall have the power to decree the same jointly with the Permanent Commission, without prejudice to convoking the Assembly without the least delay and report to it what had been done.

However, any suspension made shall not affect more rights than those mentioned in the first paragraph of this Article nor authorize the Government to banish or deport from the Philippines any Filipino.

Article 31. In the Republic of the Philippines, no one shall be judged by a special law nor by special tribunals. No person or corporation may enjoy privileges or emoluments which are not in compensation for public service rendered and authorized by law. War and marine laws shall apply only for crimes and delicts which have intimate relation to military or naval discipline.

Article 32. No Filipino shall establish laws on primogeniture, nor institutions restrictive of property rights, nor accept honors, decorations, or honorific titles or nobility from foreign nations without the consent of the Government. Neither shall the Government establish in the Republic institutions mentioned in the preceding paragraph, nor confer honors, decorations, or honorific titles of nobility to any Filipino.

The Nation, however, may reward by special law approved by the Assembly, conspicuous services rendered by citizens of the country.

TITLE V THE LEGISLATIVE POWER

Article 33. Legislative power shall be exercised by an Assembly of Representatives of the Nation.

This Assembly shall be organized in the form and manner determined by law.

Article 34. The Members of the Assembly shall represent the who nation and not exclusively the electors who elected them.

Article 35. No representative shall receive from his electors any imperative mandate whatsoever.

Article 36. The Assembly shall meet every year. The President of the Republic has the right to convoke it, suspend and close its sessions, and dissolve the same, within the periods prescribed by law enacted by the Assembly or by the Permanent Commission.

Article 37. The Assembly shall be open at least three months each year, without including in this period the time spent in its organization.

The President of the Republic shall convoke the Assembly, not later than the 15th day of April.

Article 38. In extraordinary cases, he may convoke the Assembly outside of the period fixed by law, as determined by the Permanent Commission, and prolong its law-making, provided the extended period does not exceed one month and provided further that such extensions do not take place more than twice during the same legislative term.

Article 39. The National Assembly, jointly with the special Representatives, shall organize committees for the organization of the Assembly and for the election of the new President of the Republic, which shall be formed at least one month before the expiration of the term of office of the Representatives.

In case of death or resignation of the President of the Republic, the Assembly shall meet in session by its own right or by initiative of the President or of the Permanent Commission.

Article 40. In the meantime that the new President has not been chosen, his functions shall be exercised by the Chief Justice of the Supreme Court whose office shall be taken over by one of the Justices of the Court, in accordance with law.

Article 41. Any session of the Assembly held outside the period of ordinary legislature shall be unlawful and void. The case provided in Article 30 and in which the Assembly has constituted itself into a Tribunal of Justice shall be excepted, but in the latter case no other functions shall be exercised except that pertaining to judicial functions.

Article 42. The sessions of the Assembly shall be public. However, sessions may be held in secret upon petition of a certain number of its members

fixed by the Rules, deciding afterwards by an absolute majority of votes of the members present if the discussion on the same subject has to continue in public.

Article 43. The President of the Republic shall communicate with the Assembly by means of messages, which shall be read by a Department Secretary.

The Department Secretaries shall have the right to be heard in the Assembly, upon their request, and they may be represented in the discussion of certain bills by Commissioners appointed by decrees of the President of the Republic.

Article 44. The Assembly may constitute itself into a Tribunal of Justice to hear and determine crimes committed against the security of the State by the President of the Republic and members of the Council of Government, by the Chief Justice of the Supreme Court, and by the Solicitor General of the Nation, by means of a decree promulgating it, or by the Permanent Commission, or by the President of the Republic upon petition of the Solicitor General or Council of Government.

The law shall determine the mode and manner of the accusation, instruction, and disposition of the proceedings.

Article 45. No member of the Assembly shall be prosecuted nor held accountable for the opinions expressed by him, nor by the vote taken by him in the discharge of his office.

Article 46. No member of the Assembly shall be prosecuted criminally without authority of the Assembly or of the Permanent Commission to which an immediate report of the facts shall be made, for its proper action.

The imprisonment, detention, or apprehension of a member of the Assembly shall not be carried out without the prior authority of the same or by the Permanent Commission. The moment the Assembly is notified of the order of imprisonment, it shall incur liability if, within two days following the notification, it does not authorize the imprisonment or give sufficient reason upon which the refusal is based.

Article 47. The National Assembly shall have the following additional powers:

1. To approve Rules for its internal government.
2. To examine the legality of the elections and the legal qualifications of the elected members.
3. To elect its President, Vice-Presidents, and Secretaries.

Until the Assembly has been dissolved, the President, Vice-Presidents, and Secretaries shall continue to exercise their office for the period of four legislative terms; and

4. To accept the resignations of its members and grant privileges in accordance with the Rules.

Article 48. No bill shall become law without having been voted on by the Assembly. To approve a bill, the presence in the Assembly of at least one-fourth of the total number of the members whose elections have been duly approved and taken the oath of office shall be necessary.

Article 49. No bill shall be approved by the Assembly until after it has been voted upon as a whole and subsequently article by article.

Article 50. The Assembly shall have the right of censure, and each of the members the right of interpellation.

Article 51. The initiative in the presentation of bills belongs to the President of the Republic and to the Assembly.

Article 52. Any member of the Assembly who accepts from the Government any pension, employment, or office with salary, is understood to have renounced his membership. From this shall be excepted the employment as Secretary of the Government of the Republic and other offices provided for by special laws.

Article 53. The office of Representatives shall be for a term of four years, and shall be compensated by a sum fixed by law, according to the circumstances.

Those who absent themselves during the entire period of the legislative sessions shall not be entitled to any compensation; but they may be allowed to recover the right to compensation should they attend subsequently.

TITLE VI THE PERMANENT COMMISSION

Article 54. The Assembly, before adjournment, shall elect seven of its members to form the Permanent Commission during the period of adjournment, which shall designate at its first session, the President and the Secretary.

Article 55. The Permanent Commission, during the adjournment of the Assembly, shall have the following attributes:

1. Declare if there is sufficient cause to proceed against the President of the Republic, the Representatives, Department secretaries, the Chief Justice of the Supreme Court, and the Solicitor-General in the cases provided by this Constitution.
2. Convoke the Assembly to a special session in the cases where the latter should constitute itself into a Tribunal of Justice.
3. To act upon pending matters which require proper action.
4. Convoke the Assembly in special sessions when the exigencies of the situation so demand.
5. Supplement the powers of the Assembly in accordance with the Constitution, excepting the act of voting and approving laws.

The Permanent Commission shall meet in session whenever convoked by the presiding officer, in accordance with this Constitution.

TITLE VII THE EXECUTIVE POWER

Article 56. The Executive Power shall be vested in the President of the Republic, who shall exercise it through his Department Secretaries.

Article 57. The administration of the particular interests of towns, provinces, and of the State shall correspond, respectively, to the Popular Assemblies, the Provincial Assemblies, and to the Administration in power, in accordance with the laws, and observing the most liberal policy of decentralization and administrative autonomy.

TITLE VIII THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC

Article 58. The President of the Republic shall be elected by absolute majority of votes by the Assembly and by the special Representatives, convened in chamber assemblies. His term of office shall be four years, and may be reelected.

Article 59. The President of the Republic shall have the right to initiate the introduction of bills equally with the members of the Assembly, and promulgate the laws when duly voted and approved by the latter, and shall see to it that the same are duly executed.

Article 60. The power to execute the laws shall extend to all cases conducive to the preservation of internal public order and to the external security of the State.

Article 61. The President shall promulgate the laws duly approved by him within 20 days following their transmittal to him by the Assembly.

Article 62. If within this period, the President should fail to promulgate them, he shall return them to the Assembly with his reasons for the return, in which case the Assembly may reconsider same, and it shall be presumed by a vote of at least two-thirds of the members of the Assembly present in a quorum. If repassed in the manner indicated, the Government shall promulgate same within ten days, with a manifestation of its non-conformity. The obligation is imposed upon the Government if it allows twenty days to elapse without returning the bill to the Assembly.

Article 63. When the promulgation of a law has been declared urgent by express will of an absolute majority of votes of the Assembly, the President of the Republic may require the Assembly to re-approve same which cannot be refused, and if the same bill is repassed, the President shall promulgate it

within the legal period, without prejudice to his making of record his non-conformity with the bill.

Article 64. The promulgation of laws shall be made by publishing them in the official gazette of the Republic, and shall have the force of law thirty days following such publication.

Article 65. The President of the Republic shall have at his disposal the army and the navy, and may declare war and make and ratify treaties with the prior consent of the Assembly.

Article 66. Treaties of peace shall not take effect until voted upon by the Assembly.

Article 67. The President of the Republic, in addition to his duty to execute the laws, shall:

1. Supervise civil and military employees in accordance with the laws.
2. Appoint the Secretaries of the Government.
3. Direct the diplomatic and commercial relations with foreign powers.
4. See to it that justice is duly and promptly administered throughout the Philippines.

5. Grant pardon to convicted criminals in accordance with the laws, except any special provision relating to the Secretaries of the Government.

6. Preside over all national functions and receive ambassadors and accredited representatives of foreign powers.

Article 68. The President of the Republic may be authorized by special law:

1. To alienate, transfer or exchange any portion of Philippine territory.
2. To incorporate any other territory to the Philippine territory.
3. To admit the stationing of foreign troops in Philippine territory.
4. To ratify of alliance, defensive as well as offensive, special treaties of commerce, those which stipulate to grant subsidies to a foreign power, and those which may compel Filipinos to render personal service.

Secret treaties in no case may prevail over the provisions of open treaties or treaties made publicly.

5. To grant general amnesties and pardons.

6. To coin money.

Article 69. To the President belongs the power to issue regulations for the compliance and application of the laws in accordance with the requisites prescribed in said laws.

Article 70. The President of the Philippines, with the prior approval by majority vote of the Representatives, may dissolve the Assembly before the expiration of its legislation term. In this case, new elections shall be called within three months.

Article 71. The President of the Republic may be held liable only for cases of high treason.

Article 72. The salary of the President of the Republic shall be fixed by special law which may not be changed except after the presidential term has expired.

TITLE IX THE SECRETARIES OF GOVERNMENT

Article 73. The Council of Government is composed of one President and seven secretaries, each of whom shall have under his charge the portfolios of Foreign Relations, Interior, Finance, War and Marine, Public Education, Communications and Public Works, and Agriculture, Industry, and Commerce.

Article 74. All the acts done by the President of the Republic in the discharge of his duties shall be signed by the corresponding Secretary. No public official shall give official recognition to any act unless this requisite is complied with.

Article 75. The Secretaries of Government are jointly responsible to the Assembly for the general administration of the Government, and individually for their respective personal acts.

Article 76. In order to exempt them from responsibility, when held guilty by the Assembly, a petition to this effect approved by absolute majority of the Representatives is necessary.

TITLE X THE JUDICIAL POWER

Article 77. To the Court corresponds exclusively the power to apply the laws, in the name of the Nation, in all civil and criminal trials. The same codes of laws shall be applied throughout the Republic, without prejudice to certain variations according to circumstances as determined by law. In all trials, civil, criminal, and administrative, all citizens shall be governed by one code of laws and procedure.

Article 78. The courts of justice shall not apply general local regulations, except when they conform to the laws.

Article 79. The exercise of judicial power shall be vested in one Supreme Court and in other courts established by law. Their composition, organization, and other attributes shall be determined by the laws creating them.

Article 80. The Chief Justice of the Supreme Court and the Solicitor-General shall be chosen by the National Assembly in concurrence with the President of the Republic and the Secretaries of the Government, and shall be absolutely independent of the Legislative and Executive Powers.

Article 81. Any citizen may file suit against any member exercising the Judicial Power for any crime committed by them in the discharge of their office.

TITLE XI PROVINCIAL AND POPULAR ASSEMBLIES

Article 82. The organization and attributes of provincial and popular assemblies shall be governed by their respective laws. These laws shall conform to the following principles:

1. The government and management of the particular interests of the province or town shall be discharged by their respective corporations, the principle of direct and popular elections being the basis underlying each of them.
2. Publicity of their sessions, within the limits provided by law.
3. Publication of all appropriations, accounts, and agreements affecting same.
4. Government interference and, in the absence thereof, by the National Assembly, to prevent provinces and municipalities exceeding their powers and attributes to the prejudice of the interest of individuals and of the Nation at large.
5. Power of taxation shall be exercised to the end that provincial and municipal taxation do not come into conflict with the power of taxation of the State.

TITLE XII ADMINISTRATION OF THE STATE

Article 83. The Government shall submit every year to the Assembly a budget of expenditures and income, indicating the changes made from those of the preceding year, accompanying the same with a balance sheet as of the end of the year, in accordance with law. This budget shall be submitted to the Assembly within ten days following the commencement of its session.

Article 85. The Government, in order to dispose of the property and effects of the State, and to borrow money secured by mortgage or credit of the Nation, must be authorized by special law.

Article 86. Public debts contracted by the Government of the Republic, in accordance with the provisions of this Constitution, shall be under the special guarantee of the Nation.

No debt shall be contracted unless the means of paying the same are voted upon.

Article 87. All laws relating to income, public expenses, or public credits shall be considered as part of the appropriation and shall be published as such.

Article 88. The Assembly shall determine every year, upon the recommendation of the President of the Republic, the military forces by land and sea.

TITLE XIII AMENDMENT OF THE CONSTITUTION

Article 89. The Assembly, on its own initiative or that of the President of the Republic, may propose amendments to the Constitution, indicating what Article or Articles are to be amended.

Article 90. This proposal having been made, the President of the Republic shall dissolve the Assembly, and shall convoke a Constituent Assembly which shall meet within three months. In the decree convoking the Constituent Assembly, the resolution mentioned in the preceding Article shall be inserted.

TITLE XIV CONSTITUTIONAL OBSERVANCE, OATH, AND LANGUAGE

Article 91. The President of the Republic, the Government, the Assembly, and all Filipino citizens shall faithfully observe the provisions of the Constitution; and the Legislative Power, upon approval of the Appropriations Act, shall examine if the Constitution has been strictly complied with and whether violations, if any, have been duly corrected and those responsible for the violations held liable.

Article 92. The President of the Republic and all other officials of the Nation shall not enter into the discharge of their office without having taken the prescribed oath. The oath of the President of the Republic shall be taken before the National Assembly. The other officials of the Nation shall take their oath before the authorities determined by law.

Article 93. The use of languages spoken in the Philippines shall be optional. Their use cannot be regulated except by virtue of law, and solely for acts of public authority and in the courts. For these acts the Spanish language may be used in the meantime.

TRANSITORY PROVISIONS

Article 94. Meanwhile and without prejudice to the provisions of Article 48 and to the acts of the commissions designated by the Assembly to translate and submit to the same the organic laws in the development and application of the rights granted to Filipino citizens and for the government of public powers therein mentioned, the laws of the Republic shall be considered those found existing in these islands before the emancipation of the same.

The provisions of the Civil Code relating to marriage and civil registry, suspended by the Governor General of these islands; the Instructions of April 26, 1888 to carry into effect Articles 77, 78, 79, and 82 of said Code; the law on civil registry of June 17, 1870 which refers to Article 332 of the same, and the Regulation of December 13 following for the enforcement of this law, without prejudice to the Chiefs of towns continuing to be in charge of inscriptions in the civil registry and intervening in the celebration of marriage between Catholics, shall also be deemed in force and effect.

Article 95. In the meantime that the laws referred to in the preceding Article have not been approved or enforced, the Spanish laws which said article allows to be enforced provisionally may be amended by special law.

Article 96. Once the laws approved by the Assembly have been promulgated in accordance with Article 94, the Article 94, the Government of the Republic shall have the power to issue decrees and regulations necessary for the immediate organization of the various organs of the State.

Article 97. The present President of the Revolutionary Government shall assume later the title of President of the Republic and shall discharge the duties of this office until the Assembly when convoked proceeds to the election of one who shall definitely exercise the duties of the office.

Article 98. The present Congress, composed of members by suffrage or by decree, shall last for four years, or for the duration of the present legislative term commencing on the 15th of April of next year.

Article 99. Notwithstanding the general rule established in part 2 of Article 4, in the meantime that the country is fighting for its independence, the Government is empowered to resolve during the closure of the Congress all questions and difficulties not provided for in the laws, which give rise to unforeseen events, of which the Permanent Commission shall be duly apprised as well as the Assembly when it meets in accordance with this Constitution.

Article 100. The execution of Article 5, Title III shall be suspended until the constituent Assembly meets in session. In the meantime, municipalities which require spiritual ministry of a Filipino priest may provide for his necessary maintenance.

Article 101. Notwithstanding the provisions of Articles 62 and 63, bills returned by the President of the Republic to the Congress may not be repassed except in the legislature of the following year, this suspension being under the responsibility of the President and his Council of Government. When these conditions have been fulfilled, the promulgation of said laws shall be obligatory within ten days, without prejudice to the President making of record his non-conformity. If the reapproval is made in subsequent legislative terms, it shall be deemed law approved for the first time.

ADDITIONAL ARTICLE

All the estates, edifices, and other property possessed by the religious corporations in these islands shall be deemed restored to the Philippine State as of May 24, 1898 when the Dictatorial Government has been constituted in Cavite.

BARASOAIN, the twentieth of January, 1899.

THE CONSTITUTIONAL STATUS OF SOCIAL RIGHTS IN SPAIN*

La posición constitucional de los derechos sociales en España

Miguel Agudo Zamora
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba
miguelagudo@uco.es
ORCID: 0000-0003-1378-4708

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp59-79](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp59-79)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

El Estado de Bienestar es una forma de gobierno que hace responsable a los poderes públicos de asegurar una protección social y un bienestar básico a sus ciudadanos. Se caracteriza por buscar la igualdad efectiva entre sus ciudadanos y por dotarles de cierta seguridad económica y de servicios sociales.

Los derechos sociales fueron reconocidos a raíz de los diferentes movimientos sociales que tuvieron lugar en los territorios industrializados durante la segunda mitad del siglo XX. Entre otros, comprende los siguientes derechos: el derecho a la educación, el derecho a la propiedad privada, los derechos laborales y la libertad de empresa. Además, aparecen regidos por una serie de principios: la protección social, económica y jurídica de la familia; la protección integral de los hijos; la protección de los trabajadores; el derecho a la sanidad...

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Agudo Zamora, Miguel. 2018. "The constitutional status of social rights in Spain". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 59-79. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp59-79](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp59-79).

Translation: Bartolomé Torralbo Muñoz y Antonio Caballero Cabrera.

Además de llevar a cabo un estudio detallado de los derechos sociales, este trabajo tiene como objeto exponer las reformas que deberían operarse en la Constitución a este respecto.

Palabras clave

Estado de Bienestar; derechos sociales; igualdad efectiva; reforma; Constitución Española.

Abstract

The Welfare State can be defined as a form of government that involves a responsibility of the public powers in order to ensure social protection and basic welfare for citizens. It is characterized for pursuing effective equality among citizens and providing them with economic security and social services.

The social rights are the result of the labor movement in the industrialized states during the second half of the nineteenth century. Among others, include these rights: the right to education, the right to private property, labor rights and freedom of enterprise. Furthermore, are guided by some principles: the principle of protection of the family, the principle of integral protection of children, the principle of protection of workers, the right to health protection...

In addition to making a sustained study of these social rights, this paper aims to expose the reforms that should be operated in the *Constitución* in this regard.

Keywords

Welfare State; social rights; real equality; amendment; Spanish Constitution.

SUMARIO: I. THE SOCIAL STATE. II. THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS. III. PRINCIPLES GOVERNING ECONOMIC AND SOCIAL POLICY. IV. WHAT MUST BE REFORMED IN THE CONSTITUTION TO SHIELD SOCIAL RIGHTS?. 1. *Social cohesion as a fundamental objective of the social state.* 2. *The financial armor of the social state.* 3. *Inclusion in the constitution of the non-regression clause of social rights.* 4. *Other proposal of constitutional reform.* **BIBLIOGRAPHY.**

I. THE SOCIAL STATE

There are basic principles from the constitutionalist point of view that are necessary to reach the definition of the rule of law; namely, separation of powers, rule of law, popular sovereignty, and recognition and protection of rights. These principles were already recognized in the French and American constitutions of the end of the 18th century. Within the consubstantial rights to the defense of human dignity and the free development of the personality as the essence of our democratic system, the recognition and protection of social rights become particularly intense. Especially since the effective capacity of our political model to assure us all the possibility of having a decent life and of realizing our vital project resides in their development, guarantee and equanimity. With this aim, and from this axiological point of view, the rule of law is also constituted as a social State.

In the second half of the twentieth century, fundamentally in Western Europe, this model of the rule of law known as the welfare State is intensely developed.

As we have had the opportunity to develop in the books *Estado social y felicidad* (2006) and *La protección multinivel del Estado social* (2013), whose fundamental ideas are specified in this section, the Welfare State can be defined as a modality of organization of the Political power in the community that involves a responsibility of the public powers in order to ensure social protection and basic welfare for citizens. It is characterized by including social rights within the category of citizenship rights, pursuing effective equality among citizens and providing them with economic security and social services.

It involves the public provision of a number of social services, including transfers to cover citizens' basic human needs in a complex and changing society and the State's responsibility in maintaining a minimum standard of living for all citizens belonging to the political community (Monereo, 1996). Thus, Heller (1974) considers that "the meaning of the State can only be its social function, that is, the mission that it has to fulfill as a factor, as a unit of action in the connection of social activity."

Using the classical definition of Briggs, we can define the welfare State as “the organized power deliberately used through politics and administration in an effort to manage market forces in at least three directions: First to guarantee individuals and families a minimum income regardless of the market value of their work or property; Second, to reduce the extent of insecurity to enable individuals and families to meet certain social contingencies (eg. illness, old age and unemployment) that otherwise lead to individual and family crises; And third, to ensure that all citizens without distinction of status or class are offered the best available standards of a certain agreed range of social services.”

Therefore the social state is responsible for existential demand. This concept was coined by Forsthoff and supposes, as Garcia Pelayo (1982) points out, the State’s responsibility “to carry out the measures that assure men the possibilities of existence that they cannot assure by themselves”. This existential demand extends directly or indirectly to the generality of the citizens, materializing itself in a series of benefits and measures always with regard to the specific economic and social situation. This new field of action leads the State to abandon its passive attitude, characteristically liberal, with the aim of regulating and guiding the economic process. This is how the welfare State is born. The state action becomes intense, being part of a dynamic of protection to society. In addition, the State must fulfill a regulatory function and define the socio-economic objectives. Its action should not be understood as a set of isolated measures, but rather as a continuous intervention and regulation embedded in a program which not only aims for immediate results, but rather for long-term perspectives.

In this sense, the clause of the Social State must be interpreted as a defining rule of the State’s objectives. This obliges the legislator to act in terms of social configuration. The fundamental idea of the clause of the Social State states that the common good does not automatically come from the free concurrence of social forces and individuals, but that it requires that the State, with its authority, arbitrates a compensation of interests. In this sense, the social State has to pursue a differentiating justice in terms of social standards, objectives and needs. The most evident consequence of these new State dimensions is undoubtedly the interrelation between the State and society, where the State is constantly regulating society, in the pursuit of certain objectives. For example the need to provide economic and social security, the reduction of inequality of opportunities or even the guarantee of a vital minimum that eliminates or reduces poverty.

These objectives are intended to be achieved through normative mechanisms, such as the extension and equanimity of social rights, the inclusion in the legal-political texts that structure social coexistence clauses that advocate substantial equality or the regulation of mechanisms of involvement of the State in economic life.

II. THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS

This group of rights is identified under the denomination of social rights or economic and social rights. They are characterized mainly by the historical moment of their recognition. These rights are the result of the labor movement in the industrialized states during the second half of the nineteenth century. That is why they are also called second-generation rights, as they arose from the civil and political rights postulated by the bourgeois revolutions of the late eighteenth and early nineteenth century in Europe and North America (which would be first generation rights).

The constitutionalisation of social rights occurred for the first time in the Mexican Constitution of Queretaro of 1917, in the German Constitution Weimar of 1919 and in the Spanish Republican Constitution of 1931, as well as in the Constitutions of the socialist states of the Soviet bloc. But since the Second World War, the recognition of these rights in the democratic Constitutions has become widespread.

International treaties also recognize, alongside the classic civil and political rights, social rights. Within the framework of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights of 1948 enshrines the right to social security, work, protection in the event of unemployment, equal pay and rest and leisure. There is also an expressly established treaty for the recognition of these rights: the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the General Assembly of the United Nations on 16 December 1966.

At different regional levels, Treaties and Conventions on fundamental rights in general and social rights in particular are also approved, as we will develop later.

The Constitution of 1978 (CE), following a pattern of behavior of comparative law, contemplates a wide range of social rights that are closely related to the idea of the social State.

This type of rights has traditionally been considered of a utilitarian nature because they demand the State true active behaviors to make them a reality, thus distinguishing them from those of freedom that only require its abstention. This dichotomy now seems to have been overcome by most of the doctrine; so that liberty also demands a state service (we could not imagine, for example, an effective right to life or personal liberty without the existence of public security forces). And those of a seemingly utilitarian nature are also elements of the legal system that pursue social and collective goals that are constitutionally proclaimed as necessary for the dignity and free development of the person as the traditional rights of freedom.

The location of social rights in our Constitution is transcendental in view of the analysis of their effective protection.

Thus, those rights that are regulated within the section of “fundamental rights and public freedoms” are guaranteed with the greatest protection both normative and procedural: we refer to the right to education, right to syndication and right to strike, as well as the principle of equality.

Secondly, taking into account their location, other rights, such as the right to work, with all the sub-rights that delimit its essential content: free choice of profession and trade, promotion through work, sufficient remuneration, non-discrimination by reason of sex; the right to collective bargaining; the right to take collective action or the social function of property, have an intermediate level of protection.

Finally, most social rights are included in the chapter 3 of Title I of our Constitution called “Principles governing Economic and Social Policy “. As the heading itself points out, we are not in the presence of genuine fundamental rights, although this does not mean, as we shall see below, they have no legal relevance.

Let’s briefly outline the essential content of the social rights that enjoy direct protection in our Constitution, leaving to the next section the study of the so-called “Principles governing Economic and Social Policy”.

1. Right to education. The right to education is an essential requirement to make effective the free development of our personality and a requirement of the principle of democratic legitimacy of the State, which is stated in article 1.2 of our Constitution. Participation in the formation of the popular will has to be carried out on an equal footing. For this to happen, it is essential that the citizen has not only sufficient information available so that his or her will formation is autonomous, but also the capacity and the criteria to assimilate it, to evaluate it and to decide on it.

Our Constitution recognizes this right in article 27, along with academic freedom. And although the Constitutional Court in its judgment 86/85 has indicated that both are rights of freedom, the truth is that the right to education is not a right of freedom, which can or can not be exercised. It is a right that must be exercised inexcusably, so it can also be qualified as a duty. Hence, for the State this right must be classified as a service, since it is obliged to guarantee its exercise through the establishment of a public service of education.

Article 27 of the Constitution is characterized, therefore, as heterogeneous. It contains fundamental rights, institutional guarantees, mandates to the legislator, duties and clauses of attribution of competence. The right of all to education is recognized in generic terms in the first paragraph of this precept. It is translatable by the right of integral formation within the framework of the regulated teachings established legally

- by the educational system and which tends, in any case, to the full development of the human personality, as well as respect for the democratic principles of coexistence and fundamental rights and freedoms.
2. Academic freedom. It is a projection of the ideological and speech freedoms that are recognized in articles 16 and 20.1a) of the Constitution. It implies the right to create educational institutions, respecting constitutional principles. This entails the following powers: to establish educational institutions within the legal framework, to establish an educational ideology for the institution and to manage the educational institution. It also involves the right of those who personally carry out the function of teaching, to develop it freely within the limits of the teaching position they occupy. It also includes the freedom to choose a school.
 3. Right to unionize freely. The right to free unionize has a double dimension:
 - A) Subjective dimension: it is an individual right that is concretized in the possibility of founding trade union organizations, in the right to join or not to join – negative freedom of association – to the unions already created and in the right to carry out a free trade union action, all these within the legal framework. This right is developed by the Organic Law 11/1985, of August 2, on Freedom of Association.
 - B) Collective dimension: it is the right of the unions to carry out those activities that allow the defense and protection of the workers themselves. Our Constitutional Court has indicated that the trade unions are the subject of this right, not the workers' representative bodies in the companies.

The law may limit or exempt the exercise of this right to members of the Armed Forces or Institutes or to those who make up the other bodies subject to military discipline and must regulate the peculiarities of its exercise for civil servants.

4. Right to strike. Article 28.2 of the Constitution recognizes the right to strike by workers to defend their interests. This can be understood as the constitutionally protected power of the workers to cease concerted and temporarily in their work, leaving in suspension the employment contract in order to pressure their employers or employers to achieve improvements in their working conditions. This fundamental right – states STC 27/1989, among others – may experience limitations or restrictions in its exercise deriving from the protection of other

constitutional rights. For example the guarantee of the essential services of the Community, understood as services that guarantee or assure the exercise of fundamental rights and public freedoms.

5. Right to private property and inheritance. In Article 33, our Constitution recognizes the right to private property and inheritance. It will be the social function of these rights that delimits its content, according to the laws.

In STC 37/87, a double categorization of property rights is made: as an individual right to enjoyment and use or lordship over things; And as an institution with a social function to fulfill.

The reference to the social function as a structural element of the very definition of the right of private property or as a determining factor in the legal delimitation of its content reveals that the Constitution recognizes a right to private property that is configured and protected, As a bundle of individual faculties, but also, and at the same time, as a set of duties and obligations established, according to the laws, in attention to values or interests of the collectivity, that is, to the purpose or social utility that Each category of goods object of the domain is called to comply. Thus, individual utility and social function inevitably define the content of the property right.

The third section of this article 33 introduces the figure of compulsory expropriation by stating that “no one may be deprived of their property and rights except for justified cause of public utility or social interest, through the corresponding compensation and in accordance with the provisions of law “.

6. Labor rights. Article 35 CE (Spanish Constitution) includes the right (and duty) that all Spaniards have to work, to free choice of profession or trade, to promotion through work and to sufficient remuneration to meet their needs and those of their family, without discrimination on grounds of sex. The law will regulate a workers’ statute.

The right to work, as stated in STC 22/81, in its individual dimension is the right of everyone, under conditions of equality and according to the capacity required, to get a job and to keep it. In its collective dimension, it is a mandate for the public authorities to carry out a policy geared towards full employment.

For its part, Article 37 EC establishes that the law will guarantee the right to collective bargaining between the representatives of workers and employers, as well as the binding force of the agreements.

It also recognizes the right of workers and employers to take collective action. The law regulating the exercise of this right, notwithstanding any limitations it may establish, shall include the necessary guarantees to ensure the functioning of the essential services of the community.

7. Freedom of enterprise. Article 38 CE recognizes freedom of enterprise in the context of the market economy. The public authorities guarantee and protect their exercise and the defense of productivity, in accordance with the requirements of the overall economy and, where appropriate, of economic planning.

According to STC 83/84 freedom of enterprise does not recognize the right to undertake any enterprise, but only to initiate and sustain business activity. This activity is governed by rules of very different order.

III. PRINCIPLES GOVERNING ECONOMIC AND SOCIAL POLICY

As its own name indicates, they are the essential principles that must inform the performance of the public powers. They are not rights in the subjective sense and, therefore, do not directly give exercisable powers to people.

They are a wide range of social rights / principles that are intimately related to the idea of social State.

From the legal point of view they are authentic norms, although they have an eminently programmatic nature. They orientate public action, but no subjective rights directly come from them.

In relation to them, Article 53.3 of the Constitution states that “recognition, respect and protection of the principles recognized in Chapter Three will inform positive legislation, judicial practice and the actions of public authorities. They may only be asserted before the ordinary jurisdiction in accordance with the provisions of the laws that develop them.

Thus, these principles serve as guidelines for the production, interpretation and application of the law by the public authorities. Any activity contrary to them is prohibited. Even if the action of the legislator is required for them to be invoked before the ordinary courts, it is no less true that the term “shape” must be understood in a broad sense and not restrictive, so that all public authorities, judicial authorities too, will be bound by the constitutional regulation that is made of them.

Our Constitutional Court states that they are not rules without content but authentic constitutional provisions that force the public powers as constitutional minimums that they are.

The normative character of the Constitution and the particular nature of these principles / rights, has led the Constitutional Court – for example, through STC (Constitutional Court Sentence) 14/92, of February 10 – to say that their binding nature needs clarification:

1. The Court recognizes that such principles are not legal norms without content. They enunciate authentic binding proposals that, in any case,

- must inform the positive legislation and the judicial practice. They oblige the public powers – legislative, executive and, in particular, to the judiciary for its function of applying the law that develops them – to have them present in the interpretation of both the other constitutional norms and laws.
2. The Court states that these principles, in the terms that are protected in Article 53.3 CE, have limited effectiveness, being principles that must guide the actions of public powers but do not themselves generate judicially claimable rights. It will be necessary to wait until the legislator makes the corresponding regulation, although that does not remove, as minimum constitutional contents that they are, the possibility to invoke them directly before the courts without that regulation.

Let's cite, just as a reminder, these principles:

1. The principle of protection of the family. Article 39.1 CE establishes that the public authorities ensure the social, economic and legal protection of the family. Since the definition of family is not specified in the constitutional text, we refer to its social concept in each time and place. This article specifies with respect to the integral defense of children, thus contemplating a concretization of the clause of material equality established in Article 9.2 CE for the members of the family historically discriminated by Law.
2. The principle of integral protection of children. They are equal before the Law regardless of their filiation. In order to make this protection a reality, the Constitution imposes that the law must make possible the investigation of paternity and that parents provide assistance of any order to children born in or out of marriage, as long as they are minors and when it legally proceeds (Article 39.2 EC). In this regard, Spain has ratified the Convention on the Rights of the Child adopted by the General Assembly of the United Nations on November 20, 1989.
3. The principle of protection of workers. Several articles of this part of the Constitution contain rules that tend to protect workers. Some of them must be seen as the definition of economic policy purposes, others as recognition of classic social rights of workers and, finally, some others as imperative mandates to the legislator.
Public authorities shall promote favorable conditions for social and economic progress and for a more equitable distribution of regional and personal income. They will develop policies aimed at full employment. They will also promote policies to ensure professional training and retraining. They will ensure occupational safety and health, the

necessary rest, periodic paid leave and the promotion of suitable centers. In addition, the State shall ensure the safeguarding of the economic and social rights of Spanish workers abroad.

4. The right to health protection. It is the responsibility of the public authorities to organize and protect public health through preventive measures and the necessary services and services. They will also promote health education, physical education and sport.

The public authorities will maintain a public social security system for all citizens that guarantees sufficient social assistance and benefits in situations of need, especially in the event of unemployment. It was Law 14/1986, of April 25, of Healthcare, which has developed this matter. It regulates all those activities whose goal is to achieve an effective protection of health.

5. The right of access to culture. Public authorities shall promote and protect access to culture, science and scientific and technical research for the benefit of general interest. The concept of culture embodied in this precept is not restricted to the right to education – recognized as fundamental in Article 27 –, serving, however, as a complement to it.

6. The right to the environment. The right to enjoy a suitable environment for personal development is a novel precept in the panorama of comparative constitutional law. It reflects the ecological concern that emerged in the last decades in large segments of public opinion and it has also been reflected in numerous international documents.

7. The principle of conservation and promotion of heritage. The public authorities shall guarantee the preservation and promote the enrichment of the historical, cultural and artistic heritage of the peoples of Spain and of the goods that comprise it. Criminal law shall punish any offenses against this heritage.

8. The right to decent housing. With the recognition of the right to enjoy decent and adequate housing, the public authorities are obliged to promote the necessary conditions and establish the pertinent rules to give effect to this right.

There are innumerable laws related to the subject that try to realize this constitutional mandate addressed to all public powers and which is one of the most pressing problems, today, of Spanish society. This subject will also be developed later.

9. The principle of promoting the participation of youth. Article 48 of the Constitution provides that public authorities shall promote the conditions for the free and effective participation of youth in political, social, economic and cultural development.

Here we have a new mandate to the legislator to materialize the participation of a social group such as youth in the life of the country. This

- principle has an intimate connection with the promotional clause established by Article 9.2 of our constitutional text.
10. The principle of protection of the disabled. Article 49 of the Constitution establishes that the public authorities will carry out a policy of anticipation, treatment, rehabilitation and integration of the physically, sensory and mentally disabled. This work of effective integral protection of the disabled has to be developed by the State, Autonomous Communities, Local Corporations, unions, public entities and organizations and associations and private individuals within the scope of their respective competences and according to their possibilities.
 11. The principle of protection of senior citizens. The public authorities will ensure, through appropriate and regularly updated pensions, the economic sufficiency of senior citizens. They will also promote their welfare through a system of social services that will address their specific health, housing, culture and leisure problems. The projection of the protection of an increasingly large group in advanced societies must include all aspects of life, promoting the decent life of people who have contributed to social welfare.
 12. The principle of consumers and users defense. Public authorities shall ensure the protection of consumers and users and promote their information and education. They will encourage their organizations and listen to them on issues that may affect them. Users are considered to be natural or legal people who acquire, use or enjoy as final recipients, movable or immovable property, products, services, activities or functions, whatever the public or private nature, individual or collective, from those who produce, facilitate, supply or issue them.

Once this reminder is made, it is therefore necessary to make a great effort to contribute ideas that help to evolve and shield, as far as possible, the model of social State. And, undoubtedly, the constitutional reform is presented as an ideal opportunity to shield the social State, through a new paradigm, that consolidates and extends its service area through a greater guarantee of social rights.

IV. WHAT MUST BE REFORMED IN THE CONSTITUTION TO SHIELD SOCIAL RIGHTS?

1. *Social cohesion as a fundamental objective of the social state*

The defense of the social State has been the main cause of the constitutional reform of September 2012, since, as stated in the Explanatory Memorandum of that reform, budgetary stability acquires a structural value and

conditional of the action capacity of the social State. A value that justifies its constitutional consecration, with the effect of limiting and orienting, with the highest normative range, the performance of public powers since the economic and social sustainability of the State within the framework of the European Union is shown as an inescapable premise for the maintenance of the social State and, in particular, for social and territorial cohesion within the European framework. But in spite of the above, this defense of the social model should have been accompanied, at the time of the constitutional reform, by a paradigm shift that led to the understanding of social cohesion as the “guiding thread”, the fundamental objective of the social State. Defining social cohesion is not an easy task. Perhaps, as Pérez Yruela (2012) points out, the political institution that has done the most for the definition of social cohesion has been the Council of Europe.

In 2000 it adopted the first Strategy Paper for Social Cohesion. Point 8 of the document refers to social cohesion as an ideal that societies must continually pursue. An objective that is difficult to define precisely because of the difficulty of fully achieving it, but in spite of this we must do everything we can to do so. Section 9 refers to social cohesion as that which holds societies together through the balance between centripetal and centrifugal forces operating within them. “Conflict,” he literally says, “is a necessary and permanent feature of social life. The issue is not to create a permanent balance of forces but to build a dynamic equilibrium. The challenge is to create societies that can handle conflict and change in a constructive and creative way.” He goes on to point out that what matters is to identify the factors that can divide society and he cites, among others, the excessive differences between rich and poor, the lack of employment, poverty or the lack of social protection.

In 2004, the Council of Europe revised its strategy of social cohesion, justifying the need to promote it with the risks that threatened it, and defining it as “the capacity of a society to ensure the well-being of all its members, minimizing differences and avoiding polarization. A cohesive society is a community of free individuals who support each other and pursue these common goals by democratic means.”

In July 2010, the Council adopted a New Strategy and Plan for Social Cohesion, which slightly modified the definition of 2004. The definition was written as follows: “the ability of a society to ensure the well-being of all its members – minimizing differences and avoiding marginalization –, to manage differences and divisions and to ensure the means to achieve the well-being of all its members. Social cohesion is a political concept that is essential to link the three core values of the Council of Europe: human rights, democracy and the rule of law”.

The Council of Europe’s position shows how the notion of social cohesion in the history of ideas in Europe has been shaped. Equally important is

the link between social cohesion, democracy and the welfare State: there is no genuine democracy – or quality democracy – without social cohesion. There is no social cohesion without a system of citizen protection against misfortunes and without universal access to the basic services of education, health and care to dependence.

The European Union has gradually developed a concept of social cohesion. It has been translated into certain Community policies and initiatives, up to a point that today a fundamental part of its political action is its strategy aimed at social cohesion. On the other hand, the European Union has started from the fact that social and cohesion policies of its member countries are a fundamental part of the social cohesion in each one of them and, by extension, of the European Union. Therefore, it has also carried out specific actions in this area, developing its own policies and establishing mechanisms for cooperation and supervision of the policies of the Member States. All this has been built through a long and complex process that began in the Treaty Establishing the European Economic Community of 1957, whose last milestone has been the Lisbon Treaties.

The Maastricht Treaty was the most important step towards strengthening the social dimension of the European Union. It incorporated a new section on the objectives of the European Union and it established a definition of the European Union's mission that reinforced the social aspects. To this end, it was expected that the European Union would develop a specific policy in the social sphere and another geared to strengthen economic and social cohesion. In order to reinforce both aspects, protocols on social policy and economic and social cohesion were added. The first one incorporated part of the contents of the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, adopted in 1989. In order to strengthen social cohesion policy, a new structural fund was created, the Cohesion Fund. This reflects the idea of strengthening cohesion within the European Union through the creation of infrastructures that promote territorial integration.

Between the Treaty of Maastricht and the Treaty of Lisbon there were some modifications that added more content to the social and cohesion policy. A very important one was done in the Treaty of Amsterdam, where the Community policy of employment is created. Another one was introduced in the Treaty of Nice, which strengthens the Commission's capacity to support and complement Member States' capacity in various areas such as immigration and social exclusion, among others. For this purpose, the Social Protection Committee was created. From this, the Union's concern for the problem of social exclusion is intensified and even a specific strategy is developed.

A different but convergent contribution to this process was the adoption of the Charter of Fundamental Rights, proclaimed in Nice in December 2000, which now has the same binding legal character as the treaties.

The Lisbon Summit of March 2000 is one of the important milestones in this process. It sets out the strategy to deal with the globalization of the economy, the growth of information and communication technologies and the risks and threats that stemmed from it. The text of the Lisbon Declaration sets out the ambitious objective underlying that strategy whereby the European economy should "... become the most competitive knowledge-based economy ... and grow in a sustainable way with more and better jobs and greater social cohesion ... People are the main asset and they should become the center of Union policies. "

In the Lisbon Treaties, the accumulated stock is collected in such a long and changing process. Social cohesion is formulated in the terms set out below.

The Treaty on European Union deals with general issues. It begins with a preamble where it recognizes inspiration from the cultural, religious and humanistic heritage of Europe. It confirms the adhesion to the European Social Charter and the Community Charter of Fundamental Rights of Workers. Article 2 states that: "The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of people belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail". Among the aims set out in Article 3 are: "The Union shall combat social exclusion and discrimination and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and the protection of Rights of the child and it shall promote economic, social and territorial cohesion and solidarity between Member States ". For its part, the Treaty on the Functioning of the European Union deals with internal policies and institutional issues. Thus, Article 4 of the TFEU lays down shared competences between the Union and the Member States, which include employment, social policy, social and territorial economic cohesion, and agriculture and fisheries.

In particular, economic, social and territorial cohesion policy is governed by Title XVIII of the TFEU. The aim of this policy is: "In order to promote its overall harmonious development, the Union shall develop and pursue its actions leading to the strengthening of its economic, social and territorial cohesion. In particular, the Union shall aim at reducing disparities between the levels of development of the various regions and the backwardness of the least favored regions. Among the regions concerned, particular attention shall be paid to rural areas, areas affected by industrial transition, and regions which suffer from severe and permanent natural or demographic handicaps such as the northernmost regions with very low population density and island, cross-border and mountain regions. "

In view of the above it can be said that three aspects underlie the concept of social cohesion of the European Union. The first refers to the importance given to employment and to everything related to its promotion and to the protection of workers. As repeated in many documents of the European Union, employment is the best policy of integration and prevention of exclusion. The second concerns the fight against poverty and social exclusion, in the context of the right to sufficient benefits to lead a decent life. The third concerns the reduction of social, economic and territorial inequalities. The novelty lies in the emphasis on the territorial dimension of cohesion, as well as the economic dimension. This is clearly reflected in the criteria for the allocation of funds to balance territorial development and the importance given to infrastructure in territorial cohesion, as stated above. The European Union adopts a clear position with regard to territorial development, assuming that the reduction of inequalities passes through the balance between the regions from the infrastructures and equipment point of view that create the conditions for the improvement of living conditions and economic development. In contrast to the schools of economic thought that rely on market forces to develop territories, the European Union assumes the need to establish compensatory mechanisms to reduce and prevent disparities that can become a threat to social cohesion.

In sum, “the cohesion model that shapes the set of declarations and provisions just described, reflects and updates more heavily the *acquis communautaire* from the European concern for the social issue that we saw in the previous section. It is not an improvised model and it is not organized on principles accepted by all. Nor is it an absolutely guaranteed stability model. It is the result of a long process of conflicts, negotiations, transfers and transactions that reflects the progressive institutional maturation of that historically unique experience that is the construction of the European Union. It has made possible, above all else, that what we call the European Social Model keeps emerging “(Pérez Yruela, 2012).

Social cohesion is therefore the objective that the Constitution must express explicitly as fundamental when the social state is constitutionalised, since it involves, as we have advanced, the capacity of a society to ensure the well-being of all its members – minimizing the differences and preventing marginalization –, to manage differences and divisions and to ensure the means to achieve the well-being of all its members. Social cohesion is the element that links the essential values of our model of social and democratic State of Law: the recognition and guarantee of rights, democracy and the rule of law.

2. The financial armor of the social state

Our Constitution designs an original model of Social State of Autonomies. The specific coordinates that outline the Spanish social State of

Autonomies are deduced first of the Constitution itself. Particularly from the comparison between the general system of social rights or of benefit included in the First Title, and the system of distribution of competences foreseen in Title VIII, articles 148 and 149, where it is detected that the bulk of the matters of autonomous competence correspond to some of the central areas of the social State, such as education, health, social assistance, environment or culture. In addition, the transfer process of powers to the Autonomous Communities has consolidated this tendency, where in any case, the central State assumes competences of legislation or basic regulation, and the Communities assume legislative powers and especially management powers in the respective material areas. It can be said, then, that the social benefits of the Autonomous Communities have ended up being the main instance of development of the social State in Spain.

The Autonomous Communities have thus become, in the Spanish State, the level of government that assumes the leading role and responsibility for the implementation of social rights. This is why the provision of basic public services is the responsibility of the Autonomous Communities, through the design and implementation of the different public policies of social content. In order to implement and enforce them it has been articulated an administrative, functional and personnel structure, dependent on the autonomous institutions of self-government (Sánchez Pino, 2014). Therefore, the satisfaction of the rights of social benefit will, in any case, require a positive action by the autonomous public powers. Only this way will it be possible to meet the obligation of guarantying to the citizenship the catalog of benefits derived from the social State.

The Autonomous Communities, especially those who undertook the reform of their Statutes, have consolidated this dimension of government level. They are now responsible for the social policies in their territory and with respect to their citizens. However, the commitment assumed by the public authorities in relation to the proper functioning of the basic public services, designed to make the welfare State in their territories a reality, requires the corresponding financing of the expenses that these public services generate, so both the implementation and maintenance of social benefits are adequate. Consequently, the Communities must establish and dispose of the necessary financial resources to cover the financial cost of such fundamental public services. And they must therefore ensure, through appropriate constitutional changes, the financial sufficiency which guarantees, in any circumstance, the viability of the fundamental social services derived from the rights to benefits that make the social State a reality.

In the same sense, the document *Por una reforma federal del Estado de las Autonomías* (2012) states that “constitutional reform must address inescapably the role of the principle of horizontal fiscal equity in the overall

financing system, so that the Constitution prefigures how the mechanisms of financial leveling will operate in practice. Art 158.1 CE shows a clear insufficiency on this subject, what advises its absolute reformulation. New regulation of this precept that should be undertaken taking into account one of the main deficiencies that has usually been imputed to the various LOFCA (Organic Law on Funding the Autonomous Communities) systems, and which is maintained or even intensified in the current funding model, namely: opacity or lack of transparency of the instruments through which the fiscal leveling is articulated “.

Among the suggested criteria to avoid this opacity, we highlight the one related to establishing the constitutional guarantee that the Autonomous Communities reach “reasonably comparable levels of public services”, without constitutionally specifying the exact scope of their coverage, which would be materialized in the legislation.

3. Inclusion in the constitution of the non-regression clause of social rights

This reform proposal has already been provided by Amnesty International, Greenpeace and Oxfam (2015). It is incorporated into this work taking into account the magnitude of its content.

We must begin by asserting that the unjustified regression of social rights is against international law and the constitutional principle of legal certainty. However, there is not any clause in our constitutional order that expressly includes the principle of non-regression.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights imposes an obligation on States to progressively advance in terms of social rights: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps ... to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant...” (Art 2.1).

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has stated in its General Comment 3 that “any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.” and that there is “an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal”. For this Committee, the State must justify the full use of the maximum available resources before taking any retrogressive measures and analyze the impact on human rights prior to adopting it, as well as respecting the minimum essential content of rights, and the proportionality, temporality and non-discriminatory nature of the measure. Likewise, the State must guarantee the participation in the design of the measures of the people affected and the organizations that represent them.

For its part, the Human Rights Council stresses that “economic and financial global crises do not diminish the responsibility of state authorities for the realization of human rights” (Resolution S-10/1, 2009). Furthermore, “the exercise of human rights, including the right to health, can not be subordinated to the implementation of structural adjustment policies” (Resolution 11/5, 2009).

In the Council of Europe, the European Committee of Social Rights has derived the principle of non-regression from Article 12 of the European Social Charter. The European Commissioner for Human Rights (2012), denouncing the impact of austerity measures on human rights, especially on social rights, reminded the importance of the principle of non-regression as a necessary guarantee of these rights.

As for comparative law, some Constitutional or Supreme Courts have deduced this principle from their Constitutions. This is the case of Germany, Argentina, Canada, France, Portugal or Italy.

In relation to our constitutional order, Spain can be considered to be legally bound to the principles of progressivity and non-regression, as they have been established in international law, supported by Articles 10.2 and 96.1 CE. Even in Articles 9.2 and 9.3, we could find arguments in favor of this thesis, especially if it is related to the model of social State that our Constitution establishes in its first article.

At the very least, according to that report, the principle of progressivity would imply an obligation of constantly adapting the benefits included on each right to the new needs. In any case, the Constitutional Court has not endorsed the existence of a principle of progressivity of rights in our legal system. In its most recent jurisprudence, the Constitutional Court admits regression without looking for a constitutional justification for them (see SSTC 184/1993, 197/2003, 44/2004, 213/2005 or 128/2009).

In this context, it can be seen how, since the beginning of the economic crisis, regressive measures at the legislative level have multiplied in our country, negatively affecting social rights.

Different United Nations agencies have reported these regressions. These included the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, which recommended Spain to ensure that all measures of austerity implemented maintain the level of protection of economic, social and cultural rights and that they are in all cases temporary, proportional and non-detrimental to these rights. In addition, all austerity measures adopted must identify the essential minimum content of all rights and protect this essential content in any events. The effectiveness of state efforts for the protection of economic, social and cultural rights must also be increased. Similar reasons appear in the Reports on Spain of 2013, from both the ECSR and the European Commissioner for Human Rights.

For all these reasons, since constitutional jurisprudence has seemed to fail to take account of the international law requirements of the principle of non-regression of social rights, it is therefore necessary to expressly recognize it in the Constitution. In particular by adding a new paragraph to article 53, which mentions the elements of the internationally consolidated control model of regressive measures, that we just quoted.

4. *Other proposal of constitutional reform*

To finish this paper, we can add some different aspects of protection of social rights in Spanish Constitution that could be reformed:

1. Constitutionalize a universal and permanent quality education as a fundamental right.
2. Establish the right to health as a fundamental right.
3. Constitutionally recognize the social function of the right to enjoy decent housing.
4. Constitutionally recognize personal autonomy as a fundamental objective of public social policies.
5. Constitutionalize the fundamental right to basic income.
6. Establish the right to a sustainable environment as a fundamental right.

BIBLIOGRAPHY

- AGUDO ZAMORA, M. *Estado social y felicidad*. Madrid. Ed. El Laberinto, 2006.
- *La protección multinivel del Estado social*. Tirant lo Blanch, 2013.
- “La crisis como oportunidad para la evolución del paradigma del Estado social: blindaje, evolución e internacionalización” en *Problemas Actuales de Derecho Constitucional en un momento de crisis*, TUR AUSINA, R. (Dir). Comares, 2015.
- “Cohesión y derechos sociales ante la reforma constitucional” en *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*, ALVAREZ CONDE, E. (Dir). Comares, 2017.
- “La regla del diamante: diez propuestas de reforma constitucional para blindar los derechos sociales” en *La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, CANO BUESO, J. y ESCUREDO RODRIGUEZ, R. (Dir.). Tirant lo Blanch, 2017.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. Greenpeace, Oxfam Intermón. *Una reforma para blindar los derechos humanos*, 2015.
- CARMONA CUENCA, Encarna. “La protección social en la Unión Europea”. *I Foro Andaluz de Derechos Sociales*. Tirant Lo Blanch, 2009.
- CONSEJO DE EUROPA. *Revised Strategy for Social Cohesion*, 2004.
- DOCUMENTO. *Por una reforma federal del Estado autonómico*. Fundación Alfonso Perales, 2012.

- FONT GALAN, J.I. “Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional. Una reflexión constitucional” *Revista de Fomento Social*, nº 275, 2014.
- FONT OPORTO, P. “Ruptura del consenso socialdemócrata y crisis del modelo de Estado”. *Revista de Fomento Social*, núm. 266, 2012.
- GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial, 1982.
- GARCIA ROCA, J. (Ed.). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Thomson-Reuters Aranzadi, 2014.
- HINOJOSA, J.J. en *Decálogo de conclusiones del Foro del Estado Autonómico* (AGUDO, M. coord). Centro de Estudios Andaluces, 2013.
- MONEREO PEREZ, J. L. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Consejo Económico y Social, 1996.
- PEREZ YRUELA, M. *Modelo de cohesión social en Europa ¿Aplicabilidad en América latina?*. Instituto de Estudios Sociales Avanzados (IESA/CSIC), 2012.
- PORRAS NADALES, A. “El Estado social” en *Manual de Derecho Constitucional*, Agudo Zamora y otros. Tecnos, 2014.
- *Introducción a una teoría del Estado postsocial.*, P.P.U., 1988.
- ROURA GOMEZ, S. “El desarrollo del Estado social autonómico” en *El papel de Andalucía en la construcción del Estado social autonómico*. Centro de Estudios Andaluces, 2013.
- SANCHEZ PINO, A. (coord.). *Cuestiones claves en el desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*. Tirant lo Blanch, 2014.

THE CONSTITUCIONAL BASIS OF SOCIAL RIGHTS IN THE PHILIPPINE*

Bases constitucionales de los derechos sociales en Filipinas

Ngina Teresa Chan-Gonzaga
Professor of Political Science and Civil Law
Ateneo of Manila University
mcgonzaga@ateneo.edu

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp81-106](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp81-106)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

La aprobación de la Constitución de 1973 supuso un gran salto en la regulación de la justicia social y los derechos sociales con respecto a los anteriores textos constitucionales, si bien los derechos civiles y políticos continúan teniendo un carácter preeminente.

La Constitución de 1973 prevé siete áreas sociales que deben gozar de especial prioridad: el trabajo, la agricultura y los recursos sociales, la salud, la mujer, entre otros. Es verdad que el Congreso ha aprobado numerosas normal en esta materia, pero ello no ha sido suficiente.

Palabras clave

Filipinas; Constitución de 1973; derechos sociales; insuficiente.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Chan-Gonzaga, Ngina Teresa. 2018. "The constitutional basis of social rights in the Philippine". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 81-106. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp81-106](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp81-106).

Abstract

The adoption of the 1973 Constitution supposed a great improvement in the regulation of social justice and social rights in comparison to the previous constitutional texts, but civil and political rights continue having a preeminent character.

The 1973 Constitution provides seven key areas for prioritization: labor, agriculture and natural resources, health, women, among others. It is true that Congress has enacted a good number of social legislation in with with these priority areas, but this has not been enough.

Keywords

Philippines; 1973 Constitution; social rights; insufficient.

SUMARIO: I. PRE-1987 PHILIPPINE CONSTITUTIONAL LAW: HISTORICAL CONTEXT AND INFLUENCES. II. CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE INSTALLATION OF SOCIAL RIGHTS AND SOCIAL JUSTICE. 1. *Precursors to the current roster of provisions.* 2. *A Survey of relevant social provisions.* 3. *The legislative “Follow Through”.* III. SOCIAL RIGHTS AND THE EMPOWERED COURT. 1. *Judicial review and the expanded power of the supreme court.* 2. *Justiciability issues and the court’s treatment of social rights.* IV. A FINAL WORD. *BIBLIOGRAPHY.*

I. PRE-1987 PHILIPPINE CONSTITUTIONAL LAW: HISTORICAL CONTEXT AND INFLUENCES

The 1896 Philippine Revolution gave birth to the First Philippine Republic of 1898, with “a full-dress civil government and a republican Constitution”.¹ It was short-lived however because hardly had a breath been taken in the Philippine islands after the Spanish colonial authorities left when the Americans came marching in. By 1901, Manila saw the American civil government firmly entrenched.

In his keynote at the Third Scientific Congress on the Law of the Philippines and Spain, Professor Ruben Balane noted that the linguistic shift in the Philippines from Spanish to English was “cataclysmic for legal scholarship”, especially in civil law. As the author is a child of that cataclysm, it is perhaps fortunate that the topic of this paper is more public than private law. The Philippine experience, as far as early constitutional law is concerned, is decidedly American.

Prior to becoming a territory of the United States of America, the Philippines saw what might be considered the indigenous drafting of charters: (1) the *Cartilla* and the *Sangguniang-Hukuman*, the Charter and Code of Laws and Morals of the Katipunan, drawn up by Emilio Jacinto; (2) the “*Constitucion Provisional de la Republica de Filipinas*” which the revolutionary Republic of Biak-na-Bato came up with in 1897; and (3) “*Constitucion politica*” or the Malolos Constitution drawn up and approved by the Malolos Congress in 1899.²

¹ Ruben F. Balane, Professor, Ateneo de Manila University School of Law, University of the Philippines College of Law, and University of Santo Tomas Faculty of Civil Law, Keynote Address at the Third International Scientific Congress on the Law of the Philippines and Spain: The Spanish Roots of Philippine Law (11 May 2017, Universidad de Malaga, Spain).

² *The Philippine Constitution: Sources, Making, Meaning, and Application* 7 (Jose M. Aruego, et al., eds., 1969); see also Rufus B. Rodriguez, *Constitutionalism in the Philippines* 7-8, 11 (1997).

These early attempts at a governing document however were symbolic and limited at best, both as to the period within which they were supposed to have been in effect, as well as the reach of their authority. These were never fully implemented throughout the Philippines, nor did they obtain recognition on the part of other sovereign states.³ In any case, by 1899, the Spanish-American War had ended and the Philippines ceded to the United States.⁴

American occupation, at the turn of the 20th century, is when Philippine constitutionalism, as we know it today, began. It grew from the early constitutional documents enacted by the United States government, namely: (1) President McKinley's Instruction to the Second Philippine Commission of 1900; (2) the Philippine Bill of 1902; and (3) the Philippine Autonomy Act of 1916.

Since the early organic documents were transplants from the American constitutional experience, it was the most natural thing therefore to rely and bank on the jurisprudence of the United States [federal] Supreme Court when it came to interpreting and construing the documents mentioned, as they applied to our own situation and our own governance. American jurisprudence therefore became the most authoritative source of elucidation and enlightenment for our fledgling courts. Even today, American case law is regarded as persuasive by Philippine courts.⁵ For instance, in a case dealing with mandatory drug testing among students of secondary and tertiary schools, the Court turned to the cases of *Vernonia School District 47J v. Acton* (1995) and *Board of Education of Independent School District No. 92 of Pottawatomie County, et al. v. Earls, et al.* (2002) and observed that American case law is "a rich source of persuasive jurisprudence."⁶

³ Noted historian, Dr. Gregorio F. Zaide, actually lists more constitutional documents during the Revolutionary Period of 1892-1898, i.e., (1) the Katipunan Constitution (1892), the Evangelista Constitution (1896), the Biak-na-Bato Constitution (1897), Emilio Jacinto's *Pakatatag ng Pamahalaan sa Hukuman ng Silangan* (1898), the Makabulos Constitution (1898), the Ponce Constitution (1898), Paterno's Autonomous Program (1898), the Organic Decree of June 23, 1898, Apolinario Mabini's Constitutional Programme of the Philippine Republic (1899), and the Malolos Constitution (1899). Gregorio F. Zaide, *Philippine Constitutional History and Constitutions of Modern Nations* (1989).

⁴ Treaty of Peace between the United States of America and the Kingdom of Spain (Treaty of Paris), December 10, 1898.

⁵ *Ang Ladlad LGBT Party v. Commission on Elections*, G.R. No. 190582 (S.C., April 8, 2010).

⁶ *Social Justice Society v. Dangerous Drugs Board*, G.R. Nos. 157870, 158633 & 161658 (S.C., November 3, 2008).

What this meant was that in just a little over three decades since the ratification of the Treaty of Paris, the Philippines already had “constitutional jurisprudence” to speak of.⁷

By 1934, the United States Congress passed the Tydings-McDuffie Law and the establishment of the Commonwealth Government, under a constitution drafted and ratified by the Filipino people, was within reach. By March of 1935, President Franklin D. Roosevelt approved the draft of the Constitutional Convention and by May, the Filipino electorate ratified it by an overwhelming majority vote.⁸ This was that Constitution which was supposed to serve for the transition period, envisioned to last for ten years, after which the Commonwealth of the Philippines would become the Republic of the Philippines.

As history will attest however, any roadmap or plan for timely independence was disrupted by the outbreak of the Second World War. During this period, a constitution – now rarely acknowledged – was approved by the so-called Preparatory Committee on Philippine Independence and ratified by the KALIBAPI Convention in September of 1943. KALIBAPI is the *Kapisanan ng Paglilingkod sa Bagong Pilipinas* or the Association for Service to the New Philippines. It was the sole political party during the Japanese occupation.⁹

After the relatively brief interlude under the Japanese, the Philippines returned to the Commonwealth arrangement, with the Philippine government operating under the auspices of the 1935 Constitution until (and beyond) independence in 1946. After independence however, this became the source of tension as there were many who felt that a sovereign state should function under a constitution fashioned independent of any foreign involvement or intervention; and that could hardly be said of the FDR-approved 1935 Constitution.¹⁰

⁷ See *Churchill v. Rafferty*, G.R. No. 10572 (S.C., December 21, 1915) and *U.S. v. Toribio*, G.R. No. 5060 [January 26, 1910] which looked into the scope of inquiry in resolving questions of validity involving statutes as well as the nature and scope of police power; and *Cariño v. Insular Government of the Philippine Islands*, No. 72 (February 23, 1909), which went up on appeal to the US Supreme Court and dealt with the concept of native title and indigenous communities’ ancestral land.

⁸ Renato R. Pasimio, *The Philippine Constitution (Its Evolution and Development) and Political Science* 102 (1991).

⁹ *Id.* at 144; see also Rodriguez, *supra* note 4 at 35.

¹⁰ Such approval was required by Section 3 (Submission of Constitution to the President of the United States) of the 1934 Philippine Independence Act (Tydings-McDuffie Act) or An Act to provide for the complete independence of the Philippine Islands, to provide for the adoption of a Constitution and a form of government for the Philippine Islands, and for other purposes.

By the 1960s, the Philippine Congress resolved to set up a Convention whose task it would be to propose amendments to the fundamental law. But before the elected 1971 Constitutional Convention (Con-Con) could even finish its task, then President Ferdinand Marcos imposed martial law on September 21, 1972. Considering the diverse composition of the Convention, it came as no surprise that among its numbers included opposition leaders who were very quickly the subject of arrests and detentions, such as [future Senator and Vice President] Teofisto Guingona Jr. A number of the delegates also chose to go into exile abroad, including vocal critics of Mr. Marcos such as [future Senator] Heherson Alvarez. The remaining members of the Convention however decided to continue their work, notwithstanding the trying and uncertain times. The result was a hasty and somewhat problematic draft¹¹ finalized and submitted to the President on November 30, 1972, just a little over two months after the declaration of Martial Law.¹² The very next day, and in compliance with the dictates of the 1935 Constitution which required a plebiscite for charter change, President Marcos then issued a decree “[s]ubmitting to the Filipino People, for ratification or rejection, the Constitution of the Republic of the Philippines proposed by the 1971 Constitutional Convention”, and setting the date of the plebiscite on January 15, 1973.¹³

A week before the scheduled date, however, Mr. Marcos – perhaps fearful that a NO vote would prevail – decided to issue a General Order directing that the national plebiscite be “postponed until further notice”.¹⁴ It appeared that also just a week prior to said Order, he had created Citizens Assemblies through yet another of his infamous Presidential Decrees.¹⁵ These Citizens Assemblies were allegedly being asked the question: “*Do you like the plebiscite on the proposed Constitution to be held later?*” and the president was

¹¹ Augusto Caesar Espiritu, *How Democracy was Lost: A Political Diary of the Constitutional Convention of 1971-1972* 125 (1993) (journal entry of November 18, 1972). Espiritu, a Con-Con member, writes: “*We now have a brand new Constitution. A Marcos Constitutional Authoritarianism has ben institutionalized. The lapdogs of the dictator were delirious with joy. I remember that the British Prime Minister Gladstone had called the American Constitution ‘the most wonderful work struck off at a given time by the brain and purpose of man.’ Our brand new Constitution is the opposite; it is the most despicable work struck off at a given time by the warped brain and purpose of man, to his lasting disgrace.*”

¹² The Convention adopted Resolution No. 5843 proposing to Mr. Marcos that a decree be issued calling a plebiscite for the ratification of the draft Constitution.

¹³ Pres. Dec. No. 73 (December 1, 1972).

¹⁴ General Order No. 20 (January 7, 1973).

¹⁵ Creating Citizens Assemblies, Pres. Dec. No. 86 (December 31, 1972). These were created in each barrio in every municipality and municipal district, and in each district in every chartered city, “to broaden the base of citizen participation in the democratic process and to afford ample opportunities for the citizenry to express their views on important national issues”. They consisted of all citizens, at least 15 years old, residing in the area.

asserting in G.O. 20 that it was “necessary to hold the plebiscite in abeyance until the people’s preference has been ascertained”.

But while most people were still trying to come to terms with the postponement, Mr. Marcos – through Proclamation No. 1102 – issued only 10 days after the deferment of the plebiscite, announced that the proposed Constitution had been approved “by an overwhelming vote of the members of the Citizens Assemblies.” He said that, on January 5, 1973,¹⁶ the Citizens Assemblies had been asked the questions: *Do you approve of the New Constitution? Do you still want a plebiscite to be called to ratify the new Constitution?* Allegedly, 14.5 million of all the Citizens Assemblies voted for the adoption of the proposed Constitution, as against approximately 750,000 who voted for its rejection. On the question of whether or not the people would still like a plebiscite, 14.3 million reportedly answered that there was no more need for one. Since that meant a reported 95% were in favor, Mr. Marcos certified and proclaimed that there had been ratification and the new Constitution had come into effect.¹⁷

Predictably, petitions for certiorari were very quickly filed by citizens with the Supreme Court. Then Chief Justice Roberto Concepcion declared that he could not “in good conscience, declare that the proposed Constitution has been approved or adopted by the people in the citizens’ assemblies all over the Philippines, when it is, to my mind, a matter of judicial knowledge that there have been *no* such citizens’ assemblies in *many* parts of Manila and suburbs, not to say, also, in other parts of the Philippines.”¹⁸

But to the question of whether the proposed Constitution was in force, four (4) Justices held that it was in force “by virtue of the people’s acceptance thereof”; four (4) cast no vote thereon on the premise that they could not state with judicial certainty whether the people have accepted the Constitution or not; and two (2) Justices voted that the Constitution was not in force – with the result therefore that there were not enough votes to declare that the new Constitution was not in force. So the very divided Court ruled that “there [was] no further judicial obstacle to the new Constitution being considered in force and effect.”¹⁹ And for the next 14 years, the 1973 Constitution – amended along the way to solidify Mr. Marcos’ dictatorial powers²⁰ – reigned.

¹⁶ Note that this is before the issuance of G.O. 20 which postponed the plebiscite.

¹⁷ Announcing the Ratification by the Filipino People of the Constitution Proposed by the 1971 Constitutional Convention, Proclamation No. 1102, (January 17, 1973).

¹⁸ *Javellana v. Executive Secretary*, G.R. Nos. L-36142, L-36164, L-36165, L-36236 & L-36283 (S.C., March 31, 1973). This was contained in the resolution Concepcion wrote but which particular point was not necessarily shared by the others on the Court.

¹⁹ *Id.*

²⁰ An amendment in 1976 allowed Mr. Marcos to continue exercising legislative powers until martial law shall have been lifted. But even beyond such lifting of martial law (which happened in 1981), another amendment allowed him to continue exercising

When the 1986 People Power Revolution²¹ saw the Marcoses deposed and fleeing into Hawaiian exile, Corazon Aquino came into power, not through the apparent auspices of the 1973 Constitution, but in defiance thereof. On March 25, 1986, or a month after the revolution, President Aquino established a Provisional Constitution, fittingly and fondly known as the “Freedom Constitution.”²² A key provision therein required that a Commission be appointed to draft a new Charter with utmost speed so that this could be presented to the people, “consistent with the need both to hasten the return of normal constitutional government and to draft a document truly reflective of the ideals and aspirations of the Filipino people.”²³

The Aquino-appointed Constitutional Commission (Con-Com) started work on the 1st day of June 1986 and finished its work in October, less than 20 weeks since it commenced.²⁴ A campaign was launched to inform the people of the proposed draft and a plebiscite on February 2, 1987 then saw the overwhelming ratification of the new Constitution.

II. CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE INSTALLATION OF SOCIAL RIGHTS AND SOCIAL JUSTICE

1. *Precursors to the current roster of provisions*

Social justice and social rights did not figure very prominently in the earlier charters. The 1899 Malolos Constitution alluded to public instruction

legislative fiat should there be, *inter alia*, a grave emergency or a threat or imminence thereof “in his judgment”.

²¹ The revolution, also popularly known as the EDSA Revolution after the main thoroughfare in the capital where the masses of people gathered, was the culmination of mounting protests against Mr. Marcos and occurred a week after he was proclaimed president in the February 7 snap elections which was marred by massive cheating. The Marcoses fled on February 25, 1986.

²² Declaring a National Policy to Implement Reforms Mandated by the People Protecting Their Basic Rights, Adopting a Provisional Constitution, and Providing for an Orderly Transition to a Government Under a New Constitution, Proclamation No. 3 (March 25, 1986).

²³ CONST. (Freedom), Art. V, § 2.

²⁴ While it is the author’s opinion that President Aquino would have preferred an elected commission instead of an appointed one, the need for “complete reorganization of the government, restoration of democracy, protection of basic rights, rebuilding of confidence in the entire government system, eradication of graft and corruption, restoration of peace and order, maintenance of the supremacy of civilian authority over the military, and the transition to government under a New Constitution in the shortest time possible” – as seen in the preambular clause of Proclamation No. 3, s. 1986, prevailed.

being obligatory and free of charge in state schools,²⁵ but it did not mention much else. The organic documents of American extraction were understandably more concerned with political matters and governmental processes; and while there was indeed mention of civil and political rights, there were none regarding the economic or social kind.

This lack was noted during the discussions of the drafters of the 1935 Constitution. A 1924 case, *People vs. Pomar*,²⁶ was particularly bannered in the Con-Com as an example of a stubborn adherence to the concept of *laissez faire* which should not be countenanced under the charter. One of the delegates, Jose P. Laurel, asserted that the decision in that case could no longer be tolerated in light of the “social provisions” of the new Constitution.²⁷

Section 5 of the Declaration of Policies of the 1935 Constitution therefore admonished the State to be concerned with “the promotion of social justice to insure the well-being and economic security of all the people.”²⁸ It also contained other provisions on public education, as well as labor and agrarian matters. The 1943 Constitution simply replicated – almost entirely – what there was in the 1935 version.²⁹

The 1935 provisions did prove useful in constitutional litigation when, on many occasions, the judiciary chose to be guided by these in exercising judicial review. The aforementioned Section 5 “revolutionized judicial attitude to the right of property and to the powers of government in relation to the regulation of property”.³⁰

²⁵ CONST. (Malolos), Art. 23.

²⁶ *People v. Pomar*, 46 Phil. 440 (1924). *People v. Pomar* chose to uphold freedom of contract over a social justice measure that mandated an expanded maternity leave, with the Court arguing that the liberty to contract is part of what’s guaranteed by the due process clause.

²⁷ 3 JOURNAL OF THE 1935 CONSTITUTIONAL CONVENTION 1073 (Francisco ed.), as cited in Joaquin G. Bernas, *The 1987 Constitution of the Republic of the Philippines: A Commentary* 45 (2008 ed.)

²⁸ CONST. (1935), Art. II, § 5.

²⁹ The earlier Constitution provides in part “... The Government shall establish and maintain a complete and adequate system of public education, and shall provide at least free public primary instruction, and citizenship training to adult citizens...” Except for changing the word “public” to “national” in qualifying “education”, the 1943 version is the same.

On the matter of labor and agrarian matters, the 1935 and the 1943 Constitutions had the exact same provision: “The State shall afford protection to labor, especially to working women and minors, and shall regulate the relations between landowner and tenant, and between labor and capital in industry and in agriculture. The State may provide for compulsory arbitration.”

³⁰ Bernas, *supra* note 29 at 20.

The 1973 Constitution had a more extensive repertoire of provisions that dealt with social rights³¹ and had a fairly strong statement on social justice: “*The State shall promote social justice to ensure the dignity, welfare, and security of all the people. Towards this end, the State shall regulate the acquisition, ownership, use, enjoyment and disposition of private property, and equitably diffuse property ownership and profits.*”³²

While this was a significant improvement, there was still no question that these provisions were not to be considered on the same level, even in theory, as the enshrined civil and political rights. Writing in his journal during this time, Con-Con member Augusto Espiritu recounts an attempt to advance the status of social rights in the draft charter:

This was what differentiated prewar Constitutions from the modern Constitutions of democratic nations, I said. The ideas of social progress and of social and economic rights find emphasis in postwar democratic Constitutions.... Bengzon intervened: These ideas are spread in the different provisions in the new Constitution. My response was that they are so scattered as to be ineffective.³³

Civil and political rights were considered self-executory guarantees that could, by themselves, be considered as giving an individual a cause of action against the State. Not so with the social and economic rights. The predominant thought was that the State had to legislate in order to give them flesh. The tricky part then, of course, was that the dictator *was* legislator. Be that as it may, the Court persistently appealed to the social justice clause in the 1973 Constitution and noteworthy cases included ones which involved labor rights.³⁴

³¹ Article II of the 1973 Constitution included the following:

SEC. 7. The State shall establish, maintain, and ensure adequate social services in the field of education, health, housing, employment, welfare, and social security to guarantee the enjoyment by the people of a decent standard of living.

SEC. 9. The State shall afford protection to labor, promote full employment and equality in employment, ensure equal work opportunities regardless of sex, race, or creed, and regulate the relations between workers and employers. The State shall assure the rights of workers to self-organization, collective bargaining, security of tenure, and just and humane conditions of work. The State may provide for compulsory arbitration.

Moreover, Section 12 of the Article on the National Economy and Patrimony directed that the State formulate and implement an agrarian reform program aimed at tenant emancipations and the achievement of goals enunciated in the Constitution. As an aside, that didn't quite happen and the farmers and peasants were amongst the most disenfranchised during martial law.

³² CONST. (1973), Art. II, § 6.

³³ Espiritu, *supra* note 13 at 114 (journal entry of November 27, 1972).

³⁴ Bernas, *supra* note 29 at 48.

The foregoing notwithstanding, the prevailing sentiment in 1986 was that past administrations and legislatures had come up short in effecting meaningful mechanisms to promote and evolve social justice for the ordinary Filipino. While the Con-Com was resolved to give it consequence and meaning, it was in a bind. Attempting to do what the others who had gone before had failed to do, i.e., providing detailed ways of guaranteeing the realization of social justice and the attainment of social rights, proved to be problematic. Mulling this problem barely two months into the process, Con-Com member Joaquin Bernas, wrote:

[T]he Commission must cope with two problems. First, the concerns of the Con-Com are myriad and the Con-Com has imposed on itself a time limit. A tremendous amount of time will be needed if it is to “legislate” on social justice, an admittedly complicated problem. Second, it cannot claim to be a “representative” group because it is not an elected body. It does not have a “popular” mandate. Should it therefore be satisfied with ensuring the establishment of a truly representative legislature, a legislature with a truly mass mandate, and entrusting to that legislature, in the strongest possible terms, the duty of giving meaning to social justice?³⁵

The “time limit” he spoke of was in consonance with the directive of President Aquino for the Con-Com to act with “utmost speed”. Indeed they submitted the draft for ratification in under five months and left most of the responsibility of en fleshing the social provisions to Congress; but they did their best to pack a multitude of social rights in the draft. Provisions that may be viewed conservatively as merely authorization for the State to act but which could also be seen radically as command directives for the State to act.³⁶

2. *A survey of relevant social provisions*

By far, the 1987 Constitution trumps all constitutions that came before it in sheer number of provisions which sally forth on social rights and social justice. These provisions can be seen mainly in two Articles of the Constitution: (a) Article II which provides the basic ideological principles and policies that the framers maintain underpin the Constitution; and (b) Article XIII entitled Social Justice and Human Rights.

Article II sets forth the Declaration of Principles and State Policies. The counterpart article in the 1935 Constitution had five (5) provisions, the 1973

³⁵ Joaquin G. Bernas, SJ, *A Living Constitution: The Cory Aquino Presidency* 55-56 (2000); first published in *Veritas* (July 6, 1986).

³⁶ Froilan M. Bacungan, *Universal Human Rights: A Reality in the Constitution of the Philippines* 300 (2012).

version had ten (10), and the 1987 incarnation has twenty-eight (28). Of these, the first 5 were denominated as “principles”,³⁷ while §6 to §28 were denominated as “policies”.³⁸ What sets the 1987 version apart from the earlier 1935 and 1973 ones is that there was an attempt to make a distinction between what ought to be considered as “principles” from what were mere “policies”. The distinction was material in that the former were supposed to be binding rules while the latter were merely “guidelines” for the State.

In actuality, however, the distinction is more apparent than real because not all of the six principles have been treated in jurisprudence as self-executory and the Court has ruled that these needed legislation since they did not as yet confer enforceable rights. And yet a few of the guiding “policies” have actually been deemed by the courts as anchoring justiciable rights. More on this in the next section.

Aside from the provisions in Article II, the 1987 Constitution also has Article XIII entirely devoted to social justice and human rights, separate and distinct from the Bill of Rights (Article III). The very first section of this Article mandates Congress to “give highest priority to the enactment of measures that protect and enhance the right of all the people to human dignity, reduce social, economic, and political inequalities, and remove cultural inequities by equitably diffusing wealth and political power for the common good.” To this end, the State is supposed to regulate the acquisition, ownership, use, and disposition of property and its increments.³⁹

The Article identifies seven key areas for prioritization:

1. *Labor*. The constitutional directive on labor is couched in expansive language – mandating the State to afford “full protection” to labor and

³⁷ CONST. (1987), Art. XIII, § 1 (democratic and republic state); § 2 (renunciation of war; adoption of international law principles; policy of peace, freedom and amity); § 3 (civilian supremacy and the role of the armed forces); § 4 (compulsory military and civil service); § 5 (prerequisites for the enjoyment of the blessings of democracy); and § 6 (separation of Church and State)

³⁸ In this Article, all provisions which deal directly or indirectly with social rights belong to the “policies” cluster: § 9 (promotion of a just and dynamic social order); § 10 (promotion of social justice in national development); § 14 (recognition of the role of women in nation-building; fundamental equality); § 15 (protection and promotion of the right to health); § 16 (protection and advancement of the right to a balanced and healthful ecology); § 17 (priority to education, science and technology, arts, culture, and sports); § 18 (affirmation of labor as a primary social economic force; protection of the rights of workers); § 19 (development of a self-reliant and independent national economy); § 21 (promotion of comprehensive rural development and agrarian reform); § 22 (recognition and promotion of the rights of indigenous cultural communities); and § 23 (encouragement of non-governmental, community-based, or sectoral organizations).

³⁹ CONST. (1987), Art. XIII, § 1.

encompassing in its protection workers both “local and overseas” as well as “organized and unorganized”. It is also very detailed and guarantees a list of rights: self-organization, collective bargaining and negotiations, peaceful concerted activities, security of tenure, humane work conditions, a living wage, and participation in policy and decision making.⁴⁰

2. *Agrarian and natural resources reform.* One of the more controversial issues of the constitutional debates involved a decades-old social problem – that of agrarian reform. The 1987 Constitution was not the first to tackle this issue and the ConCom members, painfully aware of the letdown previous attempts at reform became, provided more expanded provisions in the current Constitution than those found in previous ones. The directive of the mother provision in this part of Article XIII is for the State to undertake a program founded on the rights of farmers and regular landless farm workers to own the lands that they till or to receive a just share of the fruits of their labors. Not only that, but the State should also recognize the rights of the various stakeholders – including the farmers – to participate in the management of the reform program. Reforms are not only limited to land and agrarian resources but also to natural resources, with a special mention of the rights of indigenous cultural communities to their ancestral lands. Moreover, a novel addition to the 1987 Constitution is the mandated protection of the rights of subsistence fishermen to the preferential use of the communal marine and fishing resources – a commonsensical, albeit belated, recognition that the maritime territory of archipelagic Philippines far outstrips her terrestrial area.⁴¹
3. *Urban land reform and housing.* While conceding that efforts had been made in the past to try and address the subhuman conditions of the urban poor’s housing, the Chairperson of the Con-Com’s Committee on Social Justice, Ma. Teresa F. Nieva, nevertheless argued that efforts were far from satisfactory.⁴² Article XIII directs the State to undertake a continuing program of urban land reform and housing while also promoting sufficient employment opportunities to the underprivileged and homeless citizens in the urban centers as well as the resettlement areas. This program, the relevant provision adds, must be undertaken in cooperation with the private sector. Moreover, in reaction to the violence and damage which often marked demolitions and evictions in the past, a separate

⁴⁰ CONST. (1987), Art. XIII, § 3.

⁴¹ Sections 4-8, Article XIII CONST. (1987), Art. XIII, §§ 4 to 8.

⁴² II RECORD OF THE CONSTITUTIONAL COMMISSION 607 (1986), as cited in Bernas, *supra* note 29 at 658.

- provision mandates that these can only be undertaken in accordance with law and always in a manner that is just and humane. Every relocation should also have prior consultation with those to be relocated as well as members of the community to which they are to be transferred.⁴³
4. *Health.* The recognition of the people's right to health is secured by the adoption of an integrated approach to health development with the end goal of easing access to affordable health and other social services.⁴⁴ Certain marginalized sectors are ordered prioritized in these matters, such as those who are underprivileged, sick, elderly, women, children and the disabled.⁴⁵
 5. *Women.* A distinct provision is also postulated for working women and the State is instructed to protect them by providing: (1) working conditions that do not lack for safety and health, and which take into account their "maternal functions"; and (2) facilities and opportunities for their welfare and the realization of their potential.⁴⁶
 6. *Peoples' organizations.* Empowering the people would seem to be a natural part of a charter born of a "people power revolution" and Article XIII keeps faith with that expectation. Sections 15 and 16 talk of the role of independent (and voluntary) people's organizations within the democratic framework as well as the right of the people to participate – in an effective and reasonable manner at all levels of social, political, and economic decision-making.⁴⁷
 7. *Structures for human rights protection and promotion.* This Article is also the birthing place of the Commission on Human Rights,⁴⁸ the independent national human rights institution of the Philippines, which has been considered by the present Administration (and most of the previous ones) as a critical thorn in the side. Had the Commission been of ordinary statutory creation, it would have possibly been more vulnerable, but since the Constitution itself mandates the Commission's creation and provides it with powers and functions,⁴⁹ it occupies a somewhat more favored position, albeit not one at par with the traditional independent and fiscally autonomous Constitutional Commissions.⁵⁰

⁴³ CONST. (1987), Art. XIII, §§ 9 and 10.

⁴⁴ CONST. (1987), Art. XIII, §§ 11 to 13.

⁴⁵ The State is in fact mandated to establish an agency for persons with disabilities.

⁴⁶ CONST. (1987), Art. XIII, § 14.

⁴⁷ CONST. (1987), Art. XIII, §§ 15 and 16.

⁴⁸ CONST. (1987), Art. XIII, § 7.

⁴⁹ CONST. (1987), Art. XIII, § 18.

⁵⁰ The term "constitutional commissions" traditionally refers to the Commission on Elections, the Commission on Audit, and the Civil Service Commission.

3. The legislative “Follow Through”

Given all the foregoing, has enough been done? How has Congress tried to compass the grand constitutional plans?

The author does not discount the fact that for the most part, the objectives discussed above were meant to be legislative priorities. It is true that Congress has enacted a good number of social legislation in line with the Article XIII priority areas and a few are discussed below:⁵¹

1. *Labor*. Various laws have been passed to amend and enhance the 1974 Labor Code. Moreover, there have been other statutes covering different areas such as a law which established labor standards for domestic workers “towards decent employment and income, enhanced coverage of social protection, respect for human rights and strengthened social dialogue”⁵²; a law which sought to improve workers’ conditions by instituting a scheme for the portability of social security benefits⁵³; a law declaring sexual harassment unlawful in employment, education or training settings⁵⁴; and a law which recognized migrant workers’ welfare as the subject of government priority, acknowledging their important contribution to the national economy.⁵⁵
2. *Agrarian and natural resources reform*. The plight of the landless farmers and farmworkers has always been a difficult and divisive issue. It was, in fact, lengthily discussed in the public spaces of debate whether the issue was something that then President Aquino ought to address with her temporary legislative fiat, or if it was something that was better left to an elected Congress.⁵⁶ It was ultimately left to the Congress, which enacted the Comprehensive Agrarian Reform Law in June 1988.⁵⁷ The program is premised on the right of farmers to directly own the lands that they cultivate. The State’s declared policy was to encourage – subject to retention limits and just compensation – the equitable distribution of agricultural lands. The program was slated to be finished in 1998 but had been extended twice for being far

⁵¹ The discussion does not presume to cover or enumerate all relevant legislation.

⁵² The Domestic Workers Act (*Kasambahay Law*), Rep. Act No. 10361 (2013).

⁵³ The Portability Law, Rep. Act No. 7699 (1994).

⁵⁴ Anti-Sexual Harassment Act, Rep. Act No. 7877 (1995).

⁵⁵ Migrant Workers and Overseas Filipinos Act, Rep. Act No. 8042 (1995).

⁵⁶ Bernas, *supra* note 37 at 194-196; first published in *Inquirer* (May 29, 1987).

⁵⁷ An Act Instituting a Comprehensive Agrarian Reform Program to Promote Social Justice and Industrialization, Providing the Mechanism for its Implementation, and for Other Purposes (Comprehensive Agrarian Reform Law), Rep. Act No. 6657 (1988).

- from completing targets.⁵⁸ The last extension was allowed only for 5 years or until 2014, after which only land distribution to beneficiaries with already existing notices of coverage will continue.⁵⁹
3. *Urban land reform and housing.* The Urban Development and Housing Act was passed in 1992 to provide for a program wherein the State undertook to, among other things, “uplift the conditions of the underprivileged and homeless citizens in urban areas and in resettlement areas by making available to them decent housing at affordable cost, basic services, and employment opportunities” and provide for the rational use and development of urban land in order to bring about “equitable utilization of residential lands in urban and urbanizable areas with particular attention to the needs and requirements of the underprivileged and homeless citizens and not merely on the basis of market forces”.⁶⁰ Rent control laws, primarily aimed at protecting poor and middle-income families, have also been passed periodically.⁶¹
 4. *Health.* An early measure to reinforce this social right was the Generics Act of 1988 which sought to require, among other things, the use and acceptance of medicines identified by their generic appellations.⁶² Congress has also enacted the National Health Insurance Act which put up the Philippine Health Insurance Corporation.⁶³ A [relatively] recent landmark statute that was controversial and hard fought for many long years is the reproductive health law. Opposed by the traditional quarters of the Catholic Church, this law recognized, among other things, reproductive health rights and the right of choice in accordance with religious convictions, ethics, cultural beliefs, and the demands of responsible parenthood. It guaranteed universal access to

⁵⁸ It was first extended in 1998 by Rep. Act No. 8532, and then again in 2009 by Rep. Act No. 9700.

⁵⁹ An Act Strengthening the Comprehensive Agrarian Reform Program, Extending the Acquisition and Distribution of All Agricultural Lands, Instituting Necessary Reforms, Amending for the Purpose Certain Provisions of Republic Act No. 6657, Otherwise, Known as the Comprehensive Agrarian Reform Law of 1988, as amended, and appropriating funds therefor, Rep. Act No. 9700, § 30 (2009).

⁶⁰ Urban Development and Housing Act, Rep. Act No. 7279, § 2 (a) and § 2(b) (1) (1992).

⁶¹ The Rent Control Act, Rep. Act No. 9653 (2009).

⁶² The Generics Act, Rep. Act 6675 (1988).

⁶³ National Health Insurance Act, Rep. Act 7875, § 2 (1995). The program emphasizes the government prioritization of health to bring about faster economic development and improved quality of life. The express guiding principles of the program set out in the law include equity, social solidarity, and care for the indigent.

- reproductive health care services and sought to give preferential access to those identified as marginalized.⁶⁴
5. *Women.* Congress has also passed the comprehensive *Magna Carta of Women*⁶⁵ which integrated provisions of international human rights treaties such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Its Declaration of Policy reads in part: “Recognizing that the economic, political, and sociocultural realities affect women’s current condition, the State affirms the role of women in nation building and ensures the substantive equality of women and men. It shall promote empowerment of women and pursue equal opportunities for women and men and ensure equal access to resources and to development results and outcome.”⁶⁶
 6. *Peoples’ organizations.* “[To harness] people power towards the attainment of economic development and social justice” – this is the avowed value behind the Cooperative Code, passed in 1990. Defining “cooperative” as an autonomous and duly registered association of persons, with a common bond of interest, who have voluntarily joined together to achieve their social, economic, and cultural needs and aspirations – the law adopted universally accepted principles of cooperation including voluntary and open membership, economic participation, and concern for community.⁶⁷
 7. *Structures for human rights protection and promotion.* Approximately three months after the ratification of the 1987 Constitution, President Aquino, exercising legislative fiat, declared the constitutionally created Commission on Human Rights (CHR) effective, citing the urgency in giving effect to the State policy that “the State values the dignity of every human person and guarantees full respect for human rights.”⁶⁸ Ever since the Paris Principles were adopted by the United Nations in 1993, the CHR has strived to be compliant with the international yardstick for national human rights institutions.⁶⁹

⁶⁴ The Responsible Parenthood and Reproductive Health Act, Rep. Act 10354 (2012).

⁶⁵ The Magna Carta of Women, Rep. Act No. 9710 (2009).

⁶⁶ *Id.*, § 2.

⁶⁷ The Cooperative Code of the Philippines, Rep. Act 6938 (1990), as amended by Republic Act No. 9520 (2009).

⁶⁸ Exec. Ord. No. 163, series of 1987.

⁶⁹ Under these principles, NHRIs are mandated to “protect human rights, including by receiving, investigating and resolving complaints, mediating conflicts and monitoring activities; and “promote human rights, through education, outreach, the media, publications, training and capacity building, as well as advising and assisting the Government.” <<https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/ParisPrinciples.aspx>>

So there have been quite a number of developments which seem to reflect active congressional support for social rights, including the 1998 *Social Reform and Poverty Alleviation Act* which institutionalized a social reform agenda and directs – as policy of the State – an active pursuit of asset reform or redistribution of economic resources to basic sectors.⁷⁰

Of course the reality is that there are areas where the legislative directives, no matter how well-meant and beautifully phrased, do not go far enough to matter. Indeed, there are areas where there are gaps in the legislation. Moreover, the poor and marginalized sectors have also experienced the impoundment of social legislation when the policies of whatever executive leadership happens to be in power, do not appear to be aligned with the pertinent legislative directives. Lobbying representatives to pass legislation with more teeth and executive leaders to give priority to the implementation of social laws will, of course, be important undertakings; but what other avenues have been considered? Is there any recourse to the third main branch of government to “aid the cause”, so to speak?

III. SOCIAL RIGHTS AND THE EMPOWERED COURT

To which side has the Supreme Court leaned on matters within the scope of social rights?

Writing about judicial review regarding the protection of human rights, former University of the Philippines Law Dean Froilan Bacungan remarked that – on a scale of 1 to 10, the Philippines would perhaps score an 8 in the protection of civil and political rights, but that when it comes to economic and social rights, the Philippines would probably have an under par score of 5.⁷¹

1. *Judicial review and the expanded powers of the supreme court*

While the characterization and assessment may be debatable, there is indeed a sense of frustrated discontent among ECOSOC rights advocates who believe that the Court could do more. In the Philippines, the Constitution trumps everything. Every governmental act that goes against the Constitution – be it executive or legislative – is considered invalid or illegitimate. And, as a noted Constitutionalist in the Philippines – the Jesuit Joaquin Bernas – is fond of cheekily observing, “the Constitution means what the Supreme Court says it means at any given time”.

⁷⁰ Social Reform and Poverty Alleviation Act, Rep. Act 8425 (1998).

⁷¹ Bacungan, *supra* note 38: 305, 307.

Similar to its American counterpart, the Philippine Judiciary makes up one of the three “co-equal” branches of government. The 1987 Constitution provides that judicial power shall be vested in one Supreme Court and in such lower courts as may be established by law. Judicial power includes the duty of the courts of justice to settle actual controversies involving rights which are legally demandable and enforceable.⁷² This is a fairly straightforward definition, and not particularly original. But this constitutional provision also expands and gives the judiciary the power “to determine whether or not there has been a grave abuse of discretion amounting to lack or excess of jurisdiction on the part of *any* branch or instrumentality of the government.”⁷³

This last clause was added in the 1987 incarnation of the Constitution because of the tendency of the Marcos Supreme Court to hide behind the “political question” doctrine during the dictatorship. How it has been wielded by the Court since then has proved, arguably, to be a game-changer as far as many areas of Philippine law and jurisprudence are concerned, including social rights.

While it does not mean the complete doctrinal abandonment of the political question, because – as former Chief Justice Concepcion wryly pointed out – “truly political questions (e.g., those matters which have been textually and constitutionally committed to the political departments) are beyond the pale of judicial review”, it does allow the Court to go where it has not gone before.⁷⁴ To top it off, Article 8 of the New Civil Code of the Philippines states that decisions handed down by the Supreme Court form part of the law of the land.

2. *Justiciability issues and the court’s treatment of social rights*

It can be argued that the Court has remained considerably firm in its position that the social justice provisions are not judicially enforceable principles but ones that require legislation. In the case of *BFAREU v. COA*, the petitioners invoked the provisions on social justice to justify the grant of the Food Basket Allowance but the Court made short shrift of this argument, stating that: “Time and again, we have ruled that the social justice provisions of the Constitution are not self-executing principles ready for enforcement through the courts. They are merely statements of principles and policies. To give them effect, legislative enactment is required.”⁷⁵ This terse statement, or

⁷² CONST. (1987), Art. VIII, § 1.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Bernas, *supra* note 29: 500.

⁷⁵ *BFAR Employees Union, Regional Office No. VII vs. Commission on Audit, G.R. No. 169815 (S.C., August 13, 2008).*

something like it, can be seen in numerous cases like *Kilosbayan, Inc. vs. Morato and Tañada vs. Angara* involving Article II provisions, and in cases like *Agabon v. NLRC* and *Serrano v. Gallant Maritime Services, Inc.*⁷⁶

Be that as it may, there are a few points worth considering as far as the Court's behavior is concerned.

First, there have been a couple of cases which have pushed the envelope. In the seminal case of *Oposa vs. Factoran*,⁷⁷ where the Supreme Court gave children legal standing to sue on behalf of themselves and future generations through the concept of "intergenerational responsibility", the Court also recognized that Section 16 of Article II (Declaration of Principles and State Policies) as a right-conferring provision because it speaks of "the right of the people."⁷⁸ In this case, the Court said that:

[T]he right of the petitioners (and all those they represent) to a balanced and healthful ecology is as clear as the DENR's [Department of Environment and Natural Resources'] duty under its mandate and by virtue of its powers and functions under E.O. No. 192 and the Administrative Code of 1987 to protect and advance the said right.

A denial or violation of that right by the other who has the correlative duty or obligation to respect or protect the same gives rise to a cause of action. Petitioners maintain that the granting of the TLAs, which they claim was done with grave abuse of discretion, violated their right to a balanced and healthful ecology; hence, the full protection thereof requires that no further TLAs should be renewed or granted.

* * *

After a careful examination of the petitioners' complaint, We find the statements under the introductory affirmative allegations, as well as the specific averments under the subheading CAUSE OF ACTION, to be adequate enough to show, *prima facie*, the claimed violation of their rights.

Subsequent to *Oposa*, in a dispute involving an open garbage dumpsite and its harmful effects on the health of the residents and the possibility of

⁷⁶ *Kilosbayan, Inc. vs. Morato*, G.R. No. 118910 (S.C., July 17, 1995; on motion for reconsideration November 16, 1995); *Tañada vs. Angara*, G.R. No. 118295 (S.C., May 2, 1997); *Agabon v. NLRC*, G.R. No. 158693 (S.C., November 17, 2004); *Serrano v. Gallant Maritime Services, Inc.*, G.R. No. 167614 (S.C., March 24, 2009).

⁷⁷ G.R. No. 101083 (SC., July 30, 1993).

⁷⁸ Section 16 provides that the State shall "protect and advance the right of the people to a balanced and healthful ecology in accord with the rhythm and harmony of nature." Section 16 was discussed in tandem with Section 15 which deals with the right to health and the State's duty to instill health consciousness.

pollution of the water content of the surrounding area, the Court again talked of how “the immediate response to the demands of ‘the necessities of protecting vital public interests’ gives vitality to the statement on ecology embodied in the Declaration of Principles and State Policies or the 1987 Constitution.” The Court went on to add:

As a constitutionally guaranteed right of every person, it carries the correlative duty of non-impairment. This is but in consonance with the declared policy of the state “to protect and promote the right to health of the people and instill health consciousness among them.” It is to be borne in mind that the Philippines is party to the Universal Declaration of Human Rights and the Alma Conference Declaration of 1978 which recognize health as a fundamental human right.⁷⁹

Was this the manifest intent of the Constitution’s framers? Arguably not. The provision simply wanted environmental protection and ecological balance to be a conscious object of police power but it was deemed to be an enforceable right without need for further legislation.

Moreover, it bears noting that *Oposa vs. Factoran* is an *en banc* decision and under the 1987 Constitution, no doctrine or principle of law laid down by the Court in a decision rendered *en banc* may be modified or reversed except by the Court sitting *en banc*.⁸⁰

Second, still in line with the objective of protecting and advancing the constitutional right of the people to a balanced and healthful ecology, the Court issued in 2010 the Rules of Procedure for Environmental Cases.⁸¹ The most innovative aspect of these Rules was the grant of a new remedy – the Writ of *Kalikasan* – which is available to anyone (including a people’s organization), “on behalf of persons whose constitutional right to a balanced and healthful ecology is violated, or threatened with violation by an unlawful act or omission of [a public or private individual or entity], involving environmental damage of such magnitude as to prejudice the life, health or property of inhabitants in two or more cities or provinces”.⁸² This development bears noting since the Court saw fit to wield its auxiliary administrative power to promulgate rules concerning the protection and enforcement of a constitutional right.⁸³ It is posited that this power of the Court has not been optimally employed.

⁷⁹ Laguna Lake Development Authority vs. Court of Appeals, GR. No. 110120 (S.C., March 16, 1994).

⁸⁰ CONST. (1987), Art. VIII, § 4(3).

⁸¹ Rules of Procedure for Environmental Cases, A.M. No. 09-6-8-SC (April 13, 2010).

⁸² *Id.*, Rule 7, § 1.

⁸³ CONST. (1987), Art. VIII, § 5(5).

Third, the author grants that where the letter of any law is clear and brooks no other explanation, it will be read in a straightforward manner; but the trend in case law has been one where the law – if capable of more than one interpretation – is interpreted in a manner that favors the marginalized and underprivileged. This appeared to be the case before the 1987 Constitution⁸⁴ and is a trend that was strengthened by the social justice provisions. Indeed, jurisprudence currently even allows separation pay to an employee legally terminated as “a measure of social justice”.⁸⁵

Fourth and lastly, the Court has on occasion shown creativity and independence from influences such as American frameworks when these do not work for the Philippine context. An example of this would be the divergence from the American model of scrutiny in matters regarding the constitutionality of a classification embodied in law affecting labor.

There are three levels of scrutiny at which the Court normally reviews a classification embodied in a law. The most stringent of these is the strict judicial scrutiny in which a legislative classification which “impermissibly interferes with the exercise of a fundamental right or operates to the peculiar disadvantage of a suspect class is presumed unconstitutional, and the burden is upon the government to prove that the classification is necessary to achieve a compelling state interest and that it is the least restrictive means to protect such interest.”

In US case law, this kind of scrutiny is only prompted by suspect classifications (e.g., race or gender) but not when the classification is drawn along income categories. In the Philippines however, the Court has employed this scrutiny in a case where the contested law carried a suspect classification based on salary grade and in a case where there was a contractual clause which contained a suspect classification prejudicial to overseas Filipino workers.

In *Central Bank Employee Association, Inc. v. BSP*,⁸⁶ the Court characterized labor as “accorded special protection by the Constitution” and no deference is to be shown to a congressional act if the assailed classification prejudices such sector. In such cases, judicial scrutiny ought to be strict. The Court conceded that this view “finds no support in American or English jurisprudence”.

Nevertheless, these foreign decisions and authorities are not per se controlling in this jurisdiction. At best, they are persuasive and have been used to support many of our decisions.

⁸⁴ An example of this is the case of *Federation of Free Farmers v. Court of Appeals*, G.R. No. L-41161, L-41222, L-43153, L-43369, 28595 [S.C., September 10, 1981], where the Court upheld the validity of the questioned law, commending it as a social legislation founded not only on police power but more importantly on the social welfare mandates of the Constitution.

⁸⁵ *Claudia’s Kitchen, Inc. vs. Tanguin*, G.R. No. 221096 (S.C., June 28, 2017)

⁸⁶ *Central Bank Employees Association v. BSP*, G.R. No. 148208 (S.C., 2004)

We should not place undue and fawning reliance upon them and regard them as indispensable mental crutches without which we cannot come to our own decisions through the employment of our own endowments. We live in a different ambience and must decide our own problems in the light of our own interests and needs, and of our qualities and even idiosyncrasies as a people, and always with our own concept of law and justice.

In *Serrano vs. Gallant* which involved migrant workers, the Court also employed the standard of strict judicial scrutiny, imbued as it was with the obligation to afford protection to labor, a vulnerable sector.⁸⁷

Serrano however made it clear that the 2009 Court was not approaching the case from “the lone perspective that the clause directly violates state policy on labor” under Section 3, Article XIII of the Constitution. It insists in the instant case that there are provisions in the Constitution which the Court has expressly declared to be *not* judicially enforceable and, citing the earlier case of *Agabon v. NLRC*, observes that the aforementioned section on labor is one such provision. But, *Serrano* opines, the section on labor does dress up the sector with special status for whom the Constitution presses “protection through executive or legislative action and *judicial recognition*.”

IV. A FINAL WORD

It is perhaps fair to say that social rights – ECOSOC rights in general – while still treated for the most part as programmatic and requiring congressional stimulus to be executory, are still decidedly and firmly entrenched in the constitutional firmament that it is inconceivable for any attempt at charter change to sideline them.

Moreover, it is argued that an activist Court can work within the bounds of the judicial borders to advance social rights; and the legal community can and should help, both in legal scholarship and, where possible, through test cases in constitutional litigation.

Social rights as an affirmative goal should be underscored in both judicial decisions and legal scholarship. In a speech before judges, former Supreme Court Associate Justice Ameurfina Melencio-Herrera observed that what was needed as far as ESC rights are concerned was focus on “awareness and consciousness” because while the Philippine law school tradition drills into students the elaborate case law associated with the civil and political guarantees in the Bill of Rights, ESC rights have not received the same kind of keen interest and excitement.⁸⁸

⁸⁷ G.R. No. 167614 (S.C., March 24, 2009).

⁸⁸ Ameurfina A. Melencio-Herrera, Chancellor, Philippine Judicial Academy, Opening remarks delivered at Philippine Judiciary Workshop on Realizing Economic, Social,

Melencio-Herrera posits the question to the judges:

Should not the right to shelter, right to health, right to food, right to education, right to environment, be given as much attention and meaning? These rights belong to a different category of rights altogether because they concern nothing less than self-preservation and self-perpetuation.

This in fact echoes and recalls *Oposa vs. Factoran*:

As a matter of fact, these basic rights need not even be written in the Constitution for they are assumed to exist from the inception of humankind. If they are now explicitly mentioned in the fundamental charter, it is because of the well-founded fear of its framers that unless the rights to a balanced and healthful ecology and to health are mandated as state policies by the Constitution itself, thereby highlighting their continuing importance and imposing upon the state a solemn obligation to preserve the first and protect and advance the second, the day would not be too far when all else would be lost not only for the present generation, but also for those to come generations which stand to inherit nothing but parched earth incapable of sustaining life.⁸⁹

The penultimate point of this paper deals with a recourse that has not been optimized but which is an approach worth developing both by lawyers engaged in public interest lawyering and jurists keen on the progressive realization of the justiciability and enforceability of social rights. The Philippines is a member of a community of nations with a system that allows the Court to look at and consider international and comparative law in decision-making. The Philippines adheres to the dualist view, i.e., that domestic law is distinct from international law. Since dualism holds that international law and municipal law belong to different spheres, international law becomes part of municipal law only if it is incorporated or transformed into municipal law. The 1987 Constitution provides for this in two ways: by incorporation under Article II, § 2 and by transformation under Article VII, § 21.

The doctrine of incorporation mandates the direct integration of generally accepted principles of international law as part of the law of the land. This is a specific declaration and aspects of international law that are considered

and Cultural Rights (12 September 2001, Tagaytay City); published in 11:13 PhilJA Judicial Journal: Perspectives in Judicial Education: Selected Speeches and Writings by Ameurfina A. Melencio Herrera 254 (2009).

Ruben F. Balane, Professor, Ateneo de Manila University School of Law, University of the Philippines College of Law, and University of Santo Tomas Faculty of Civil Law, Keynote Address at the Third International Scientific Congress on the Law of the Philippines and Spain: The Spanish Roots of Philippine Law (11 May 2017, Universidad de Malaga, Spain).

⁸⁹ *Oposa*, *supra* note 79.

customary therefore arguably have the force of domestic law, and courts can make use of them directly. Generally accepted principles of international law can be used by Philippine courts to settle disputes in much the same way that they would use other statutes passed by the Legislature.

Aside from this, the Philippine Constitution also provides for the doctrine of transformation. Treaties become part of municipal law through a constitutionally outlined process – getting the Senate to approve the ratification of an instrument. The Philippines is a state party to most human rights covenants, including the ICESCR. The State signed it in 1966, and ratified it in 1974. And yet, while it is tangentially alluded to in a handful of cases, it hasn't really been used in judicial ratiocination to any appreciable extent. It is conceded though that treaties have usually been invoked in petitions and used in decisions, in conjunction with domestic legislation. Such municipal laws are usually the ones ultimately used to anchor legal arguments.

Because of this, international law as well as comparative study could be a rich source of ideas. Moreover, the General Comments and concluding observations of the ECOSOC Committee could be used to resist any claim against the justiciability of a right based on “vagueness”, the General Comments having enfolded many a right in the ICESCR which in turn may have found its way to our Constitution or domestic legislation.⁹⁰ While more recent cases have increasingly cited international – and to a much lesser degree, comparative – law, this is an area of judicial study that the Court may wish to consider enhancing.

One final rumination – perhaps there is value in embracing the fact that the Philippine legal system is a hybrid mutation of sorts, that we are children of two legal generations as Professor Balane has had the occasion to point out. That we belong to both civil law and common law and that it is perhaps in acknowledging this convergence that we are able to embrace the best in both and make use of it to suit our own special circumstances and context.

Yes, constitutional law is mainly based on the American common law tradition. But perhaps there is also merit in considering the civil law tradition of interpreting statutes – not in a strictly literal manner – but in a way that highlights good faith; to temper the attention to fact patterns and details so common in common law with an awareness of legal principles worthy of a civilist; to explore whether this path can bring social rights farther up the road.

Social rights, just like the so-called 1st generation rights, must be advanced seriously if the preambular promise of the 1987 Constitution – “to build a just

⁹⁰ Gilbert V. Sembrano, *Mechanisms and Avenues for Judicial and Quasi-Judicial Implementation of ESC Rights: The Philippine Experience in JUSTICIABILITY OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS: EXPERIENCES FROM DOMESTIC SYSTEMS* 273-274 (Fons Coomans, ed., 2006).

and humane society and establish a Government that shall embody our ideals and aspirations, promote the common good, conserve and develop our patrimony, and secure to ourselves and our posterity the blessings of independence and democracy under the rule of law and a regime of truth, justice, freedom, love, equality, and peace” – is to be fulfilled.

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS: A PHILIPPINE PERSPECTIVE*

La protección internacional de los derechos sociales: una perspectiva internacional

Sedfrey M. Candelaria

Dean and Professor of Constitutional Law
Ateneo of Manila University School of Law
scandelaria@ateneo.edu

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp107-116](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp107-116)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Este artículo tiene dos objetivos fundamentales: (a) estudiar la relación existente entre el marco internacional de protección de los derechos sociales y el mecanismo nacional previsto en Filipinas; y (b) analizar el modo en que la Corte Suprema de Filipinas ha aplicado dicho marco internacional en algunos de sus casos más significativos.

A lo largo del artículo, el escritor se encargará de fijar los principios constitucionales a partir de los cuales los tratados y normas internacionales sobre protección de derechos sociales son aplicados en Filipinas. Se afirmará que la doctrina se ha vuelto especialmente instructiva a la hora de abordar la preocupación de los derechos sociales a nivel nacional. La postura de los magistradores filipinos respecto a la aplicación de esta doctrina será citada mediante las decisiones más relevantes de la Corte Suprema.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Candelaria, Sedfrey M. 2018. "The International Protection of Social Rights: A Philippine Perspective". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 107-116. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp107-116](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp107-116).

El escritor llevará a cabo un estudio de las respuestas dadas por el Gobierno de Filipinas al catálogo de problemas presentado por el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales el 18 de agosto de 2016 para demostrar cómo los acuerdos sobre protección de los derechos sociales sirven como instrumento de fiscalización para garantizar el cumplimiento por parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de los compromisos contraídos en materia de Derechos Humanos, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También se hará referencia a los desafíos a los que debe enfrentarse un país en vía de desarrollo como Filipinas a la hora de cumplir estos parámetros.

Una parte del trabajo se centrará en dos casos significativos que muestran la creatividad de la Corte Suprema filipina a la hora de aplicar las normas internacionales sobre protección de derechos sociales.

Finalmente, se concluirá afirmando que el cumplimiento del marco internacional de protección de los derechos sociales por parte de un país en vía de desarrollo requiere una especial sinergia por parte de los principales ejecutores del Gobierno. Así, el origen de la pobreza y el subdesarrollo en un país como Filipinas debe ser directamente confrontado a través de un paradigma de reformas más intensas, como procesos pacíficos que conduzcan a un cambio constitucional, si fuese necesario.

Palabras clave

Derechos sociales; Derecho de Filipinas; instrumentos fiscales.

Abstract

The purpose of this paper is two-fold: (a) to inquire into the relationship between an international framework of protection for social rights and the domestic mechanism in place in the Philippines; and, (b) to analyze how the Philippine Supreme Court had applied the international framework of protection for social rights to some significant cases.

In the course of addressing the discourse of this paper, the present writer will lay down the constitutional parameters by which the international human rights treaties, norms and principles find application under Philippine law. It will be maintained that the doctrine of incorporation has become instructive in addressing human rights concerns at the domestic level. The attitude of Philippine magistrates on the effective application of this doctrine will be cited using landmark decisions of the Supreme Court.

The writer will proceed to review the responses of the Philippine Government to the list of issues provided by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights as of 18 August 2016 to demonstrate how treaty-based rules protecting social rights serve as fiscalizing tools to effectively monitor compliance by the member-States of the United Nations with human rights commitments, particularly the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. References to the challenges confronting a developing country, like the Philippines, in complying with protection schemes for social rights shall be highlighted.

A portion of the paper will focus on two significant cases which depict the creativity of the Philippine Supreme Court in availing of international social rights protection norms to concrete situations.

It will be concluded that compliance with the international social protection framework on the part of a developing country would require functional synergy among the key implementers of the government. The underlying root causes of poverty and underdevelopment in a country, like the Philippines, must be directly confronted with bolder paradigm of reforms, such as, peace processes leading to constitutional change, if necessary.

Keywords

Social rights; Philippine law; effective application and fiscalizing tools.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: THE DOCTRINE OF INCORPORATION UNDER PHILIPPINE LAW. II. PHILIPPINE RESPONSE TO THE COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS. III. PHILIPPINE CASE LAW APPLYING THE ICESCR. IV. CONCLUSION. *BIBLIOGRAPY.*

I. INTRODUCTION: THE DOCTRINE OF INCORPORATION UNDER PHILIPPINE LAW

The Philippines has a consistent record of adhering to international law instruments and conventions, more so in the context of international human rights. This policy is even reinforced by the constitutional principle often referred to as the “doctrine of incorporation.”

Under Article II, Section 2 of the 1987 Philippine Constitution, it is expressed that

“The Philippines renounces war as an instrument of national policy, *adopts the generally accepted principles of international law as part of the law of the land* and adheres to the policy of peace, equality, justice, freedom, cooperation, and amity with all nations.” (Emphasis mine)

Judicial interpretation of this provision has applied it in the context of adherence to internationally recognized norms, such as, human rights,¹ humanitarian law,² immunity from suit of a foreign state,³ *pacta sunt servanda*⁴ and protection of foreign embassies.⁵

¹ *Mejoff v. Director of Prisons*, 90 Phil. 70 (1951).

² *Kuroda v. Jalandoni*, 83 Phil. 171 (1949).

³ *Raquiza v. Bradford*, 75 Phil. 50 (1945).

⁴ *Agustin v. Edu*, 88 SCRA 195 (1979).

⁵ *J.B.L. Reyes v. Bagatsing*, G.R. No. 65366, October 25, 1983.

The incorporation doctrine has been traditionally distinguished from the transformation theory which applies to adherence to treaties. Under the Philippine Constitution, this is reflected in Article VII, Section 21 on the process of entry into international agreements subject to concurrence by the Philippine Senate. Special types of international agreements, such as, those pertaining to military bases, troops or facilities, as mentioned in Article XVIII, Section 25, also require concurrence by the Senate and, if Congress so requires, a referendum may be called for such purpose.

While it is true that there is judicial consistency today in applying the incorporation doctrine under Philippine municipal law, a review of case law on the matter reveals that the Court is ready to apply it to principles of self-executing character and not to provisions of international law instrument which may require implementation mechanisms, for example, budgetary allocation or resource-based programs to realize the commitments assumed by a member State.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) to which the Philippines is a State Party poses fundamental challenges in terms of compliance by a developing country like the Philippines. It is arguable that the ICESCR is a mirror image of Article XIII of the Constitution on Social Justice and Human Rights insofar as sectoral rights and concerns are concerned, such as, labor, farmers, indigenous peoples, urban or poor dwellers, women's rights, health standards, elderly care, persons with disability and child protection. Realizing the full implementation of these rights, however, requires creative ways of prioritizing certain programs as can be gleaned from the next section of this paper.

II. PHILIPPINE RESPONSE TO THE COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS

On 18 August 2016 the Permanent Mission of the Philippines to the United Nations and Other International Organizations in Geneva submitted the Philippines' written response to the list of issues provided by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights before the United Nations High Commissioner for Human Rights.⁶

This section of the paper highlights the principal points of the Response.

⁶ Permanent Mission of the Republic of the Philippines to the United Nations and Other International Organizations, Geneva, Switzerland, Response to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, No. 0486-CBR-2016, 18 August 2016 (hereinafter cite as "Response").

(a) General Information

The Response cited measures to ensure direct application of the ICESCR, among which were Supreme Court decisions, rules, proposed laws, training programs for judicial officers, administrative issuances, and monitoring of cases affecting vulnerable sectors. Of particular interest is the update on incidence of extrajudicial killings, enforced or involuntary disappearances as these affect the sectors mentioned.

(a) Article 1(2) – Right to freely dispose of natural wealth and resources

Indigenous peoples' rights have been given sufficient treatment under this provision, particularly on the impact of environmentally-sensitive operations of mining companies and logging concessionaires on ancestral domains and ancestral lands. An assessment of the effectiveness of the Indigenous Peoples' Rights Act (IPRA) of 1997 showed how the National Commission on Indigenous Peoples had been coping with complaints on alleged violations of indigenous peoples' rights under IPRA in relation to the ICESCR.

(a) Article 2(1) – Maximum available resources

In this portion of the Response, the Philippine government focused on actions taken to combat corruption which extensively undermine the effective use of government funds and resources. Reform measures were cited to cut down on red tape and transparency in the conduct of official transactions with government offices. The allocation of government funds for social services was explained and emphasized the considerable increase on spending in this regard.

(a) Non-discrimination

A survey on anti-discrimination laws and measures affecting the most vulnerable sectors of Philippine society was discussed, assuring the Committee that this policy cuts across a broad-range of individuals and groups in various settings, including LGBT, women, foreign and domestic workers, Filipino-Muslims, indigenous peoples, among others.

(a) Labor Rights

The section on labor rights is the most expansive in scope. It covered the following: increased opportunities for young people and people with disabilities; coverage of the informal economy workers; incentives for business establishments complying with minimum wage requirements; social protection for domestic workers; narrowing the gender pay gap; access to legal and

consular assistance for Filipino migrant workers; trade union rights, among others.

(a) Social Security

A relatively unique approach to expand coverage and increase the amount of benefit of the social pension for indigent senior citizens has been implemented through monthly cash grants of PhP500 (US \$10). A similar amount is extended to poor households with children 0-18 years old and/or pregnant or lactating women for the health transfer while the education transfer is at PhP300 (US \$6) per month, for 10 months per year for up to a maximum of three children per family.

Senior citizens now enjoy various benefits and privileges under Republic Act No. 7432.

(a) Article 10 – Protection of the Family, Mothers and Children

The fight against trafficking and its accompanying consequences, such as, violence of any form, child labor, dysfunctional family-setting, corruption, among others, had been the subject of capacity-building measures for agencies of the government who are at the forefront of a collective effort, with domestic and international actors, in eradicating the cycle of trafficking.

(a) Article 11 – Rights to an Adequate Standard of Living

An explanation of the Philippines' episode of boom and bust has been proffered in the Response to provide a background on the state of economic growth in the country. A human rights-based approach to development and governance was proposed for implementation to ensure a trickle down effect of policies to the poor. The allocation of fiscal space to 44 provinces based on poverty incidence and vulnerability to natural disasters was indicative of a modest goal.

Special measures to expand access to security of tenure of the poor included a Presidential stoppage of all demolition of illegal settlements in the absence of relocation sites and issuances to comply with international human rights standards.

(a) Article 12 – Rights to Physical and Mental Health

Health care coverage for senior citizens, indigents, persons below 21 years of age, married or single but with a child, as well as female spouses from indigent families have been undertaken.

Access to reproductive health services have been assured through the Responsible Parenthood and Reproductive Health Act of 2012.

Various interventions and strategies have been employed and implemented to improve environmental hygiene.

The capacity of local communities to cope with disasters and other emergency situations had been the subject of programs and trainings nationwide.

j) Articles 13 and 14 – Right to Education

The different levels of education (primary to higher education) were the subject of programs and budgeting by the government on an increasing scale. Particular attention was directed to working children and those living in remote and rural areas and affected by armed conflict. For indigenous children, a culture-based education program has been supported through formal, non-formal and informal modalities.

k) Article 15 – Cultural Rights

In recent years, protection of cultural diversity gained traction. The National Commission for Culture and the Arts had exercised its mandate to protect cultural heritage revealed and expressed in various forms. Important sites and cultural properties have also been preserved or restored with the assistance of international experts on conservation science.

This survey of responses of the Philippines brings to light the concept of margin of appreciation in the implementation of economic, social and cultural rights. It has, in fact, been observed that even in the European setting, economic, social and cultural rights do not enjoy a similar degree of protection as civil and political rights.⁷ Thus, in the manner of implementation of the European Social Charter, the European Committee on Social Rights (ECSR) grants States Parties a broad range of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Charter.⁸ And, “when faced with budgetary restrictions, States Parties must demonstrate that they have taken measures to achieve the Charter’s objectives ‘within a reasonable time, with measurable progression and to an extent consistent with the maximum use of available resources’”.⁹

III. PHILIPPINE CASE LAW APPLYING THE ICESCR

Two Supreme Court decisions may be cited to demonstrate the extent that the ICESCR principles have shed light on domestic law cases. For advocacy purposes, interest groups may resort to Court pronouncements in advancing causes of marginalized sectors. These could also reinforce laws, rules and

⁷ Lauprecht 1998: 3.

⁸ Besson 2012: 11.

⁹ *Id.*

policies whenever doubts may be raised on the constitutionality of state actions aimed at promoting economic, social and cultural rights.

(a) *International School Alliance of Educators v. Quisumbing* (G.R. No. 128845, June 1 2000)- on the right to just and favorable conditions of work;

The case arose from the complaint filed by the locally hired teaching staff of the petitioner school who claim to be discriminated against by the school's policy in granting more benefits to foreign hires.

The Supreme Court in finding that the practice of the respondent school of according foreign-hires higher salaries than local-hires to be discriminatory used the ICESCR, as one of the bases for its decision, to wit:

“Notably, the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, *supra*, in Article 7 thereof, provides:

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work, which ensure, in particular:

a. Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

i. Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;

* * *

The foregoing provisions impregnably institutionalize in this jurisdiction the long honored legal truism of ‘equal pay for equal work.’ Persons who work with substantially equal qualifications, skill, effort and responsibility, under similar conditions, should be paid similar salaries. This rule applies to the School, its ‘international character’ notwithstanding.”

(b) *Central Bank Employees Association v. Bangko Central ng Pilipinas* (446 Supreme Court Reports Annotated 299, 15 December 2004]- on upholding Article 2 of the ICESCR;

Petitioner Central Bank (now BSP) Employees Association, Inc. filed a petition for prohibition against BSP and the Executive Secretary of the Office of the President, to restrain respondents from further implementing the last *proviso* of Section 15(c), Article II of Republic Act No. 7653 (New Central Bank Act), which makes an unconstitutional cut between two classes of employees in the BSP, *viz*: (1) the BSP officers or those exempted from the coverage of the Salary Standardization Law (SSL) (exempt class); and, (2) the rank-and-file (Salary Grade [SG] 19 and below), or those not exempted from the coverage of the SSL (non-exempt class). It is contended that this

classification is a classic case of class legislation, allegedly not based on substantial distinctions which make real differences, but solely on the SG of the BSP personnel position.

According to petitioner, the last *proviso* of Section 15(c), Article II of R.A. No. 7653 is violative of the equal protection clause because after it was enacted, the charters of the GSIS, LBP, DBP and SSS were also amended, but the personnel of the latter were all exempted from the coverage of the SSL. Thus, within the class of rank-and-file personnel of these institutions, the BSP rank-and-file are also discriminated upon.

The Supreme Court in declaring the subject provision as unconstitutional for being discriminatory to the rank and file employees of Central bank, made the following pronouncement:

“The principle of equality has long been recognized under international law. **Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights** proclaims that **all human beings are born free and equal in dignity and rights**. Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitutes basic principles in the protection of human rights.

Most, if not all, **international human rights instruments** include some prohibition on discrimination and/or provisions about equality. The general international provisions pertinent to discrimination and/or equality are the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR); the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD); the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW); and the Convention on the Rights of the Child (CRC).

* * *

In the **employment field**, basic detailed minimum standards ensuring equality and prevention of discrimination, are laid down in the ICESCR and in a very large number of Conventions administered by the International Labour Organisation, a United Nations body. Additionally, many of the other international and regional human rights instruments have specific provisions relating to employment.

* * *

Thus, the two-tier analysis made in the case at bar of the challenged provision, and its conclusion of unconstitutionality by subsequent operation, are in cadence and in consonance with the progressive trend of other jurisdictions and in international law. There should be no hesitation in using the equal protection clause as a major cutting edge to eliminate every conceivable irrational discrimination in our society. Indeed, the social justice imperatives in the Constitution,

coupled with the special status and protection afforded to labor, compel this approach.”

IV. CONCLUSION

This rapid assessment of the status of the ICESCR in the Philippine setting must take into account the on-going peace processes on two fronts in the country: (a) Moro Islamic Liberation Front (MILF); and, (b) Communist Party of the Philippines-New Peoples’ Army-National Democratic Front (CPP-NPA-NDF).

It is instructive to note the weight given by the negotiating panels to an exhaustive treatment of economic, social and cultural rights in the drafting of the peace agreements. The rebel groups have constantly put forward structural economic reforms to address the root causes of the armed conflict. On the other hand, advances in technology and globalization may have added another layer of talking points at the negotiating tables considering the need to re-calibrate the long drawn out economic, social and cultural concerns which these movements have espoused.

It is heartening to note that even in the drafting of peace agreements, international human rights standards have significantly lent guidance to negotiators in shaping their agreements. The ICESCR, in particular, has been a useful tool in this context.

BIBLIOGRAPHY

- BESSION, S. “Evolutions in Antidiscrimination Law in Europe and North America: Evolutions in Non-Discrimination Law within ECHR and the ESC Systems: It takes Two to Tango in the Council of Europe”, *60 American Journal of Comparative Law* (2012): 11.
- LEUPRECHT, P. “Introduction to the Symposium: Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Enforcement?”, *8 Transnational Law and Contemporary Problems* 313 (1998): 3.

GLOBALIZATION AND ITS IMPACT
ON THE WELFARE STATE CONCEPT IN DEVELOPED
AND DEVELOPING COUNTRIES*

*La globalización y su impacto en el concepto del Estado
del bienestar en países desarrollados y en desarrollo*

Alvin P. Ang
Professor of Economy
Ateneo of Manila University
apang@ateneo.edu

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp117-132](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp117-132)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Este documento tiene como objeto conectar la globalización con las concepciones propias de un Estado de Bienestar. Sabemos que el Estado de Bienestar se está viendo severamente desafiado por la inminente llegada de la globalización. Mientras que los sistemas de bienestar social se centran en las necesidades de unos países específicos, la necesidad de competir con otros países los presiona de manera significativa para establecer un programa común de bienestar. No obstante, este desafío no es sencillo, en la medida en que las provisiones con las que cuenta el programa de bienestar social no disfruta de productos de reciente desarrollo, sino de antiguas tradiciones que ayudaron en su momento a que estos países llegasen hasta donde están actualmente. Al mismo tiempo, los países más jóvenes están desarrollando sus propios sistemas de bienestar social, adaptados a las capacidades y al programa económico de sus propios

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Ang, Alvin P. 2018. "Globalization and its impact on the welfare state concept in developed and developing countries". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 117-132. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp117-132](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp117-132).

gobiernos. Con estas diferencias, parece que la globalización puede ser visto tanto como un punto en común como un punto de divergencia, según en qué lado se beneficiará más una nación. Usando diferentes objetivos y enfoques, podemos concluir que efectivamente la globalización ha fortalecido y mejorado los sistemas de bienestar social en los países desarrollados que se unen en lugar de divergir. Los países en vía de desarrollo, por su parte, tienen diferentes sistemas, pero no empleando un método lineal, sino por la globalización. Esta es precisamente la razón por la cual no tenemos un sistema de bienestar social común en estos países.

Palabras clave

Estado de Bienestar; globalización; programa común; divergencias.

Abstract

This paper is an attempt to link Globalization with the ideas of Welfare State. There are notions that the Welfare State is severely challenged by the borderless approach of globalization. While welfare regimes are focused on the need of specific countries, the need to be competitive against other countries is observed to be putting significant pressures for countries to have common welfare programs. Nonetheless, this challenge is not simple considering that the provision of welfare programs are not products of recent developments but of old traditions that have helped countries to where they are now. At the same time, younger nations are developing their own welfare regimes tailored to their own governance capacities and economic agenda. With these differences, globalization is seen to be a rallying or a diverging point depending on which side will one nation benefit the most. Using different lenses and approaches, we conclude that globalization has in fact strengthened and improved welfare systems in developed countries where they converged instead of diverging from each other. Developing states, on the hand, have different welfare regimes that they are adapting not in a straight line but in a case approach to globalization. This is the reason why we do not have a common welfare regime for these countries.

Keywords

Welfare state; globalization; common agenda; divergences.

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE WELFARE STATE. III. WELFARE STATE REGIMEN ACROSS OECD. IV. DEVEOLOPING COUNTRIES AND WELFARE STATE REGIMEN. V. GLOBALIZATION AND HOW IT AFFECTS THE DIFFERENT WELFARE STATE REGIME. VI. CONCLUSION. *BIBLIOGRAPY.*

I. INTRODUCTION

Globalization has made significant changes in the way of doing things both in the developed and the developing world. Its main idea is that efficiency of economic units everywhere can make products and services affordable and available to most if not everyone. This can be made possible as it should lead to free movement of capital; international division of labor based on comparative advantage; increased competition, faster pace of innovation and technology adoption and economies of scale of production. Beginning in the 1980s, its impact has been observed in the way countries are governed even as physical borders have remained, capital and to a certain extent, labor, has began moving in different areas. This has led to creation of regional blocs and economic cooperation. With this new order of economic governance, traditional government and social activities have begun to be affected as well. In particular, the provision of certain government services were seen to be reduced as nations have started to focus on making their economic capacities more competitive. Questions arise whether these services considered to be “rights” of citizens are now subject to reduction – meaning these “rights” are not absolute but state-provided only when resources allow. These package of “rights” when provided by the government will lead to one being called a Welfare State.

We are then faced with the question – Has globalization reduced the concept of a welfare state? This question, however, is only applicable to developed states. Nations that were formed after the second world war have a different concept of a welfare state. This question therefore becomes broader in the sense that we need to define the context of what a welfare state is both from a developed and a developing country perspective. Only then can we apply the question how globalization impacts the welfare state.

In this paper, we will look first at the historical perspective of a welfare state, we will review the literature on this topic by considering models of welfare state in the course of developed countries development. We will then look at how they are applied to developing countries. In particular, we consider the regional bloc of Southeast Asian countries and the case of the Philippines. Thereon, we will consider the expectations that globalization brings and their perceived impact to welfare statism to both developed and developing nations. The final section concludes.

II. HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE WELFARE STATE

The idea of a welfare state originated in the developed states. It can be traced primarily from the idea of providing support to those in old age, widows and orphans. The challenge of making this work has to do with who will pay for the support. Earlier ideas called for non-contributory pension and therefore funded by the State. This was possible when there were only a few who would qualify for the pension. For instance, Britain originally provided for this kind of pension for those 70 years and above when the life expectancy was only 48 years old. As more people became healthy and reached 70 years of age, more people now need to be covered. The State, therefore, is forced to find ways of alternative funding support. As Western countries become developed, welfare expanded beyond old age, widows and orphans. The State, now considers a number of social and economic processes as having far reaching effects to society today and in the future. Towards this consideration, the concept of the Welfare State superceded the idea of what is known as public goods and private goods. In general, public goods are called as such because they have the property of indivisibility meaning when government provides them everybody benefits. Such is the case of national defense, vaccination, clean environment, among others. The other extreme of this is private goods or those that are uniquely possessed once acquired by a person. Along these concepts, the Welfare State is ideally focused only on the public goods because once provided, everybody benefits. Education, health and pension are actually private goods because the benefits accrue to the individual citizen. Because a healthy, educated and insured person will surely be better off in life, the State somehow recognized the need to provide for these since they allow equality of opportunities, somehow distribute wealth equitably and make public responsibility the minimum provisions of the necessities for a better life. We can therefore say that in Welfare States, government plays a significant role in the promotion and protection of the economic and social well-being of its citizens. Effectively, the State takes responsibility of the welfare of its citizens. The basis for this role are based on the principles of *equality of opportunity, equitable distribution of wealth and public responsibility* for those who are unable to provide themselves with the minimum provisions of quality living.

In order to fully appreciate how the Welfare State developed, we here consider three (3) papers that have extensively discussed the development of the welfare state in the developed countries and how the developing countries followed suit. Navarro et al (2004) cites four (4) major traditions that define what a welfare state is in developed countries. In particular, they consider OECD countries and their welfare policies from 1946-1980. The four (4) traditions are: social democratic, conservative, liberal and dictatorial. The

social democratic is characterized by very large social transfers of a universal character (in this context the benefits provided by the State is considered as citizen's rights). The others are varying in nature. The table below summarizes their differences with major countries that follow that perspective.

Social Democratic	Christian Democratic/ Conservative	Liberal	Dictatorial
Large social public expenditures and large public employment for health, education and family-related services	Large social transfers to social contributions from labour market	Low social transfers	Low public expenditures
Low household inequalities, low annual hours of work per worker, high labour compensation and lower poverty in all age groups	Low public employment, high labour compensation, higher household inequalities, low annual hours of work and relatively low poverty	Low public employment, very high household inequalities, very high annual hours of work per worker and high poverty	Very low public employment, very high inequalities, very high annual hours of work per worker and very high poverty
Sweden, Norway, Denmark, Finland, Austria	Belgium, Netherlands, Germany, France, Italy	Canada, Ireland, UK and US	Spain, Greece, Portugal

Jessop (2016) explains further that these classifications of Welfare State (with the exception of the dictatorial) can be stylized as follows: a) they aim to secure full employment through a closed economy by supporting demand-side management or encouraging consumption, b) aiming for a family wage that will ensure that all citizens share in the fruits of economic growth that can increase consumption, c) welfare programs are the chief supplement to market forces in securing economic growth and social cohesion. The State has a major role in facilitating and correcting the operation of market forces and in shaping civil society and citizen's identity.

Rudra (2006), meanwhile simplifies the classification of welfare states into two (2). She said that welfare states can either be a Productive Welfare State or a Protective Welfare State. Protective welfare states have

historical roots that focusing on protecting society and domestic economy from international competition. The state ensures that citizens are provided the necessary requirements for a better life through good social policies. In short, they are to protect individuals from the effect of the market. Productive welfare states, on the other hand, is focused on participating in long term competition and government is not as active in managing market forces. This is somewhat akin to what is a liberal welfare state. Public intervention is focused to improve international market participation. She also explained that in developed countries, these classifications do not exist in the sense that OECD countries are have a long period of adjustments starting from their industrialization stage to their reaching developed status. These classifications, however, is distinctively observable among countries that transitioned from developing countries from independence to the present.

These studies clearly provided us the perspective on what a Welfare State means. It is not a straightforward definition for it varies across nations and levels of development. Hence, we cannot have a single answer to our research question. Nonetheless, we now have an understanding that both politics and economics play a major role on the kind of welfare state regime that will be present in a country. Countries that have continued to embrace social democratic principles have made more or less maintained that provisions of the welfare state are “rights” but others have limited and defined it further depending on their level of economic development and their economic strategy.

III. WELFARE STATE REGIMES ACROSS OECD

Navarro et al (2004) uses a series of indicators to measure and compare how welfare states in OECD countries behave. They also suggest to look at the following indicators: share of total taxation, sources of tax revenues, size of public expenditures in health, education, social services and public sector employment. For our purposes, we consider the following information readily available from the OECD database:

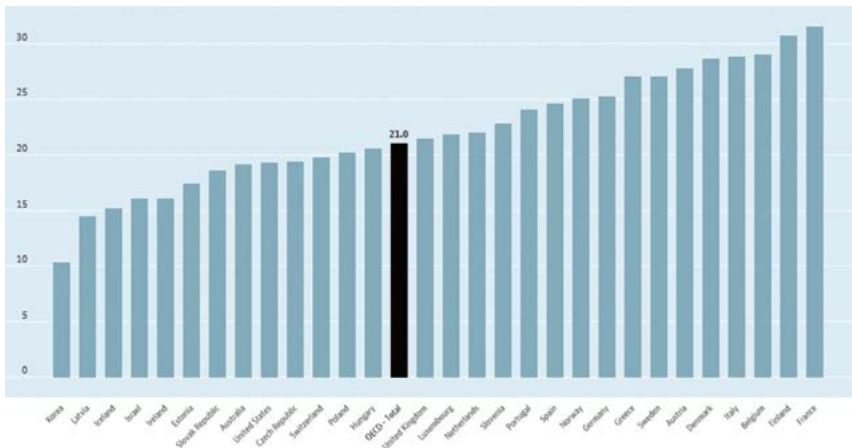
Main Indicators of State Participation in OECD Countries:

- Social Spending
- Pension Spending
- Public Unemployment Spending
- Family Benefits
- Social benefits to households
- Public spending on incapacity
- Public spending on labor markets

These indicators more or less give us some indications of how the OECD countries have performed in relation to their implementation of their welfare regimes. The following provide definitions for each of the indicators for better appreciation of their implications and a chart showing how the different OECD countries implement their programs. All the data and definitions are from the OECD.

- Social expenditure comprises cash benefits, direct in-kind provision of goods and services, and tax breaks with social purposes. Benefits may be targeted at low-income households, the elderly, disabled, sick, unemployed, or young persons.

Chart 1. **Social Expenditures as a percent of Gross Domestic Product**



- Pension spending is defined as all cash expenditures (including lump-sum payments) on old-age and survivors pensions. Old-age cash benefits provide an income for persons retired from the labour market or guarantee incomes when a person has reached a 'standard' pensionable age or fulfilled the necessary contributory requirements.

- Public unemployment spending is defined as expenditure on cash benefits for people to compensate for unemployment. This includes redundancy payments from public funds, as well as the payment of pensions to beneficiaries before they reach the standard pensionable age, if these payments are made because the beneficiaries are out of work or for other labour market policy reasons.

Chart 2. Pension Spending as a percent of Gross Domestic Product

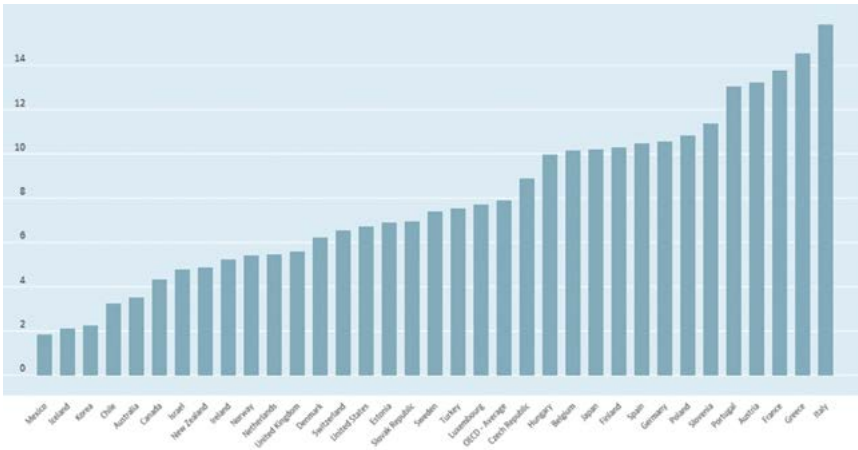
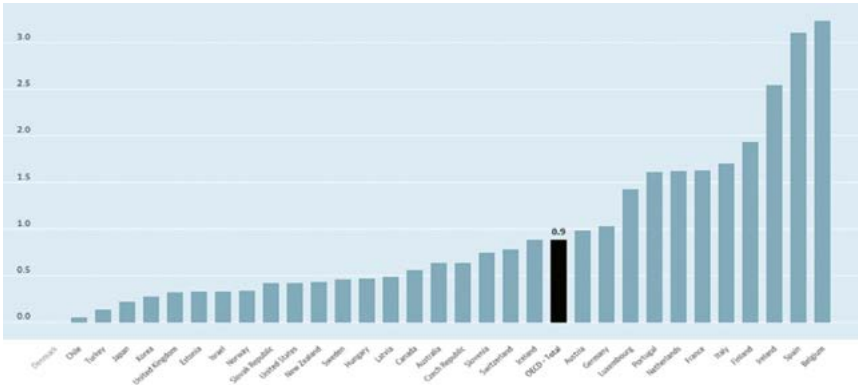


Chart 3. Public Unemployment Spending as a Percent of Gross Domestic Product



- Social benefits other than social transfers and social transfers in kind. The distinction between the two is important. Transfers relating to the former are typically in cash and so allow households to use the cash indistinguishably from income coming from other sources, whereas transfers under the latter are always related to the provision of a certain good or service, and so households have no discretion over their use.

- Family benefits spending refer to public spending on family benefits, including financial support that is exclusively for families and children. Child-related cash transfers (cash benefits) to families with children, including child allowances, with payment levels that in some countries vary with the age of the child, and sometimes are income-tested;
- Public spending on incapacity refers to spending due to sickness, disability and occupational injury. It includes disability cash benefits that are comprised of cash payments on account of complete or partial inability to participate gainfully in the labour market due to disability.

The charts above provide us a perspective of how each OECD country treats the different components of their welfare regime. As was discussed, there is a strong correlation between the political party in power and the economic objective followed by the party in defining whether the activities of the State means providing for a right or for a privilege.

According to Almunia (2008), despite these differences, the consensus among these countries is ensure that the following are in place and sustained.

Chart 5



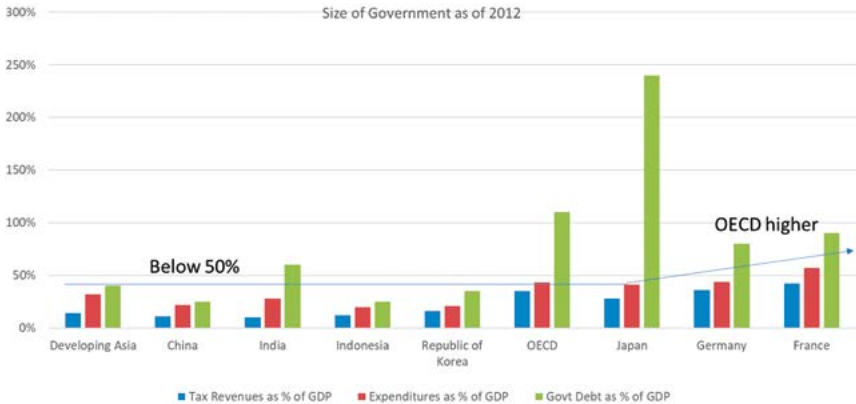
IV. DEVELOPING COUNTRIES AND WELFARE STATE REGIMES

As correctly pointed out by Rudra (2006), developing countries differ significantly in their application of the welfare state regime. It can be observed that their initial implementation pattern stems from their colonial heritages. For instance, most countries in Asia were British colonies so they followed the British model or they simply carried on the welfare programs during their colonization. Nonetheless, the observable pattern was that since they are developing countries, their welfare state regimes are not as robust and rigid as that of the developed countries. Citing Wilensky (1975) and Cutright (1965), developing countries cannot afford welfare regime at low levels of economic development. The debate is focused on the idea whether developing countries should focus on using state intervention to maintain markets or to use it to provide social protection against market breakdowns. Experience have shown that countries in Asia that have developed faster than the others

focused their welfare regimes on developing productive welfare states in which the state plays a major role in managing and organizing the economy. This is close to what is described above as a protective welfare regime. The State role is primordial creating a fusion of socialism and conservatism. Likewise, there is a blurred line when the State acts differently for the purpose of using intervention to broaden international market participation.

Using the ASEAN perspective, we will use data from the Asian Development Bank (ADB) and provide some comparisons with OECD countries. As observed in OECD countries, the size of government based on expenditures to GDP tends to increase as per capita income rises. As countries grow richer, they have bigger governments due to: a) removal of informal sector and b) demand for more public services for the poor. ADB estimates that OECD countries tax revenue is 35% of GDP, while that of Asia is less than 15%. This is a large discrepancy that limits developing countries to provide the same level of welfare programs that OECD can provide. Chart 6 provides the comparison that while Asia is developing and catching up, it is still unable to provide the same welfare regime that OECD countries can provide. The tax revenues that will be used to fund their implementation is significantly lower. Likewise, developing countries do not have the same capacity to borrow to fund government programs. The large tax revenues require that rich countries have more resources to invest in equity enhancing programs enumerated previously – this makes governments in OECD three times bigger than that of Asia. In terms of public expenditure share to GDP – OECD records about 45% of GDP, while Asia just above 20% of GDP.

Chart 6. Size of Governments in Asia and OECD



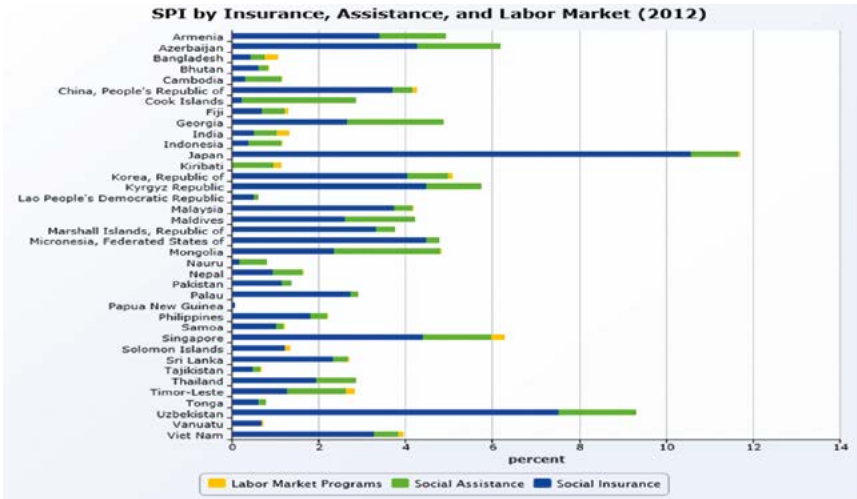
Most countries in ASEAN will not be able to easily expand welfare programs because their current programs already have majority of them in deficits that are larger than what is sustainable. Ideally, countries should not have expenditures larger than their revenues by more than three (3) percent of their gross domestic product. The table below will show that most countries are in the borderline or above that limit.

	2000	2005	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Brunei Darussalam ^f	10.9	21.1	15.6	25.6	15.7	10.1	-0.7	-14.0
Cambodia	-2.1	-0.7	-8.8	-7.6	-6.8	-7.1	-3.8	-2.6
Indonesia	-1.1	-0.5	-0.7	-1.1	-1.8	-2.2	-2.1	-2.5
Lao PDR ^g	-4.6	-4.5	-2.2	-1.6	-1.2	-5.8	-3.6	-3.9
Malaysia	-5.5	-3.4	-5.3	-4.7	-4.3	-3.8	-3.4	-3.2
Myanmar ^d	0.7	-4.3	-4.6	-3.8	-4.7	-5.4	-1.1	-6.1
Philippines	-3.7	-2.6	-3.5	-2.0	-2.3	-1.4	-0.6	-0.9
Singapore ^d	9.7	6.4	7.4	9.1	8.5	8.1	7.2	...
Thailand ^g	-2.8	0.1	-2.9	-1.6	-2.2	-0.9	-2.1	-1.2
Viet Nam ^h	-4.3	-1.0	-2.1	-0.5	-3.4	-5.0	-4.4	-4.6

The ADB also compared all its member countries in Asia and found that their levels of implementing basic welfare programs such as social insurance or equivalent to pensions, social assistance to the poor and labor market programs to assist people to have better incomes or unemployment insurance are significantly different from each other. The difference is driven largely by the difference in the stage of economic development such as Japan, Korea and Singapore and for those countries coming from high socialist orientation such as the former USSR republics.

It should be noted that in Asia, the idea of Welfare State is based on Asian Values – giving priority to social harmony and socio-economic prosperity over the universality of human rights perspective of the West. In the Philippines, the concept of a welfare state seems to be far from the western ideal. For one, the country's expenditures on health and education are one of the lowest in the region. Constitutionally, basic education is free and basic health insurance is available for all. In practice, however, provision is much different from availability and quality. These can be observed by the basic health and education indicators in the country. This is because the State has continually suffer from deficits unable to provide for the

Chart 7. ADB Social Welfare Comparisons across Asian Member Countries as percent of Gross Domestic Product



minimum basic needs that it is envisioning for its citizens. Nonetheless, as the country catches up from its ASEAN neighbors, the country is finally able to increase significantly its expenditures on these basic elements of welfarism. Among the critical investments it has made in this regard is the implementation of the massive conditional cash transfer program called the 4Ps. Covering about 5 million families, this has become the centerpiece of the Aquino administration’s welfare program. In addition to this, the State also vigorously implements the Senior Citizen’s Act providing significant benefits to those aged 60 years old and above. Recently, the President approved an increase of P1,000 for the pension of social security. Definitely, these are elements of an increasing capability to provide better welfare benefits for the citizens. The challenge nonetheless is the sustained availability of funds to finance all of these. It is necessary to provide a proper balance between what is the minimum that the State can afford and what the citizens perceive to be entitlements. This is why the Asian Values perspective of peer Asian neighbors are critical in assessing the effectivity of Welfare State in the region. Many of the ASEAN neighbors reached high economic growth without implementing these minimum standards to the letter. They focused on increasing incomes and allowing their citizens to individually purchase better and quality education and healthcare in their local and international markets.

V. GLOBALIZATION AND HOW IT AFFECTS THE DIFFERENT WELFARE STATE REGIME

Our discussion in the previous sections talked about the different welfare regimes and we have indications that these regimes whether in developed or developing countries are dependent on the political and economic agenda of the government in place. Prior to the aggressive implementation of globalization policies in the 1980s, most developed countries were able to maintain a protective type of welfare state. They were able to do so because of the level of economic development they have achieved prior to this stage. Developing countries, on the other hand, have different approaches beginning from somewhat productive welfare regimes because of the need to compete for export markets. Welfare programs are not a matter of right but as a matter of capacity to provide.

With differing strategies in implementing their welfare regimes, there is a conscious concern on how the globalization will actually alter the way of implementing these programs. The different studies we reviewed previously provides us with working analysis of their impacts using different metrics. Recalling the definition of globalization which is mainly a “dominant world phenomenon representing a technological, economic and political integration of the world.” (Mitrovic 2008). This phenomenon removes borders for production, finance, communication and eventually labor. The objective is to create a global market that everyone can access and avail based on the values of efficiency and democracy. It should lead to free movement of capital; international division of labor based on comparative advantage; increased competition, faster pace of innovation and technology adoption and economies of scale. Consumers should enjoy wide variety of goods at competitive prices. It can create better growth and employment opportunities but also inequalities – mobility and less stable careers – limiting progressive taxation systems. There are various good and also challenging impacts that governments whether developed or developing should face. The issue is how fast can states adjust to the requirements of this new regime.

As competition becomes the order of the day, states with large welfare bill are seen to be in a disadvantage to states that only provide for basic protection. The issue is not to avoid or stop globalization but how to adapt as soon as possible. Too expensive welfare bill will make some developed countries unable to compete and thus are expected to give up some “rights” and downgrade some to “privileges” as done in developing countries. “Welfare states is a great burden for the economy as the potential for economic growth and competitiveness are strained with high expenses imposed by the welfare state” – Mitrovic (2008). He added that globalization is not only making products and services cheaper, it is allowing people from different borders to make a living without physical borders particularly those doing

analytical invisible work raising the bar for specialized and highly trained workers. This will push aside low wage jobs and non-qualified labor is getting larger. This also raises the case for more welfare programs especially to compensate the losers created by the globalization environment.

Navarro et al (2004), however, refutes these concerns and proves that globalization did not lead to decline in the welfare state regime in OECD countries. Using historical data from the OECD, they found that during the globalization period that “there has been no decline of social public expenditure, there is no convergence towards diminished welfare states and the level and type of social public expenditures continue the patterns established in the pre-globalization period.” In fact for former dictatorships, the shares actually increased by double. For liberal countries, minor increases were also observed. This shows that across the types of welfare regime, fears for the welfare state to lose importance under the globalization is unfounded. For OECD countries, the pre-eminence of protecting the citizens of their countries sort of validate the “rights” arguments. These set of welfare measures cannot be easily removed despite changes in the global environment. In fact, the OECD seemed to have looked at providing safety nets for its citizens to enable them to face the challenges brought about by the shrinking physical borders and faster movement of resources.

However, the same cannot be said for developing countries as we do not have actual studies yet supporting the same. This could be an area for future studies. Rudra (2006) has the closest work on welfare state regimes in developing countries. Her conclusion is instructive and contributory to this work. Essentially, she concludes that welfare state regimes in developing countries differ significantly. The recommendations of international organizations on focusing on education and labor reforms can work for some but not for every developing nation. Stages of development of developing countries dictate the welfare state regime that they will pursue. Taking on protective welfare regime and going into globalization strategy can lead to various issues and tensions between business, labor and government and to a certain extent foreign capital. She asks the same questions if pursuing different welfare strategy will make one better off in terms of equity, growth and reduction of poverty or is it poverty that is forcing countries to adopt a different kind of welfare state regime. The concern is the same – what will the new international competitive market do to the existing welfare state mechanism in the developing countries regardless of the approach they have taken.

VI. CONCLUSION

This paper attempted to explain the link between globalization and the welfare state. The previous sections clarified that there is no single definition

of a welfare state because different country experience, level of development and its political-economic agenda shape the welfare state policies of nations. Different studies have attempted to look at welfare state and provide a clear delineation of factors in order for us to come up with a concrete analysis. From different lenses, we have been made aware of differences in both developed and developing country settings to implement welfare state regimes. Using the experience of OECD and of ASEAN, we find that the elements of welfare state differs across countries. When taking globalization into consideration, we find that the welfare state regimes are further complicated as each country is faced with its own approach of dealing with its positive and negative impacts. Findings of studies also show that globalization failed to make developed countries lower their welfare state expenditures. In fact, OECD data proves that most if not all increased their public expenditures related to welfare programs. These strongly suggest that OECD states consider their welfare programs in the context of “rights” of their citizens even if not all states practice the same level of welfare programs. While data is not available for developing countries, we can already conclude that each country also has in their agenda the protection of their local citizens against the negative impact of globalization.

Finally, for countries trying to balance their welfare programs and their desire to gain from globalization, it must be important to note that poverty cannot be addressed in the old paradigm of the Welfare State redistribution. Each country must examine its own needs for social benefits – but it must focus on defining and funding social justice to sustain future benefits of the country in the context of better conditions for education, advanced training which will allow them to compete for jobs both locally and beyond. Countries, nonetheless, should follow the minimum basic rights of people regardless of their stage of development. This should include basic health, basic education, basic income security for the dependents (children, elderly and PWDs), focusing on capacitating the poor get through the poverty line.

BIBLIOGRAPHY

- ALMUNIA, J., *Globalization and Europe's Social Model: Challenges and Policy Responses* (2008). <http://www.global-economic-symposium.org/knowledgebase/the-global-polity/globalization-and-the-welfare-state/proposals/globalisation-and-europe-s-social-model-challenges-and-policy-responses>.
- JESSOP, B., *From the Welfare State to the Competition State* (2004) <https://www.researchgate.net/publication/302122416>
- LINDBECK, A., *Points about Globalization and the Welfare State*. (2008) <http://www.global-economic-symposium.org/knowledgebase/the-global-polity/globalization-and-the-welfare-state/proposals/points-about-globalization-and-the-welfare-state>

- MITROVIC, B., "Globalization and the Welfare State", *Economics and Organization*, Vol. 5, n. ° 3 (2008): 179-184.
- NAVARRO, V., J. SCHMITT y J. ASTUDILLO (2004). "Is Globalization undermining the Welfare State?", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 28 (2004): 133-152.
- RUDRA, N., "Welfare States in Developing Countries: Unique or Universal?", Graduate School for Public and International Affairs, University of Pittsburg (2006).

Data processed from

www.oecd.org

www.adb.org

PHILIPPINE DEMOCRACY AND ITS DISCONTENTS: THE FAILED PROMISE OF SOCIAL JUSTICE UNDER THE 1987 PEOPLE POWER CONSTITUTION*

*La democracia filipina y sus descontentos:
la promesa fallida de la justicia social bajo
la Constitución del poder popular de 1987*

Tanya Karina A. Lat

Professor of Law
Ateneo de Manila University
tklat@ateneo.edu

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp133-158](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp133-158)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Filipinas tiene una de las tasas más altas de desigualdad del sudeste asiático, y no para de crecer. La desigualdad aparece en distintas formas. Hay desigualdad entre las áreas urbanas y rurales; también en cuanto a la etnicidad. Pero la forma más grave de desigualdad es la estratificación de clases, que puede remontarse al pasado precolonial y colonial del país. Para rematar, los niveles de pobreza también son altísimos. Si bien es cierto que el concepto de justicia social ya estaba presente tanto en la Constitución de 1935 como en la de de 1973, no es hasta la Constitución de 1987 cuando se

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Lat, Tanya Karina A. 2018. "Philippine Democracy and its Discontents: The Failed Promise of Social Justice Under the 1987 People Power Constitution". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 133-158. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp133-158](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp133-158).

convierte en el foco de atención. No obstante, como veremos, ello no ha sido suficiente para poner fin a la desigualdad y erradicar la pobreza.

Palabras clave

Filipinas; desigualdad; pobreza; justicia social.

Abstract

The Philippines has one of the highest rates of inequality in Southeast Asia, and it is growing. Inequality in the Philippines takes various forms. There is the inequality between urban and rural areas. There is also the inequality borne out of ethnicity. But the most serious form of inequality is class stratification, that can be traced to the country's pre-colonial and colonial past. To top it off, the levels of poverty are also very high. While the concept of social justice was already present in the 1935 and 1973 Constitutions, it was in the 1987 Constitution that it became the "centerpiece". However, as we will see, this has not been enough to put an end to inequality and to eradicate poverty.

Keywords

Philippines; inequality; poverty; social justice.

SUMARIO: I. THE WELFARE STATE AND SOCIAL JUSTICE. II. THE PHILIPPINE COLONIAL PAST. III. PHILIPPINE INEQUALITY AND CLASS STRATIFICATION. IV. CLASS STRATIFICATION AND LAND OWNERSHIP. V. THE FILIPINO STRUGGLE FOR JUSTICE AND THE 1986 EDSA PEOPLE POWER REVOLUTION. VI. THE 1987 PEOPLE POWER CONSTITUTION AND SOCIAL JUSTICE. VII. EDSA MEETS GLOBALIZATION. VIII. THE FAILED PROMISE OF EDSA AND DUTERTE'S RISE TO POWER. IX. POPULISM AND NEW DEMOCRATIC HANGES. 10. THE WAY FORWARD. *BIBLIOGRAPHY.*

I. THE WELFARE STATE AND SOCIAL JUSTICE

First of all, I wish to thank the University of Malaga for the opportunity to visit your country and to exchange experiences and insights on issues that are of common interest and concern to our respective countries.

The theme of this III Scientific Congress on the Law of the Philippines and Spain is “Globalization and the Welfare State: Current Constitutional Debates in Europe and Asia.” This paper is in response to this panel’s theme “Crisis of the Welfare State and new democratic challenges.”

The Philippines is, in principle, a democracy, and is in fact the oldest democracy in Asia. However, it is not a Welfare State the way Spain is, and was never intended to be one.¹ While health care,² social security,³ housing,⁴ and free public education⁵ – the elements of a Welfare State – are guaranteed in the Philippine Constitution, these are not so much entitlements as they are means of empowerment. The Philippine Constitution is premised on the principle of social justice which seeks to diffuse wealth and eradicate inequality by giving Filipinos economic and political power:

“In a nation where more than half of the people are below the poverty line, the first target of a social justice measure should, therefore, be provisions, direct and indirect, for adequate responses to these basic needs such as health, shelter, and education. *It is not the intent, however, that the State will take away the initiative from the people and will do everything.* This is against the principle of enhancing human dignity. *The State should only provide, in most cases, the necessary and sufficient condition for the people to take the active role*”.⁶ (italics supplied)

¹ Muyot 1996: 310-355.

² Art. XIII, Sec. 11, 1987 Constitution.

³ Art. XV, Sec. 4, 1987 Constitution.

⁴ Article XIII, Sec. 9, 1987 Constitution.

⁵ Article XIV, Sec. 2, 1987 Constitution.

⁶ Commissioner Nieva, Record of the 1986 Constitutional Commission: Proceedings and Debates, Volume II, 606-607 (hereinafter “II Record”).

Be that as it may, the systems of our respective countries have enough in common to afford a meaningful discussion on this topic. The Filipino concept of social justice and the Western ideal of the Welfare State share the same underlying premises: (1) the state plays a key role in the protection and promotion of the social and economic well-being of its citizens; and (2) the state's role is to provide equality of opportunity, equitable distribution of wealth, and public responsibility for those unable to avail themselves of the minimal provisions for a good life. Both our countries have undergone and felt the effects of globalization, and we are now grappling with the democratic challenges that have resulted from the economic and political fallout.

This paper will discuss President Rodrigo Duterte's rise to power and the democratic challenges that his presidency poses within the context of globalization and the Philippines' failure to fulfill the mandate of social justice and socio-economic reforms promised by the 1986 EDSA People Power Revolution. The Philippines provides a cautionary tale of what can happen to civil and political rights when socio-economic rights are neglected or ignored.

II. THE PHILIPPINE COLONIAL PAST

At the onset, it may be helpful to give a brief background on the Philippines as a nation. We are an archipelago situated in Southeast Asia in the western Pacific Ocean, consisting of about 7,641 islands and a population of over 103 million people.⁷ With our topography consisting of great stretches of mountain ranges and coastal plains, volcanoes, and river systems across the 3 major island groups of Luzon, Visayas, and Mindanao, we have tremendous ecological biodiversity⁸ in both forest and marine life. The wide differences in topography have resulted in a culturally diverse people: we have more than 100 ethnolinguistic groups with distinct languages, cultures, and traditions throughout the archipelago.

In 1521, Portuguese explorer Ferdinand Magellan arrived on our shores and claimed these islands for Spain, but was killed in the Battle of Mactan. In 1544, Spanish explorer Ruy Lopez de Villalobos, a native of Malaga, gave the archipelago the name *Las Islas Filipinas* in honor of Philip, the crown prince of Asturias, who later became King Philip II of Spain. Spanish colonization finally began in earnest in 1565 with the arrival of Miguel Lopez de Legazpi and the establishment of the first Hispanic settlements in Cebu. For

⁷ Asian Development Bank (2017), ADB Basic 2017 Statistics. Available at <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/298061/basic-statistics-2017.pdf>.

⁸ The Philippines is one of the 17 "megadiverse" countries identified by Conservation International. A country is considered "megadiverse" if it has at least 5,000 species of endemic plants.

the next 333 years, Spain ruled our islands and our people, until the Philippine Revolution from 1896-1898 forced Spain to cede the Philippines to the United States of America under the Treaty of Paris. The Americans would go on to rule us for the next five decades until it granted the Philippines its independence in 1946, after the ravages of World War II.

National Artist Nick Joaquin famously quipped that the Philippines spent “300 years in a convent, then 50 years in Hollywood.” For better or for worse, this colonial history has left an indelible imprint on the Filipino psyche and continues to influence our country’s development as a nation and as a people.

III. PHILIPPINE INEQUALITY AND CLASS STRATIFICATION

The Philippines is a country of contradictions. Despite our tremendous abundance in biodiversity and cultural diversity, more than 20% of our people live below the national poverty line⁹ and almost 50% of the population consider themselves “poor”.¹⁰ Of greater concern, however, is the widening gap between the rich and the poor. The Philippines has one of the highest rates of inequality in Southeast Asia, and it is growing.¹¹

Inequality in the Philippines takes various forms. There is the inequality between urban and rural areas. Income poverty in the Philippines is a largely rural phenomenon, with nearly 2/3 of the rural poor being dependent on agriculture for employment and income.¹² Many rural folk migrate to major urban centers like Metro Manila, Metro Cebu, and Metro Davao where wealth, opportunities, infrastructure, and social services are more plentiful. Analysts have pointed to the large variation in access to infrastructure and social services between major urban centers and rural areas as one of the main reasons for the poor performance of the Philippine economy from the 1970’s to the turn of the century.¹³ Over the years, development policy has favored the main island of Luzon and discriminated against the Visayas and most especially Mindanao, creating a wide disparity between “Imperial Manila” and the rest of the country.

There is also the inequality borne out of ethnicity. It is not a coincidence that many of the poorest provinces are not only located outside Luzon and/or

⁹ Asian Development Bank, *supra* note 8. As of 2015, 21.6% of Filipinos live below the national poverty line.

¹⁰ This is based on the Social Weather Stations survey on self-rated poverty conducted in the 3rd quarter of 2017.

¹¹ Throughout the years, the Philippines has consistently had high Gini coefficients ranging from 40% to 60%.

¹² Balisacan 2003: 341.

¹³ Balisacan, *supra* note 13: 323.

are remote mountainous areas, but are also inhabited by indigenous peoples or Muslim communities that never came under Spanish colonial rule.

But the most serious form of inequality is class stratification, which provides “the framework in which all of the other inequality happens.”¹⁴ It “enters into all interpersonal relations, economic arrangements, and political leadership”, and all other types of social inequality are either “extensions of the class system to particular settings” or the class system “in which one dimension is emphasized.”¹⁵

Class disparity in the Philippines is a “daily, tangible experience” that “can be seen, heard and felt as forms of bodily and social experience”¹⁶:

“The labels of poverty, propertylessness, and uncertain employment are inescapable – they are embedded in one’s speech and language skills, in one’s command of etiquette and bureaucratic procedure; they are evident in the texture and usually the color of one’s skin, or in the condition of one’s teeth, dentures, and hair; they can often be seen in one’s posture and gait, or in the quality of one’s attire, jewelry, and makeup, in the type of food one buys, in the location of one’s home, workplace and school, or in the company one keeps. In Manila, both rich and poor have an acute sensitivity to these signs and symbols of human value.”¹⁷

This class stratification which is embedded in Philippine society can be traced to the country’s pre-colonial and colonial past. Prior to the arrival of the Spanish conquistadores in 1521, pre-colonial Filipino communities known as *barangays* consisted of a few thousand people bound together by blood, intermarriage, trading partnerships, or subjugation through conquest.¹⁸ Society was stratified into “divinely sanctioned orders” of *datu*, *timawa*, and *oripun/alipin*¹⁹ who were bound together by ties of patronage and debt. *Datus* were of royal blood who ruled by birthright and commanded fealty from the other social classes. *Timawa* were members of a warrior elite

¹⁴ Robert Fletcher Manlove, *Social Inequality in Urban Philippines*, Kroeber Anthropological Society Papers No. 89/90, 76. Available at http://digitalassets.lib.berkeley.edu/anthpubs/ucb/text/kas089_090-007.pdf.

¹⁵ Manlove, *supra* note 15, at 76.

¹⁶ Caroline S. Hau (2017), *Elites and Ilustrados in Philippine Culture*, Ateneo de Manila University Press: Quezon City, 3, citing Fenella Cannell, *Power and Intimacy in the Christian Philippines*. U.K.: Cambridge University Press (1999), and Michael Pinches, “*The Working Class Experience of Shame, Inequality, and People Power in Tatalon, Manila*” in *From Marcos to Aquino: Local Perspectives on Political Transition in the Philippines*, edited by Benedict J. Tria Kerkevliet and Resil B. Mojares. Quezon City: Ateneo de Manila University Press (1991).

¹⁷ Hau, *supra* note 17, at 3.

¹⁸ Scott 1992: 86.

¹⁹ Scott, *Id.*

who swore voluntary oaths of allegiance to a given *datu* and served as his comrades-at-arms and personal bodyguards. Everyone else was *oripun/alipin*: commoners who were basic producers in society and obligated to serve and support the *non-oripun* elite usually through agricultural labor (which *datus* and *timawa* did not ordinarily do).²⁰

While substantial social and economic inequalities existed between the classes, the client-patron ties that bound them were not susceptible to violent upheaval for as long as the social exchanges were not patently unjust.²¹

“With their basic needs and surpluses so mutually attuned, each giving and each receiving in turn what they can most afford and least provide, small wonder that the wealthy and the poor, the patrons and the clients of the Philippines, have lived in symbiotic union through the centuries ... One side offers an assurance of subsistence, help in times of crisis, protection from danger, mediating influence with the powers that be, and occasional good times. The price for all this is labor on the farms or elsewhere and a multitude of varied services, rendered with proper deference and loyalty to the patron-partner. For centuries, untold multitudes of Filipinos have found these terms of exchange both acceptable and desirable. And until something comes along which is provenly better, this attitude will persist.”²²

This system of exchange was altered, however, with the advent of Spanish colonial rule. Pacification of the islands entailed co-opting *datus* and turning them into local officials for the Spanish Crown. Former *datus* and members of local elites were tapped for the position of *cabeza de barangay* which had a 3-year term and was passed on from father to son.²³ While it eventually became an elective office from 1786 onward, those entitled to vote were restricted to the local *principalia*. Moreover, both civil and religious powers used local elites as go-betweens in the local government (*gobernadorcillos*) as well as in agrarian administration (*inquilinos*, who leased land from the friars and then sub-leased them to the actual tillers).²⁴

These arrangements drove a wedge in class relations, with the elites identifying more with the Spanish than with their own race. Moreover, intermarriage among the *indio* elite and the Spanish resulted in the emergence of a *mestizo* group that was linked to the ruling class both racially and economically and occupied a separate social layer of its own.²⁵

²⁰ Scott, *supra* note 19: 99.

²¹ Mangahas 1988: 82.

²² Mangahas, *supra* note 22: 83, citing Frank Lynch.

²³ Hau, *supra* note 17: 22.

²⁴ Hau, *Id.*

²⁵ Mangahas, *supra* note 22: 86.

Cleavages were also created between those communities which submitted themselves to Spanish rule (described in historical documents as *dociles*) and those which resisted (*feroces*).²⁶ Most of the island of Mindanao and the mountainous regions of the archipelago, notably the Cordillera region in Northern Luzon, were never conquered by the Spanish because the Muslim communities and indigenous peoples fought so fiercely. Over time, these “non-Christianized” tribes evolved separately, retaining most of their culture, ethnicity, and physical features while their Hispanicized, “lowlanderK Christian counterparts became more and more Spanish, assimilating and intermarrying with their colonizers. By the end of the Spanish regime, those who changed most became today’s Filipino majority while those who changed least became “cultural minorities” through “the magic of colonial alchemy.”²⁷

IV. CLASS STRATIFICATION AND LAND OWNERSHIP

These social cleavages became even more firmly rooted in terms of land ownership during the colonial period. At the time, land and natural resources were the most important form of economic wealth, and land usurpation was one of the most effective ways of amassing wealth.²⁸

The Spanish colonial regime initially recognized two types of private property rights. The first consisted of customary property rights of the natives which were predicated on usage and possession.²⁹ Native landholdings frequently rested on the venerable phrase “from time immemorial”, i.e., from before the arrival of the Spaniards,³⁰ and were contingent on actual use. They were generally known to be “communal in character, with the actual title to the lands vested in the communal *barangay*.” and could not be alienated under pain of law.³¹

The second type consisted of *terrenos realengos* or Crown lands. These comprised all areas not used or occupied by the natives pursuant to customary laws,³² and “symbolized the largesse which the Crown and its authorized subordinates could bestow on those deemed to be deserving.”³³ These royal

²⁶ Scott 1982: 29.

²⁷ Scott, *supra* note 27: 41.

²⁸ Mangahas, *supra* note 22: 86.

²⁹ Lynch, Jr. 1988a: 83.

³⁰ Lynch, *supra* note 30: 86.

³¹ Lynch, *supra* note 30: 85-86.

³² In his instructions to Legazpi, King Philip II emphasized that “while land could be apportioned among the colonists, ‘you shall not occupy or take possession of any *private property* of the Indians.’” Lynch, *supra* note 30, at 85.

³³ Lynch, *supra* note 30, at 87.

grants resulted in the creation of private estates owned by Spanish colonists and religious orders – what would later be known as *encomiendas* and “friar lands”, respectively – and introduced the concept of private (individual) ownership of land which profoundly changed native perceptions of natural resource allocation.³⁴

Despite the recognition of communal landholdings, procedures for securing official documentary registration of such holdings by the natives were never promulgated by the Spanish colonial government.³⁵ On the other hand, the Spanish regime created and administered a system for documenting and registering private, individual land rights. The friars and *encomenderos* expanded their landholdings by encroaching on both communal and Crown lands, with local native elites eventually following suit.³⁶ Such land usurpation increased dramatically with the rise of the tobacco monopoly and sugar production in the late 1700s and saw the emergence of the great rural estates known as *haciendas*.³⁷ Over time, control over agricultural land resources became increasingly concentrated in the hands of a few.

The Spanish land titling decrees of 1880-1894, which introduced the land registration system in the Philippines, effectively legalized past usurpations and facilitated new ones. Large landowners were able to take advantage of the process whereas the “large majority” of natives were either not aware of these laws for various reasons – illiteracy, lack of information, abuses or negligence by colonial officials – or could not access the registration process due to lack of money, knowledge about the process, effective representation, or a combination of all these factors.³⁸ The disenfranchisement of millions of natives was completed with the Royal Decree of February 13, 1894, commonly referred to as the Maura Law, which provided that:

“... the ‘title to all agricultural lands which were capable of adjustment under the Royal Decree of ... 1880, but the adjustment of which has not been sought at the time of promulgation of this decree ... will revert to the State. Any claim to such lands by those who might have applied for adjustment of the same but have not done so at the above mentioned date, will not avail themselves in any way nor at any time.’”³⁹

³⁴ Lynch, *supra* note 30: 90.

³⁵ Lynch, *supra* note 30: 86.

³⁶ This is extensively discussed by Lynch, *supra* note 30.

³⁷ The *haciendas* had their own social order, with the *hacenderos* (landowners) at the top, the *inquilinos* (fixed-rent tenants) in the middle, and the *kasamas* (sharecroppers and landless laborers) at the bottom.

³⁸ Lynch, *supra* note 30: 107.

³⁹ Lynch, *supra* note 30: 108.

The Maura Law empowered the Spanish colonial regime to deny legal recognition of customary property rights, and provided the U.S. colonial regime with the legal basis to do the same.⁴⁰ The inequality that existed during the Spanish era not only continued but was even exacerbated by the American colonial regime.

In the 1898 Treaty of Paris where Spain relinquished Cuba, Puerto Rico, Guam, and the Philippines to the United States,⁴¹ both countries agreed to maintain the private property rights and relations that had been established during the Spanish era. Article VIII of the Treaty declared that the Philippine cession

“cannot in any respect impair the property or rights which by law belong to peaceful possession of property of all kinds, of provinces, public or private establishments, ecclesiastical or civic bodies, or any other associations having legal capacity to acquire or possess property ... or of private individuals, of whatsoever nationality such individuals may be.”

The Taft Commission headed by William Howard Taft – who would eventually become President of the United States – chose to interpret Article VIII in an “extremely narrow manner.”⁴² Using the Regalian doctrine, the Commission assumed that lands that had not been registered during the Spanish colonial regime were public lands. Moreover, it grossly underestimated the number of indigenous peoples and migrant farmers who had undocumented rights to their land, and claimed that Article VIII vested ownership of 92.3% of the total Philippine land mass in the U.S. government as lands of the public domain.⁴³

To add insult to injury, the American colonial regime proceeded to nullify titles and conveyances by unhispanicized peoples through Act No. 718 of April 4, 1903, which provided that all conveyances by “Moro sultans or dat-tos, or (by) Chiefs of the non-Christian tribes” were to be considered “illegal, void and of no effect.”⁴⁴ This law effectively dispossessed the Moros of their ancestral landholdings.⁴⁵

⁴⁰ Lynch *supra* note 30: 108-109.

⁴¹ Treaty of Peace (Treaty of Paris) between Spain and the United States of America, December 10, 1898. A copy of the treaty is available at <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-es-ust000011-0615.pdf>.

⁴² Lynch, Jr. 1988b: 251.

⁴³ Lynch, *supra* note 43: 251.

⁴⁴ Lynch, *supra* note 43: 307. This law was upheld by the Philippine Supreme Court in the case of *Cacho vs. United States*, 28 Phil. 616 (1914).

⁴⁵ Janess Ann J. Ellao, *The Crux of the Moro Problem*, BusinessWorld, August 18, 2007.

Act No. 926 or the Public Land Act of 1903 sought “to ensure that long-term occupancy of ostensibly public lands would no longer vest any right in the occupants.”⁴⁶ Chapter VI, Sec. 67 of the Public Land Act provided:

“No title to, or right or equity in, any public lands in the Philippine Islands may hereafter be acquired by prescription or by adverse possession or occupancy, or under or by virtue of any laws in effect prior to American occupation, except as expressly provided by laws enacted or provided since the acquisition of the Islands by the United States.”

Moreover, the Public Land Act encouraged migration to the “public domain,” awarding land to American and Filipino homesteaders of previously “unoccupied, unreserved, and unappropriated agricultural public land.”⁴⁷ The mass migration of predominantly Christian settlers to Mindanao and the resulting displacement of Moro communities “is to this day one of the major grievances behind the armed struggle of the Filipino Muslims.”⁴⁸

The American colonial regime also made it easier for Americans and local Filipino elite to appropriate mineral and forest lands for their exclusive use and ownership through the Forest Act of 1904, the Mining Act of 1905, and the Cadastral Act of 1907.⁴⁹ The old Spanish religious elite may have been displaced by American policy, but they were quickly replaced by a *nouveau-riche* comprised of American citizens and corporations and Filipino elites.⁵⁰

As in the Spanish period, the modernization of the land registration system during the American colonial regime served as a weapon against the traditional land rights of indigenous peoples and peasants,⁵¹ entrenching a political and economic oligarchy that professed democracy while enriching itself at the expense of millions of marginalized rural Filipinos. More than 70 years after Philippine independence from American rule, this highly skewed distribution of power and wealth continues to be seen in our class relations and our economic and political structures.

V. THE FILIPINO STRUGGLE FOR JUSTICE AND THE 1986 EDSA PEOPLE POWER REVOLUTION

Former Senator and human rights lawyer Jose W. Diokno observed that Philippine history is “a continuous and continuing struggle to create a just

⁴⁶ Lynch, *supra* note 43: 263.

⁴⁷ Chapter I, Section 1, Act No. 926, October 7, 1903.

⁴⁸ Mangahas, *supra* note 22: 91.

⁴⁹ Batongbacal 2010: 313.

⁵⁰ Batongbacal, *supra* note 50: 312-313.

⁵¹ Mangahas, *supra* note 22: 90.

society.”⁵² The decades-long agrarian unrest and armed struggles of communist and Muslim insurgents are but some of the manifestations of that continuing struggle.

There is empirical data to show that the poor “do not begrudge richness per se, but are resentful if the rich do not share the burden of hard times.”⁵³ Most Philippine elites live in an “enclave society” where they live their social and professional lives with minimal physical contact with the poor. Because of this social distance, they are psychologically insulated from poverty and its effects and are largely unable to see how they contribute to the problem.⁵⁴ Over the years, the Philippine oligarchy has been criticized as “neither interested in sharing its wealth and power with the rest of the Filipino people nor capable of putting the welfare and well-being of the nation ahead of its own selfish, clannish interests.”⁵⁵

In formulating a Filipino concept of justice, Diokno described a just society as one which: (1) is “not only independent but in which the people are sovereign”, (2) “respects the freedom and the equal dignity of all,” (3) “protects workers and tenants, opposes oppression, exploitation and abuse, and seeks to eliminate poverty,” (4) “is united in brotherhood and relies on itself”, and (5) “is moral.”⁵⁶ It might also be added that a just Filipino society must achieve both unity and peace “as an outcome of both a sense of compassion and shared social life.”⁵⁷

The 1986 EDSA People Power Revolution which deposed President Ferdinand Marcos after fourteen years of Martial Law rule was not merely about removing a dictator and restoring human rights. It spotlights a “longer, cumulative history” of “contested democracy” in which “large sections of the poor and marginalized classes, sectors and communities, and some sections of the middle and upper classes as well, work and fight for a participatory and egalitarian democracy.”⁵⁸ The elites who had traditionally been absent from post-war rallies and demonstrations showed up in droves at EDSA. Fair-skinned urbanites and matrons, businessmen, professionals, and members of the religious figuratively and literally locked arms with students, workers, and the urban poor. In a rare moment in Philippine history, both rich and poor evoked the revolutionary fervor of the

⁵² Diokno 1987: 14.

⁵³ Mangahas, *supra* note 22: 101.

⁵⁴ Clarke and Sison 2005: 57-90.

⁵⁵ Hau, *supra* note 17: 44.

⁵⁶ Diokno, *supra* note 53, at 14-16, paraphrasing the writings of national heroes Apolinario Mabini and Emilio Jacinto.

⁵⁷ Batongbacal, *supra* note 50: 305.

⁵⁸ Hau, *supra* note 17: 169.

Philippine Revolution of 1896,⁵⁹ sharing “strong feelings of solidarity, camaraderie, community, and euphoria”⁶⁰ as they united behind a common cause that was larger than themselves and succeeded by working together.

VI. THE 1987 PEOPLE POWER CONSTITUTION AND SOCIAL JUSTICE

Shortly after President Corazon Aquino assumed power, a Constitutional Commission was convened to draft a new Constitution for the Philippines. Commissioner Ma. Teresa F. Nieva, Chairman of the Committee on Social Justice, articulated in her sponsorship speech the aspirations of Filipinos who had been struggling for justice:

“Our Committee hopes that social justice will be the centerpiece of the 1986 Constitution. The rationale for this is that social justice provides the material and social infrastructure for the realization of basic human rights, the enhancement of human dignity and effective participation in democratic processes. Rights, dignity and participation remain illusory without social justice.

Our February 1986 Revolution was not merely against the dictatorship nor was it merely a fight for the restoration of human rights; rather, this popular revolution was also a clamor for a more equitable share of the nation’s resources and power, a clamor which reverberated in the many public hearings which this Constitutional Commission conducted throughout the country.

If our 1986 Constitution would enshrine the people’s aspirations as dramatically expressed in the revolution and ensure the stability, peace, and progress of our nation, it must provide for social justice in a stronger and more comprehensive manner than did the previous Constitutions.”⁶¹

While the concept of social justice was already present in the 1935 and 1973 Constitutions, it was in the 1987 Constitution that it became the “centerpiece”. An entire chapter (Article XIII) entitled “Social Justice and Human Rights” was included for the very first time, in addition to other provisions that were embedded in other chapters of the Constitution. Social justice was identified as one of the basic ideological principles underlying the 1987 Constitution:

“The State shall promote social justice in all phases of national development.”⁶²

⁵⁹ Hau, *supra* note 17: 84.

⁶⁰ Hau, *Id.*

⁶¹ Commissioner Nieva, II Record 606.

⁶² Article II, Section 10, 1987 Philippine Constitution.

“The State shall promote a just and dynamic social order that will ensure the prosperity and independence of the nation and free the people from poverty through policies that provide adequate social services, promote full employment, a rising standard of living, and an improved quality of life for all.”⁶³

The Constitutional Commission recognized the intimate relationship between poverty and inequality, and the role of unjust structures in perpetuating such poverty. Social justice was necessarily about democratizing productive resources:

“In a very real way, inequality in the sharing of the fruits of development can be traced to the concentration of productive resources in the hands of a very small minority, and this is especially true of land and capital resources. Therefore, access to these resources must be democratized if the nation is to permanently achieve social justice. Here, the State must go beyond merely affirming the social character of property or the concept of stewardship for the common good. It must also promote measures to realize this democratization ...”⁶⁴

Because of this, social justice necessarily had to go beyond mere economic prosperity – the scope of social justice in the 1935 and 1973 Constitutions. The 1987 Constitution delved into sociopolitical matters and even cultural inequities,⁶⁵ as can be seen in paragraph 1 of Article XIII, Section 1:

“The Congress shall give highest priority to the enactment of measures that protect and enhance the right of all the people to human dignity, reduce social, economic, and political inequalities, and remove cultural inequities by equitably diffusing wealth and political power for the common good.”

The rationale for the expansion of the scope of social justice was explained in this wise:

“In speaking of social justice, we deal with justice not as practiced among individuals but justice as embodied in the structures and institutions of society; namely, its system of law such as regulating the relationship between the owner and the worker of the land; or the relationship between the man who sells his labor and the manager of the company or the owner of that business enterprise. It is distribution of wealth and political power. I mention this precisely because one of the insistent points throughout this whole Article is that if we were to have justice, there will have to be a redistribution of not only economic wealth but also political

⁶³ Article II, Section 9, 1987 Philippine Constitution.

⁶⁴ Commissioner Nieva, II Record 606-607.

⁶⁵ Commissioner Bernas, IV Record 864-865.

power. What we intended to say when we spoke of power is that political power must also be in the hands of the majority so that they can help shape the future that affect their lives.”⁶⁶

This must necessarily be done by the State which had been “a major source of injustice”⁶⁷ in the past but which can be an “agency of change” by ordering its resources to favor the majority of the poor.⁶⁸ These duties of the State can be seen in paragraph 2 of Article XIII, Section 1:

“To this end, the State *shall regulate* the acquisition, ownership, use, and disposition of property and its increments.” (italics supplied)

as well as Art. XII, Section 6:

“The use of property bears a social function, and all economic agents shall contribute to the common good. Individuals and private groups, including corporations, cooperatives, and similar collective organizations shall have the right to own, establish, and operate economic enterprises, *subject to the duty of the State to promote distributive justice and to intervene when the common good so demands.*” (italics supplied)

Poverty and inequality in the Philippines have been widely perceived to be political problems largely caused by the inequitable distribution of resources and persistence of semi-feudal/oligarchic politics.⁶⁹ The framers of the Constitution sought to address these historical inequalities by redistributing economic wealth and political power more equitably while “growing the size of the pie”. This can be seen in Article XII, Section 1:

“The goals of the national economy are a more equitable distribution of opportunities, income, and wealth; a sustained increase in the amount of goods and services produced by the nation for the benefit of the people; and an expanding productivity as the key to raising the quality of life for all, especially the underprivileged.

The State shall promote industrialization and full employment based on sound agricultural development and agrarian reform, through industries that make full and efficient use of human and natural resources, and which are competitive in both domestic and foreign markets. However, the State shall protect Filipino enterprises against unfair foreign competition and trade practices.

In the pursuit of these goals, all sectors of the economy and all regions of the country shall be given opportunity to develop. Private enterprises,

⁶⁶ Commissioner Garcia, II Record 620.

⁶⁷ Commissioner Bennagen, II Record 661.

⁶⁸ Commissioner Bennagen, II Record 616.

⁶⁹ Clarke and Sison, *supra* note 55, at 67.

including corporations, cooperatives, and similar collective organizations shall be encouraged to broaden the base of their ownership.”

The preferential option for the poor and marginalized is articulated in provisions that recognize the rights of indigenous peoples⁷⁰ and protect their ancestral lands,⁷¹ provide for the creation of autonomous regions in Muslim Mindanao and the Cordilleras,⁷² afford full protection to labor,⁷³ provide land for landless farmers and enable farmworkers to receive a just share of the fruits,⁷⁴ protect the rights of subsistence fishermen and fishworkers,⁷⁵ and afford decent housing to and protect the rights of the homeless and urban poor.⁷⁶

The intent of the Constitutional Commission to distribute wealth and opportunities for development can be seen in the emphasis on rural development and the establishment of an agrarian reform program,⁷⁷ the decentralization of the powers of the national government to the local governments,⁷⁸ the regulation of monopolies and combinations in restraint of trade,⁷⁹ the prohibition on political dynasties,⁸⁰ and the recognition of the people’s right to effective and reasonable participation at all levels of decision-making.⁸¹ The Constitution further empowers citizens against oppression through the Bill of Rights,⁸² the right to strike,⁸³ the right to information on matters of public interest,⁸⁴ and the power of the judiciary to review abusive acts of the political branches of government through the power of judicial review.⁸⁵

Basic entitlements for living are contained in the provisions on the right to health,⁸⁶ the right to education,⁸⁷ the right to a “family living wage”,⁸⁸ and State programs for social security.⁸⁹

⁷⁰ Art. II, Sec. 22, 1987 Constitution.

⁷¹ Art. XII, Sec. 5, 1987 Constitution.

⁷² Art. X, Sec. 15, 1987 Constitution.

⁷³ Art. II, Sec. 18; Art. XIII, Sec. 3, 1987 Constitution.

⁷⁴ Art. XIII, Sec. 4, 1987 Constitution.

⁷⁵ Art. XII, Sec. 2; Art. XIII, Sec. 7, 1987 Constitution.

⁷⁶ Art. XIII, Sec. 9-10, 1987 Constitution.

⁷⁷ Art. II, Sec. 21; Art. XIII, Sec. 4, 1987 Constitution.

⁷⁸ Art. X, 1987 Constitution.

⁷⁹ Art. XII, Sec. 19, 1987 Constitution.

⁸⁰ Art. II, Sec. 26, 1987 Constitution.

⁸¹ Art. XIII, Sec. 16, 1987 Constitution.

⁸² Art. III, 1987 Constitution.

⁸³ Art. XIII, Sec. 3, 1987 Constitution.

⁸⁴ Art. III, Sec. 7; Art. II, Sec. 28, 1987 Constitution.

⁸⁵ Art. VIII, Sec. 1, 1987 Constitution.

⁸⁶ Art. II, Sec. 15; Art. XIII, Sec. 11, 1987 Constitution.

⁸⁷ Art. II, Sec. 17; Art. XIV, Secs. 1-2, 1987 Constitution.

⁸⁸ Art. XV, Sec. 3(3), 1987 Constitution.

⁸⁹ Art. XV, Sec. 4, 1987 Constitution.

The 1987 Constitution also enshrined a “Filipino-first” policy, which is significant in light of the country’s colonial history. This is articulated in the policies that the State “shall pursue an independent foreign policy”⁹⁰ and “shall develop a self-reliant and independent national economy effectively controlled by Filipinos.”⁹¹ This is deepened further by provisions that restrict the following activities to Filipinos: the ownership of land,⁹² the practice of professions, the use and enjoyment of the nation’s marine wealth, and the grant of rights and privileges pertaining to the national economy and patrimony.⁹³ The Constitution also articulates the preferential use of Filipino labor, domestic materials, and locally produced goods.⁹⁴

The social justice provisions of the Constitution were approved but only after “rough sailing”⁹⁵ and intense, even heated debates during the course of the deliberations. One particularly debated point was the issue of the right to property vis-a-vis the redistribution of wealth. The lawyer-members of the Commission found the proposed revisions to be “socialist”, even “communist” and were “alarmed” by its possible constitutional impact.⁹⁶ One commissioner even went so far as to say that he opposed the idea of redistribution of wealth,⁹⁷ and that compulsory land expropriation was “illegal and unconstitutional”.⁹⁸ The lawyers were concerned about overturning previously established legal doctrine and had to be reminded that they were writing a new Constitution.

This tension between social justice and protection of property rights, between instituting social change and preserving the status quo would continue to be played out in the post-EDSA years in the halls of Congress, Malacanang Palace, and the Supreme Court.

VII. EDSA MEETS GLOBALIZATION

Sociologist and analyst Walden Bello observed that “the key tragedy of the EDSA Republic was that it came into being right at the time that neoliberalism was on the ascendant as an ideology and globalization became the flavor of the month for capitalism.”⁹⁹ Neoliberalism’s goal of increased

⁹⁰ Art. II, Sec. 7, 1987 Constitution.

⁹¹ Art. II, Sec. 19, 1987 Constitution.

⁹² Art. XII, Sec. 7, 1987 Constitution.

⁹³ Art. XII, Sec. 10, 1987 Constitution.

⁹⁴ Art. XII, Sec. 12, 1987 Constitution.

⁹⁵ Bernas, S.J. 1995: 909.

⁹⁶ Commissioner Suarez, II Record 676.

⁹⁷ Commissioner Padilla, II Record 678-680.

⁹⁸ Commissioner Padilla, II Record 699-700.

⁹⁹ Walden Bello, “*EDSA, Neoliberalism, and Globalization*,” 18 de marzo de 2017. Discurso Ateneo de Manila University.

foreign investment and its policy prescription of an almost exclusive reliance on the market for resource allocation¹⁰⁰ directly clash with the Constitution's social justice directives of the Filipino-first policy, the preferential option for the poor, and the mandate of the State to take an active role in distributive justice. In the post-EDSA years, social justice would repeatedly yield to the pressures of globalization and the interests of the elite.

(1) *Debt servicing and the Automatic Appropriations Act*

Under the administration of President Corazon Aquino, repayment of the foreign debt, including onerous debts incurred by President Marcos, became the top national economic priority.¹⁰¹ Twenty-five percent (25%) to forty percent (40%) of the national budget was allocated for debt servicing pursuant to Presidential Decree ("P.D.") No. 81, P.D. No. 1177, and P.D. No. 1967.¹⁰² In the 1991 case of *Guingona vs. Carague*,¹⁰³ Senators Teofisto Guingona, Jr. and Aquilino Pimentel, Jr. questioned the constitutionality of the automatic appropriation for debt service, citing the Constitutional directive for the State to assign the highest budgetary priority to education.¹⁰⁴ The Supreme Court dismissed the petition on the ground that it was a political question, stating that "it does not follow that the hands of Congress are so hamstrung as to deprive it of the power to respond to the imperatives of the national interest and for the attainment of other state policies or objectives." In effect, the Supreme Court held that debt servicing takes precedence over the funding of education and other social justice measures. For the next 3 decades, this automatic appropriation would cripple the government's capacity to fund important social justice measures, provide essential social services, and stimulate economic growth.¹⁰⁵

(2) *The Philippines' entry into the World Trade Organization*

In 1994, the Philippines joined the World Trade Organization ("WTO") as a founding member, with the goal of improving Philippine access to foreign markets through the reduction of tariffs. In the case of *Tanada vs.*

¹⁰⁰ McCarthy 2007: 38-50.

¹⁰¹ Bello, *supra* note 100.

¹⁰² These are all presidential decrees issued by President Marcos during Martial Law when he was exercising executive and legislative powers.

¹⁰³ *Guingona vs. Carague*, G.R. No. 94571, April 22, 1991.

¹⁰⁴ Art. XIV, Section 5(5) of the Constitution provides: "The State shall assign the highest budgetary priority to education and ensure that teaching will attract and retain its rightful share of the best available talents through adequate remuneration and other means of job satisfaction and fulfillment."

¹⁰⁵ Bello, *supra* note 100.

Angara,¹⁰⁶ Senators Wigberto Tanada and Anna Dominique Coseteng, along with members of civil society, questioned the constitutionality of the Philippines' accession to the WTO on the ground that the parity provisions and national treatment clauses of the WTO agreements violate Article II, Section 19 of the Constitution which directs the State to develop a self-reliant and independent national economy effectively controlled by Filipinos, and the Filipino-first policy. In dismissing the petition, the Supreme Court said that Article II, Section 19 is not a self-executing principle that can be enforced through the courts, and that economic nationalism should be read with other constitutional mandates to attain a balanced development of the economy. The Court added that "the WTO remains as the only viable structure for multilateral trading and the veritable forum for the development of international trade law. The alternative to WTO is isolation, stagnation, if not economic self-destruction."

(3) *The challenge to indigenous peoples' rights*

In 1997, the landmark Indigenous Peoples' Rights Act (IPRA) was passed.¹⁰⁷ The IPRA Law aims to correct the historical injustices committed against our indigenous peoples by (a) recognizing their rights to their ancestral domains which they have occupied or possessed since time immemorial, (b) recognizing the applicability of customary laws within their ancestral domains, (c) recognizing their right to self-governance, (d) ensuring equal protection and freedom from discrimination, and (e) recognizing their cultural diversity and protecting their right to cultural integrity.

While the IPRA goes a long way in protecting the rights of indigenous peoples, it carries the seeds of its own destruction. Section 56 provides for "existing property rights regimes", stating that "property rights within the ancestral domains already existing and/or vested upon effectivity of this Act, shall be recognized and respected." This section was included presumably to placate legislators who were concerned about the protection of property rights.

Not long after its passage, the IPRA Law was constitutionally challenged on the ground that it violated the rights of private landowners and unlawfully deprived the State of its ownership over lands of the public domain as well as the minerals and other natural resources therein.¹⁰⁸ The Supreme Court was evenly split on the matter, voting 7-7 in this case. The petition was dismissed on the ground that it did not obtain the number of votes necessary to declare the IPRA Law unconstitutional.

¹⁰⁶ *Tanada vs. Angara*, G.R. No. 118295, May 2, 1997.

¹⁰⁷ Republic Act No. 8371, October 29, 1997.

¹⁰⁸ *Cruz vs. National Commission on Indigenous Peoples*, G.R. No. 135385, December 6, 2000.

In later years, the rights granted to indigenous peoples under the IPRA Law would be challenged further with the passage of the Mining Law of 1995,¹⁰⁹ the affirmation of its constitutionality by the Supreme Court,¹¹⁰ and the preference of the State for foreign mining interests at the expense of our indigenous peoples.

(4) *The failure of agrarian reform*

But perhaps the most glaring evidence of the capitulation of social justice to elite interests can be found in the failure of the Philippine agrarian reform program. Despite the historic opportunity and popular public clamor to reform what was notoriously known as one of the most inequitable rural sectors in Southeast Asia, President Corazon Aquino left the drafting of the Comprehensive Agrarian Reform Program (CARP) to a Congress that was dominated by landowning elites. The result was a law that was steeped in contradictions.¹¹¹ Landowners could evade the substantive redistribution of their landholdings through legal loopholes such as voluntary land transfer, corporate stock sharing mechanisms, deferment schemes on new commercial farms, and unclear guidelines on land use conversions, among others.¹¹² Moreover, under the law, landowners could legally challenge CARP implementation on matters ranging from land valuation, to target beneficiaries, the manner of acquisition, and the actual distribution of lands.¹¹³

Moreover, President Aquino's administration was marred by controversies and contradictions. Her family undertook the "distribution" of their 6,000 hectare Hacienda Luisita by way of stock distribution instead of actual land transfer, an issue that would continue to hound her son, Benigno Aquino III when he assumed the presidency in 2010. Her administration came to be defined by the 1987 Mendiola Massacre: an otherwise peaceful mobilization of farmers and peasants that turned bloody and resulted in the death of 13 farmers.¹¹⁴

¹⁰⁹ Republic Act No. 7942, March 3, 1995.

¹¹⁰ *La Bugal B'laan Tribal Association vs. Ramos, Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, G.R. No. 127882, December 1, 2004; *Didipio Earth-Savers' Multi-Purpose Association, Inc., vs. Gozun, Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, G.R. No. 157882, March 30, 2006.

¹¹¹ See An Act Instituting a Comprehensive Agrarian Reform Program to Promote Social Justice and Industrialization, Providing the Mechanism for its Implementation, and for Other Purposes (Comprehensive Agrarian Reform Law of 1988), Republic Act No. 6657, Section 20 and 31 (1988).

¹¹² D. Cruz y Manahan 2014: 934.

¹¹³ Cruz and Manahan, *supra* note 113: 935.

¹¹⁴ No one was held accountable for the deaths, and no compensation was given to the survivors and heirs.

Subsequent administrations, notably that of President Fidel Ramos, made tangible gains in agrarian reform, but fell far short of what was envisioned by the framers of the Constitution. In 2009, the Comprehensive Agrarian Reform Program Extension with Reforms (CARPER) Law was passed,¹¹⁵ extending the program for distributing agricultural lands to the farmers for another 5 years. However, the program languished during President Noyoy Aquino's presidency due to presidential indifference and the lack of political will. When CARPER ended in 2014, "about 700,000 hectares of the best private land in the country remained in the hands of landlords, violence against land reform beneficiaries was common, and rural poverty remained stubbornly high."¹¹⁶ Yet again the ruling elite had managed to defeat agrarian reform: corporate and commercial agribusiness and elite landowners emerged as winners at the expense of peasant lessors, share tenants, and landless rural workers.¹¹⁷

(5) *The non-passage of the anti-political dynasty law*

The failure to implement Article II, Sec. 26 of the Constitution¹¹⁸ through the passage of anti-political dynasty legislation is another serious failing in the post-EDSA era. In Philippine society, political power is concentrated in the hands of those who control the economic resources, especially at the local government level. Studies show that with all things being equal, the welfare of the poor tends to be lower in provinces governed by political dynasties than in those characterized by competitive politics.¹¹⁹ Political dynasties restrict the access of the poor to basic services, prevent qualified candidates from running for public office, and constrain local economic growth and opportunities for better public governance. Post-EDSA Congresses, being dominated by dynastic families, have successfully blocked attempts to legislate on this important political reform measure.

VIII. THE FAILED PROMISE OF EDSA AND DUTERTE'S RISE TO POWER

The EDSA spirit was rekindled briefly with the election of President Benigno "Noyoy" Aquino III, who rode the wave of public sympathy

¹¹⁵ Republic Act No. 9700, August 7, 2009.

¹¹⁶ Bello, *supra* note 100.

¹¹⁷ Cruz & Manahan provide a comprehensive discussion on the history of agrarian reform in the post-EDSA administrations. *See* note 113.

¹¹⁸ Art. II, Sec. 26 provides that "the State shall guarantee equal access to opportunities for public service, and prohibit political dynasties as may be defined by law."

¹¹⁹ Balisacan, *supra* note 13: 335; Mendoza, Beja, Jr., Venida y Yap 2016: 189-201.

following the death of his mother, President Corazon Aquino. He came to power promising honest governance (“Daang Matuwid” or the “Straight Path”) – a direct rebuke to President Macapagal-Arroyo’s corrupt 10-year presidency – and the Filipino people had high hopes for his administration. He enjoyed high approval ratings for the first half of his term, but public support eroded over time as the hypocrisy and elitism of his administration became apparent.

What turned out to be President PNoy Aquino’s major sin was the perceived insensitivity and lack of empathy of his administration towards the common people. This was highlighted in the aftermath of Supertyphoon Haiyan which devastated the province of Leyte,¹²⁰ the worsening traffic problems of Metro Manila,¹²¹ and the killing of transgender Jennifer Laude by American soldier Joseph Scott Pemberton.¹²² But what proved to be the proverbial straw that broke the camel’s back was the Mamasapano encounter in 2015 which resulted in the death of 44 members of the Special Action Forces (SAF) of the Philippine National Police. The president was conspicuously absent during the arrival honors ceremony for the fallen SAF officers as he chose to instead attend the inauguration of a new car manufacturing plant. The president’s actions spoke volumes about the regard that he held for the SAF officers and their relatives. By the time President PNoy Aquino ended his term in 2016, whatever goodwill people had for him had long shifted to disillusionment, frustration, and anger.

The EDSA People Power Revolution ultimately failed to deliver on its promise of social justice and societal change. Thirty years after EDSA, the Philippine Republic was still very much a feudal society despite being democratic in name and appearance. While the economy had grown as a result of neoliberal and pro-globalization policies, such growth had failed to “trickle down” to millions of Filipinos who remain poor and marginalized. Wealth and political power remained in the hands of a few families which were more interested in protecting their own privileges than in promoting the welfare of the country. Angry and resentful at the failure of the

¹²⁰ When President Aquino arrived in Tacloban City three days after Supertyphoon Haiyan totally devastated the city, he reportedly remarked to a Leyte businessman who had been shot at during a looting attempt “*Eh buhay ka pa naman, di ba?*” (Well, you’re still alive, aren’t you?) President Aquino also inexplicably stopped the body count of casualties from Supertyphoon Haiyan even when search and rescue operations were still ongoing. The official government death toll stands at over 6,300 dead but it is estimated that the actual number of casualties could range from 15,000-30,000 dead.

¹²¹ In response to criticisms of the administration’s inability to solve the worsening traffic, President Aquino reportedly said that it is “a sign of economic growth”.

¹²² When asked whether he would visit Laude’s wake, President Aquino responded by saying “I don’t attend the wakes of people I don’t know.”

EDSA Republic to live up to its promise, the Filipino masses were ready for change.

Sociologist Randy David observed that “a people besieged by extreme poverty, persistent injustice, and lack of social mobility will always feel it has nothing to lose by betting on a forceful figure who presents himself as a social reformer.”¹²³ This is exactly what accounts for the unprecedented victory of Rodrigo Duterte during the 2016 presidential elections. Correctly sensing the people’s hunger for change, the tough-talking mayor of Davao presented himself as a “man of the masses”, an outsider to national politics, a social reformer, and an alternative to the traditional elites. His platform “Change is coming” stood in stark contrast with that of Mar Roxas who promised to continue President PNoy’s “Daang Matuwid” (“Straight Path”). People from all walks of life, but most especially the poor, gravitated towards the firebrand who had managed to transform the murder capital of the Philippines into one of the most progressive cities in the country.

President Duterte’s landslide victory at the polls represents a disruption on several levels. For the first time, a son of long-neglected Mindanao has been elected to the presidency and is poised to disrupt the workings of Imperial Manila. His crass politics has “shed light on the citizens’ anxieties, exposed powerful institutions’ hypocrisies, and provided the vocabulary to capture the public’s brewing anger against the unfulfilled promise of elite democracy.”¹²⁴ His victory, which was secured with the support of people across different geographies, age groups, and socio-economic classes, can also be viewed as a protest vote against mainstream politics and the ruling EDSA regime.¹²⁵

Walden Bello points out that the conditions for President Duterte’s success were created by the failure of EDSA:

“What destroyed the EDSA project and paved the way for Duterte was the deadly combination of elite monopoly of the electoral system, the continuing concentration of wealth, and neoliberal economic policies and the priority placed on foreign debt repayment imposed by Washington. By 2016, there was a yawning gap between the EDSA Republic’s promise of popular empowerment and wealth redistribution and the reality of massive poverty, scandalous inequality, and pervasive corruption.”¹²⁶

¹²³ David 2004: 160.

¹²⁴ Curato 2017: 5.

¹²⁵ Curato, *supra* note 125: 11.

¹²⁶ Bello 2017: 79-80.

IX. POPULISM AND NEW DEMOCRATIC CHALLENGES

The populist victory of President Duterte poses new and dangerous challenges to Philippine democracy. Despite being a lawyer, President Duterte has repeatedly shown his disdain for human rights, accusing human rights lawyers of being coddlers of criminals. His “war on drugs” has resulted in extra-judicial killings running into the tens of thousands, making President Marcos’s Martial Law human rights record pale in comparison. In Congress, there have been moves to revive the death penalty – this despite the Philippines’ accession to the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights – and to lower the age of criminal responsibility to 9 years of age. Misogyny is also on the rise.

Freedom of speech and expression is also under threat. Fake news and trolls were used during the Duterte campaign with great success and continue to create a toxic environment both online and offline. Freedom of the press is under attack, too, as journalists who are critical of the administration are trolled, cyberbullied, and harassed.

President Duterte has also managed to politically capture the various branches of government, practically nullifying the checks-and-balances that are supposed to be afforded by the separation of powers. The president currently has a super-majority in the lower House and a majority in the Senate. The Supreme Court, which is supposed to be the impartial third branch of government, is perceived to be partial to the president judging from how it voted in the Marcos burial case¹²⁷ and the Martial Law cases.¹²⁸

What is particularly troubling is how the Duterte administration has fostered a culture of division and fragmentation along political lines. There is a prevailing mindset that if you are not for the president, then you are against him. Attempts to engage in constructive critical discourse are shot down through labels such as “yellowtards” and “dilawan” (pro-Aquino/pro-EDSA) versus “Dutertards”. There is much infighting within and among families and friends over political matters, and some have gone to the extent of blocking or unfriending people on Facebook and other forms of social media. Instead

¹²⁷ In the case of *Ocampo vs. Enriquez*, G.R. Nos. 225973, 225984, 226097, 226116, 226117, 226120, and 226294, 8 November 2016, nine (9) Justices voted to allow Ferdinand Marcos to be buried in the Heroes’ Cemetery while five (5) Justices opposed.

¹²⁸ In the case of *Lagman vs. Medialdea*, G.R. Nos. 231658, 231771, and 231774, July 4, 2017, eleven (11) Justices found factual basis for the declaration of Martial Law over the entire island of Mindanao and declared Proclamation No. 216 to be constitutional. In the subsequent case of *Lagman vs. Pimentel III*, G.R. Nos. 235935, 236061, 236145, and 236155, February 6, 2018, the Supreme Court upheld the one-year extension of Martial Law in Mindanao by a vote of 10-5.

of enabling the country to unite, President Duterte is instead proving to be a disruptive, divisive force.

X. THE WAY FORWARD

The phenomenon of President Rodrigo Duterte poses important lessons for us. First, it shows that the masses are hungry and impatient for change. Having been neglected and marginalized for so long, they will latch on to leaders who promise definite and decisive change. The elite ignore the poor at their own peril.

Second, the politicization of the poor, as evidenced in their mobilization of support for the Duterte campaign, can produce lasting social change and economic growth if property harnessed.¹²⁹ The key is to “redress historic inequalities by redirecting resources toward meeting basic needs, and to rebuild social trust by re-establishing our society’s structure of opportunities.”¹³⁰

Third, we must recognize that socio-economic rights have a legitimizing function on political rights and that the enjoyment of civil and political rights is not possible without socio-economic rights. Democracy cannot thrive in a society that is hungry and poor.

Social justice is therefore not an option: it’s a necessity! If we are to continue to enjoy the fruits of democracy, we must make sure that no one is left behind. We must create a more just and compassionate society where the benefits of the rich and the burdens of the poor are shared by all and not just by a few.

BIBLIOGRAPHY

- BALISACAN, A. y HILL, H. *The Philippine Economy: Development, Policies, and Challenges* (2003).
- BATONGBACAL, J. L. “Justice in Partiality: The Philippine Legal Theory of Social Justice”, *Developing an Ecological Social Justice Framework for Ocean Energy Technologies: Case Studies from the Philippines* (2010): 300-385
- BELLO, W. “EDSA, Neoliberalism, and Globalization,” 18 de marzo 18 de 2017. (Discurso en Coalesce Conference, Ateneo Lex, Ateneo de Manila University).
- BERNAS, S.J., Joaquin G., *The Intent of the 1986 Constitution Writers* (1995).
- *The 1987 Constitution of the Philippines: A Commentary* (2009).
- *A Living Constitution: Constitutional Issues Arising During the Troubled Gloria Arroyo Presidency Part II* (2010).
- *A Living Constitution: Constitutional Issues Arising During the First Three Years of President Benigno Aquino III* (2013).

¹²⁹ David, *supra* note 124: 101.

¹³⁰ David, *Id.*

- D. CRUZ, J. P. y MAHANAN, M. A. B. "CARPER Diem: A Socio-Legal Analysis of the State of the Comprehensive Agrarian Reform Program in the Aquino Administration", *59 Ateneo L.J.* 930-1006 (2014).
- CUNNINGHAM, C. H. "Origin of the Friar Lands Question in the Philippines", *The American Political Science Review* Vol. 10, No. 3 (agosto 1916), 465-480, <https://www.jstor.org/stable/pdf/1945652.pdf?refreqid=excelsior%3A-8f8ec3e1488c6eb8ed3d314d96b73ddd>, acceso el 18 de marzo de 2018.
- CURATO, N. *A Duterte Reader: Critical Essays on Rodrigo Duterte's Early Presidency* (2017).
- DAVID, R. S. *Nation, Self and Citizenship: An Invitation to Philippine Sociology* (2004).
- HAU, C. S. *Elites and Ilustrados in Philippine Culture*, Ateneo de Manila University Press (2017).
- LYNCH, JR, OWEN J. "Invisible Peoples and a Hidden Agenda: The Origins of Contemporary Philippine Land Laws (1900-1913)", *63 Phil. L.J.* (1988): 249-320
 — "Land Rights, Land Laws and Land Usurpation: The Spanish Era (1565-1898)", *63 Phil. L.J.* (1988): 82-111
- MANGAHAS, M. "Distributive Justice in the Philippines: Ideology, Policy and Surveillance", *Reflections in Development in Southeast Asia, Lim Teck Ghee, ed., Institute of Southeast Asian Studies* (Singapore, 1988): 80-109.
- FLETCHER MANLOVE, R. "Social Inequality in Urban Philippines", *Kroeber Anthropological Society Papers*, No. 89/90: 75-115.
- MONSOD, C. S. "Social Justice", *59 Ateneo L.J.* (2014): 691-722.
- MUYOT, A. T. "Social Justice and the 1987 Constitution: Aiming for Utopia?", *70 Phil.L.J.*, (1996): 310-355
- RES, E. P. y MOORE, M. *Elite Perceptions of Poverty & Inequality* (2005).
- CLARKE, G. y SISON, M. *Voices from the Top of the Pile: Elite Perceptions of Poverty and the Poor in the Philippines*: 57-90.
- SCOTT, W. H. *Looking for the Prehispanic Filipino* (1992).
 — *Cracks in the Parchment Curtain and Other Essays in Philippine History* (4th ed. 1996).

Proceedings of the 1986 Constitutional Commission

Neoliberalism in the Philippines. Edición en PDF. Acceso el 18 de marzo de 2018: https://www.researchgate.net/publication/313729191_Neoliberalism_in_the_Philippines

Estudios

WHAT APPROACH TO THE INTERPRETATION
OF PRIVATE CONTRACTUAL OBLIGATIONS
SHOULD COURTS ADOPT?
COULD THE APPLICATION OF LAW AFFECT
THE SO CALLED WELFARE STATE?*

*¿Puede la interpretación y aplicación que del Derecho
privado haga el juez ser determinante en la subsistencia del
estado de bienestar?*

José Manuel de Torres Perea
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga
jmdetorres@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp161-169](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp161-169)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

En el presente contexto global somos testigos de un enfrentamiento entre dos enfoques opuestos a la hora de interpretar y aplicar la ley. Uno, consagrado a lograr lo justo, considerando la justicia como esencia y fundamento del Derecho; y otro que hace prevalecer la seguridad jurídica y la interpretación literal de los contratos

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): De Torres Perea, José Manuel. 2018. "What Approach to the Interpretation of Private Contractual Obligations should Courts Adopt? Could the application of Law affect the so called Welfare State?". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 161-169. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp161-169](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp161-169).

independientemente del resultado justo o injusto al que pueda llegarse. En este estudio, analizamos estos enfoques y sus consecuencias. Una de ellas podría ser, sin duda, la creciente desigualdad entre ciudadanos, en tanto que la carencia de recursos impediría a parte de ellos poder asesorarse correctamente al contratar y quedar de este modo ligados al sentido literal de lo escrito. Desde esta perspectiva el riesgo en realidad lo es del propio concepto del «estado de bienestar».

Palabras clave

Derecho privado; capitalismo; justicia; desigualdad; estado de bienestar.

Abstract

Is private law dominated by savage capitalism? Is justice something that can be bought? Currently we are witnessing a conflict between opposing approaches to the interpretation and application of the law. On one view, the concept of justice, should be taken into account when judges decide legal cases. The alternative view favours legal certainty and the literal interpretation of contracts whether the outcome is just or not. In this lecture we consider these conflicting approaches and analyse what could be the consequences. One consequence could be increasing inequality between citizens, and consequently the concept of “the welfare state” being put at risk.

Keywords

Private law; capitalism; justice; inequality; welfare state.

SUMARIO: I. WHAT TYPE OF PRIVATE LAW IS REQUIRED TO ACHIVE AND MAINTAIN THE WELFARE STATE?. BIBLIOGRAPHY.

I. WHAT TYPE OF PRIVATE LAW IS REQUIRED TO ACHIEVE AND MAINTAIN THE WELFARE STATE¹?

The “welfare state” in the context of this lecture means a statehood model in which the state seeks to protect and promote the well-being of its citizens. This model of statehood is based on the principles of equality of opportunity and equitable distribution of wealth, and it is based on democracy.²

Today there is an ideological conflict between two opposing views of the role of judges in the interpretation and application of the law. The area of international commercial law illustrates this point nicely. Several studies have reported that when the choice of law governing the substance of the contract is chosen, the most frequently chosen governing applicable law is English law (40%), followed by New York law (17%). The ‘other’ laws include a broad range of national laws.³

Therefore, at first glance, there is apparently a preference for parties in international trade choosing common law jurisdictions and laws to determine disputes. Why the preference for common law jurisdictions? There are different possible reasons, first the language, English is today the new international “lingua franca”, but also others like strict rules through case law, parties’ freedom to contract, and perhaps the most important one: the comparatively little judicial interference with the parties’ contracts. In other words, common law jurisdictions favour legal certainty when interpreting legal obligations with generally no place for “good faith” or “fairness” doctrines⁴ to be incorporated by the judges. This means that the role of judges in common law jurisdictions is generally not to police the fairness of every contract by reference to moral principles or an implied good faith doctrine. Rather their role is to follow established legal principles in the interpretation of contractual obligations. From this point of view, as far as

¹ We do not refer the very specific meaning of “welfare state” in English Law, meaning the social security system of a country, but a broader concept, the Nordic welfare model.

² See, SMITH and LIPSKY 1998; and RHOES and MÉNY 1998.

³ FRIEDLAND and MISTELIS 2010: 11.

⁴ There are exceptions to this general rule –employment being a prime example. In the context of employment law contracts, judges will expressly take into account the unequal bargaining powers of the parties and have implied contractual terms such as “good faith” into these types of contracts.

there is freedom to contract, the role of judges is simply to enforce contractual obligations.⁵

In contracts, the application of continental law to international contracts is less favoured, most likely because it is perceived to result in greater legal uncertainty for the contracting parties. In spite of the fact that this continental law exists in different laws and jurisdictions, it is possible to find common elements that are in contrast to the approach adopted by judge in common law jurisdictions.

In order to understand how the continental legal system understands and applies the law it is useful to remind the famous judgment of the Reichgericht, 28 November 1923, (RGZ, pp.107-78). In this case the German court realized that the performance of the contract as it was drafted would cause the economic ruin of defendant. It is a fact that the cost of living index had risen by about ten times. From a quotation of April 1920 the gold Reichmark was about 60 Reichmarks to the dollar, so the purchasing power of the paper Reichmark had fallen due to a considerable inflation of German money after I WW. Under these circumstances it was logic the claim for the revalorization of mortgages debts, when an enormous increased value of the land had taken place. Finally the decision ordered the revision of thousands of contracts, as far as a consequence of this hyperinflation the revision was “legally permissible”.⁶

This is a clear example of how the general clauses can be applied by the judge, and how by this way is possible the judicial development of law. In this case the Reichgericht chose to prioritize the application of the good faith principle to the rules of private law.⁷ In fact, the German court stated that: “*The good-faith provision must take precedence over the provisions of the currency legislation because when the currency provisions were drafted, the possibility of a currency inflation that would make the consequences of applying the currency legislation conflict with the fundamental principle of good faith and with fairness was not taken into consideration*”.⁸ Finally the court added that the idea of good faith must take precedence over any law, any positive legal provision... the lawmaker cannot frustrate by the power of his word a result that the good faith principle absolutely requires.⁹ This is a decisive decision that shows how the application of the good faith provision

⁵ HARVEY, Tony, Professor at John Moores University, Liverpool. “Choosing the Jurisdiction for International Commercial Contracts”. Workshop taught at Malaga University School of Law on 13 of December of 2014.

⁶ GORDLEY and VON MEHREN 2006: 516.

⁷ WEBER 1992: 633 ff., citado por MIQUEL GONZÁLEZ 1997: 301.

⁸ RENNER 1999: 27.

⁹ WEBER 1992: 633.

of the BGB (paragraph 242) may allow the judge to interpret contractual obligations and adapt them to the case in order to balance the interests of justice.

This decision established a new legal principle, the use of so called “general clauses” such as the good faith clause, that can dis-apply the application of a legal disposition, or modify a clause in a contract, when the judge understands that there is not balance between the rights and obligations of the parties. This means that the continental judge, in spite of the fact that the parties have entered freely in the contract, in spite of the fact of there being a valid contract, can amend its content when its content is abusive, because the concept of justice must take precedence. This approach to applying the law has spread to other continental legal systems. Spanish law has developed different judicial doctrines in application of the good faith principle such as the principle that one cannot act against one’s own acts, or the one that prevent from disloyal delay. The two most important articles concerning good faith in the Spanish civil code are articles 7 in the preliminary title, and article 1258.¹⁰

Therefore, there is a conflict between two different ways to understand the purpose of the application of the Law. One is based broadly on the supremacy of legal certainty and this favours judges adopting a literal interpretation to the meaning of contracts. The other incorporates the concept of justice and this therefore allows judges to change the content of a contract if he considers that it is abusive. In this conceptual conflict it appears from the statistics that parties opt for laws and jurisdictions which favour legal certainty over the application of any concepts of justice. The difference between these approaches not only affects international commercial contracts, but also the whole of private law.

Now we pose a critical question: what are the consequences of adopting a common law choice of law and jurisdiction as opposed to a continental choice of law and jurisdiction? Could the choice made be fundamental to achieving and maintaining the so called, “welfare state”?

¹⁰ Article 7 Spanish Civil Code: *Rights must be exercised in accordance with the requirements of good faith. The law does not support abuse of rights or antisocial exercise thereof. Any act or omission which, as a result of the author’s intention its purpose or the circumstances in which it is performed manifestly exceeds the normal limits to exercise a right, with damage to a third party, shall give rise to the corresponding compensation, and the adoption of judicial or administrative measures preventing persistence in such case.*

Article 1258 Spanish Civil Code: *Contracts are concluded by mere consent, and from that moment the parties are bound not only to the fulfilment of what has been expressly stipulated but also to all the consequences which, according to their nature, may be in keeping with good faith, usage and law.*

The philosophy behind the common law approach is well illustrated in a famous anecdote between two American judges:

Ronald Dworkin relates a well-known meeting between Justice Oliver Wendell Holmes and Judges Learned Hand,¹¹ two of the greatest figures in American Law. It is said that after having lunch together, Holmes began to drive off in his carriage to return to work when Hand ran after him and cried: "Do justice, sir, do justice". Just in that moment, Holmes ordered the carriage to stop and chided Hand: "That is not my job. It is my job to apply the law". There are other notorious sentences of Justice Holmes: "Men should know the rules by which the game is played. Doubt as to the value of some of those rules is no sufficient reason why they should not be followed by the courts." "I am not at liberty to consider the justice of the Act." "I hope and believe that I am not influenced by my opinion that it is a foolish law. I have little doubt that the country likes it and I always say, as you know, that if my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It's my job".¹²

These expressions illustrate the philosophy underpinning the work of the common law judge. However, this strict application of the law and the literal interpretation of contracts, may mean there is little room for achieving "justice". However, Dworkin warns us against this way of thinking. He considers that pragmatism is empty as a theory of law. He criticizes also the contemporary legal positivism as far as it is based on what he considers to be a mistaken semantic theory, that allow to venerate an erroneous account of the nature of authority.¹³

Arnold (Respondent) v Britton and others (Appellants) is a judgment of the Supreme Court of the UK of 10 June 2015¹⁴ in which the judges considered how they should approach the interpretation of a commercial contract. In this case different chalets were let on a lease which was for a term of 99 years from 25 December 1974 and reserved a rent of £10 per annum

¹¹ DWORKIN 2008: 10.

¹² SOWELL 2010: 338-339.

¹³ DWORKIN 2008: 10.

¹⁴ Arnold (Respondent) v Britton and others (Appellants) judgment of the Supreme Court of the UK of 10 June 2015. This decision involved a case of unambiguous drafting. If the drafting of a contract is ambiguous then judges can adopt a "purposive" approach to interpretation which may involve taking account of facts and circumstances beyond the strict wording of the contract. However, the purpose of the exercise is again to give true effect to the true meaning of the agreement between the parties which was the true meaning as at the date the contract was entered into.

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0193-judgment.pdf>

Another recent case on contractual interpretation:

<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/04/literal-or-contextual-what-correct-approach-contractual>

increasing by £5 for each subsequent period of 21 years. These leases were subject to a service charge provision in clause, which required the lessee to pay for the first year of the term a fixed sum of £90 per annum, and for each ensuing year a fixed sum representing a 10% increase on the previous year – ie an initial annual service charge of £90, which increases at a compound rate of 10% in each succeeding year.

The consequences of the annual sum of £90 being increased annually by 10% on a compound basis were significant to a lessee holding a chalet under one of the leases. If one assumes a lease granted in 1980, the service charge would be over £2,500 in 2015, and over £550,000 by 2072. This appears to be an alarming outcome for the lessees, at least judging by how things look in 2015 because of the last 15 years, interest rates- have hardly ever been above 4%. The service amount to be paid was disproportionate relative to the actual value of the services performed.

However, the majority of the supreme court judges decided in favour of the landlord despite the negative consequences for the lessees. This is because the judges considered that they could not depart from the natural meaning of the wording in clause 3 (2) in the lease relating to the compound interest rate, because it would involve inserting words which are not there. The problem was that the terms and effects of the clause appeared clear in each lease as a matter of language. The judges affirmed that whilst they would have expected most solicitors to have advised against such a clause, the parties had control over the language they used in the contract. They concluded that the mere fact that a contractual arrangement, if interpreted according to its natural language, had worked out disastrously, for one of the parties was not a reason for departing from the natural meaning of the unambiguous language. Finally, this decision can be summed up in a sentence: the judges saw their role and the purpose of interpretation to identify what the parties had agreed, and not what the court thinks that they should have agreed.

Therefore, the decision was for the landlord, because the clause had been introduced freely by the parties. It is a problem of the concerned party to choose the clauses to be introduced in the contract, and if he is negligent when introducing them, then potentially only his lawyer is liable. However, law is not always understandable to laymen. And, the lesson that this decision teaches is that is the responsibility of the citizen to hire a good lawyer to draft a contract, irrespective of whether the citizen is rich enough to pay him.

If this case had taken place in Spain, it would have resulted in a completely different outcome. Article 1258 CC states that contracts are concluded by mere consent, and from that moment the parties are bound not only to the fulfilment of what has been expressly stipulated but also to all the consequences which, according to their nature, must be in keeping with good faith. This means, that if the judge considers that there is not a balance between the undertakings of

the parties he may chance the content of the clause in order to avoid that unbalance that is against the principle of good faith. Professor Miquel González explains how the mechanism of the “general clauses” works in Spanish Law: The general clause is the outlet or escape value of the legal system. The lawmaker can neither foresee all the possible cases that the reality can offer, nor adapt automatically the law to the social reality that is always changing. Therefore, the judge cannot be rigidly linked to the strict interpretation of the law, but must apply it in a flexible way. This is what is called the corrective function of a general clause, as in the case of the good faith general clause set out in article 7 of the Spanish Civil Code.¹⁵ What is most important for our purpose is that this method of applying the good faith principle allows the judge to modify a contractual abusive clause to balance the interests of the parties. However, even in Spanish law we are observing a greater influence of common law principles, specially in commerce law.¹⁶

Having explained the general differences between the approach in common law and continental jurisdictions, it can be appreciated that there are very real consequences for the citizen depending on whether they live in common law or continental jurisdiction.

As mentioned at the outset, in continental countries the concept of welfare state refers a model in which the state seeks the protection and promotion of the well-being of the citizens that it is based on the principle of equality of opportunity and equitable distribution of wealth, and it is based on democracy.¹⁷ However today we are suffering of a growing capitalism potentially lacking in limits. In fact, the tendency is that everything can be bought. In fact, if you're sentenced to a jail term in California, you may buy a prison cell upgrade when being in Santa Barbara. Even in Washington you can pay someone to stand in line in long overnight queues for Congressional hearings. The US army is full of private military contractors.¹⁸ As Michael Sand-

¹⁵ MIQUEL GONZÁLEZ 1997: 306-307. He states that a general clause, like the good faith one, elevates it to the position of the Law. This allows the judge to modify the positive norm in order to adapt it to a specific case to achieve a just result.

¹⁶ There are a number of matters where the concept of legal certainly is systematically imposed over the concept of justice. Only some examples, like the resistance of the division of companies to the exercise of the bankruptcy reinstatement actions (art. 47 Act 3/2007 *Ley sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles*); or the admission of the one-person company.

¹⁷ See, SMITH and LIPSKY, Michael 1998; and RHOES and MÉNY 1998.

¹⁸ Examples provided by SANDERS, Michael, “Why we shouldn't trust markets with our civic life”. Lecturer of Political Philosophy at Harvard University.

https://www.ted.com/talks/michael_sandel_why_we_shouldn_t_trust_markets_with_our_civic_life/transcript. Michael Sandel has got the award “Princesa de Asturias de Ciencias Sociales 2018”.

ers affirms we are heading to a society where everything is up for sale. A society where markets values begin to dominate every aspect of life. In other words, putting a price on everything means to discriminate, to guaranty wealthy and not wealthy people to live separate lives, to curtail equality, and this effect is completely harmful for the welfare state.

From this perspective, the predominance of common law in a word ruled by increasingly dominant capitalism principles can be understood. As the parties are the drafters of a contract, they are also responsible for its content. It is not the role of judges or the courts modify a comma of the clauses agreed by the parties. This is the position irrespective of the fact that one of the parties can be affluent and hire a well-known lawyer- and the other a poor man who cannot afford a lawyer at all. To conclude in common law systems, it seems that justice can be bought. There is not necessarily a general principle of good faith or concept of justice which allows judges to re-dress any imbalances between the contracting parties. To this extent, the price of legal certainty and the literal interpretation of contracts can, indeed, be justice.

BIBLIOGRAPHY

- DWORKIN, R. *Justice in Robes*, Harvard University Press (2008): 10.
- FRIEDLAND, P. and MISTELIS, L. "2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration" White & Case, 2010 School of International Arbitration, Queen Mary University of London (2010): 11. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>
- GORDLEY, J., VON MEHREN, A. T. *An introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge (2006): 516.
- HARVEY, T. Professor at John Moores University, Liverpool. "Choosing the Jurisdiction for International Commercial Contracts". Workshop taught at Malaga University School of Law on 13 of December of 2014.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho" *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)* (1997): 306-307
- RENNER, S. *Inflation and the Enforcement of Contracts*, Ed. Edward Edgar, Cheltenham (1999): 27.
- RHOES, M.; MÉNY, Y. (ed.). *The future of European Welfare. A new social contract?* Palgrave (New York, 1998).
- SMITH, S. R.; LIPSKY, M. *Nonprofits for hire: The welfare state in the age of contracting*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts, 1998).
- SOWELL, T. *Dismantling America*, Basic Books (New York, 2010): 338-339,
- WEBER, R. "Entwickkung und Ausdehnung des § 242 BGB zum 'königlichen Paragraphen'" *JuS* (1992): 633 ff., citado por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho" *AFDUAM* (1997): 301.

LA TRIBUTACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS*

The maintenance of public pensions

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Profesor Titular de Derecho Financiero

Universidad de Málaga

mgutierrez@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp171-196](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp171-196)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

El envejecimiento poblacional es un problema demográfico de carácter estructural que afecta en mayor o menor medida a todos los Estados de la Unión Europea. En España, este problema se agudizará dentro de diez años con la jubilación de la generación conocida como el *baby-boom* lo que ha puesto en duda la viabilidad del sistema de reparto de la seguridad social diseñado en los años 1963 a 1966 cuando la situación social de España y las necesidades de protección eran muy distintas a las que imperan actualmente.

Además, con carácter coyuntural, desde el año 2006 España ha estado inmersa en una crisis económica como consecuencia de los efectos de la globalización económica en el ámbito financiero y por la caída del sector inmobiliario debida a una subida desproporcionada en los precios de este sector secundario. Este hecho ha provocado un descenso de cotizantes que ha suscitado que los partidos políticos se conciencien sobre la necesidad de que el sistema de reparto de la seguridad social se modifique para que sea sostenible en lo que respecta al pago de las pensiones públicas. A partir del año 2011, se han introducido reformas en relación a las pensiones

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Gutiérrez Bengoechea, Miguel. 2018. «La tributación de las pensiones públicas». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 171-196. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp171-196](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp171-196).

públicas; así, el retraso en la edad de jubilación, el envejecimiento activo, la regulación del factor de sostenibilidad, el índice de revalorización y una recomendación hacia los instrumentos de previsión social privados como complemento de las pensiones públicas pretenden asegurar el principio constitucional de la suficiencia económica de los ciudadanos.

Palabras clave

Pensión; envejecimiento; crisis; impuestos.

Abstract

The aging of the population is a demographic problem of a structural character which affects in a large or small measure all members of the European Union. In Spain, this problem will enlarge within the next 10 years with the retirement of former baby boom generation, which has put in doubt the viability of the social security economic distribution, designed in the years between 1963-1966, when the state of affairs of Spain and their protective needs were very distinct to the current existing ones.

Furthermore, with transitory character, Spain has been immersed in an economic crisis since 2006, due to the effects of the economic globalization in the financial field especially by the fall in the real estate sector caused by the disproportionate rise in the prices of this secondary sector. This fact has provoked a decline in contributors which has raised a necessary awareness in political parties that requires a sustainable modification in respect to public pension payments. From the year 2011 reforms have been introduced in relation to public pensions, so the delay in retirement age, the active aging, the regulation of the sustainability factor, the revaluation indicator and recommendation towards private social pension plans as a complement of public pensions, are aiming to secure the constitutional principle of economic sufficiency for citizens.

Keywords

Pension; Aging; crises; taxes.

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES QUE INCIDEN NEGATIVAMENTE EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. II. CRISIS DEL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA. III. REFORMAS EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA. IV. SISTEMA DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS. V. MEDIDAS FISCALES Y LABORALES PARA MEJORAR LA TASA DE DEPENDENCIA LABORAL Y DE SUSTITUCIÓN. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. VI. CONCLUSIONES.

I. ASPECTOS GENERALES QUE INCIDEN NEGATIVAMENTE EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La protección de la vejez ocupa un lugar medular en el seno del sistema de previsión social. De hecho, no sólo representa el capítulo más importante de las transferencias del Estado de Bienestar, sino que, además, se trata de la mayor y más importante política pública orientada a la vejez.

No obstante, hay que tener en cuenta que este protagonismo convierte a la financiación de esta contingencia en su modalidad contributiva en el principal foco de atención y la reciente crisis financiera y de la deuda soberana han contribuido a acelerar este proceso.

Actualmente todos los países que siguen un sistema de reparto de la seguridad social, que consiste fundamentalmente en que lo que se recauda por las cotizaciones de las personas en situación laboral activa se reparte entre las personas que están en una situación de inactividad laboral como consecuencia de la jubilación, están haciendo ajustes económicos para garantizar el pago de las pensiones.

Esta situación es propiciada de forma coyuntural por la crisis económico-financiera de carácter mundial que todos los países de la eurozona están aún sufriendo y de forma estructural por la variación experimentada por el factor demográfico.

En el aspecto coyuntural, la recesión económica conlleva repercusiones en los mercados laborales, que lógicamente debilita el segmento de población en edad de cotizar. Además, las reformas laborales de los países de la Unión Europea tienden a flexibilizar el mercado laboral impulsando la contratación temporal y abaratando el despido del trabajador. En términos monetarios esta situación se traduce en salarios más bajos que inciden negativamente en el montante de las cotizaciones de los trabajadores y, con ello, en el sistema de financiación básico de las pensiones públicas.

A este panorama, no muy halagüeño, hay que añadir que estamos asistiendo en los países desarrollados a un envejecimiento exponencial ligado a la esperanza de la vida y a la disminución de la natalidad.

En este sentido, en el año 1900 la esperanza de vida en España era aproximadamente de 35 años y en la actualidad es de 82 años y las previsiones del Instituto Nacional de Estadística es que la esperanza de vida para el año 2050 sea de 90 años. Además, en España para ese año se producirá un incremento de la población dependiente donde el 73 por ciento de los hombres y el 90 por ciento de las mujeres cumplirán los 80 años¹.

Este mayor incremento en la esperanza de vida es causado por diversas circunstancias propias de un Estado de bienestar entre las que hay que destacar, la mayor calidad en la alimentación y a una sanidad cada vez más especializada².

Como contraposición, la tasa de natalidad europea ha descendido notablemente debido a factores que podemos clasificar en objetivos y subjetivos.

Los factores objetivos estarían conectados con el incremento del paro, la bajada salarial de los trabajadores de la eurozona y el hecho de la incorporación de la mujer al mercado laboral, todos estos factores inciden en que las mujeres retrasen la edad en la que deciden ser madres. En términos cuantitativos, los matrimonios que deciden tener hijos no llegan a tener por término medio más de dos.

En el aspecto subjetivo, se está dando el fenómeno de que las personas con cierto bienestar social, donde los dos cónyuges están trabajando, tienden a ser más egoísta desde un punto de vista patrimonial y son reticentes a perder calidad de vida en la crianza y educación de un hijo. Por otra parte, muchas personas no ven con buenas perspectivas el futuro laboral que podrían tener sus hijos, lo que les coarta en la decisión de ser padres.

II. CRISIS DEL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

La situación descrita pone en entredicho el sistema de seguridad social diseñado en España en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 que consiste en que las aportaciones a la seguridad social de los trabajadores en activo se reparten entre la población jubilada. Este sistema exige una fuerte vinculación del pensionista con el trabajador a través de un contrato social entre generaciones por lo que es esencial un equilibrio entre población ocupada y jubilada que está igualmente ligado a la relación existente entre natalidad y mortalidad³.

¹ *Cfr.* Fundación General. CSIC. Informe sobre el envejecimiento 2010: 20

² El bienestar de las sociedades occidentales tiene mucho que ver con el envejecimiento como resultado de una reducción de la mortalidad y un alargamiento de la esperanza de vida. *Cfr.* Suarez Corujo 2014: 77.

³ El artículo 87 de la Ley de la Seguridad Social señala que el sistema de la seguridad social es el de reparto.

En la década de los 60 y hasta 1975 llegó la generación del *baby boom*. En España nacieron 14 millones de niños, 4,5 millones más que en los 20 años siguientes y 2,5 millones más que en los 20 años anteriores. Con este hecho demográfico, el sistema se aseguraba su sostenibilidad porque bajo un sistema económico con un crecimiento estable ese aumento exponencial de la población ocuparía puestos de trabajo y las cotizaciones financiarían a la población jubilada. Además, la esperanza de vida era más corta porque no existía en la sanidad los avances tecnológicos como en los momentos actuales y la alimentación de calidad no estaba al alcance de toda la población.

Sin embargo, esta situación que inicialmente fue favorable para la economía española amenaza con poner en peligro el sostenimiento de las pensiones públicas. En primer lugar porque desde 1975 hasta el año 2004 el número de nacimientos empezó a descender hasta alcanzar 1,3 niños por mujer⁴. En segundo lugar, esta situación de desequilibrio demográfico como consecuencia de la futura jubilación de la generación del *baby-boom* incidirá coyunturalmente (al menos durante 15 años) en el pago de las pensiones. Al ser un problema temporal se exigen soluciones extraordinarias salvo que la situación económica en los próximos años dé un giro radical con un crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB) en torno al 3 por ciento.

Debido a lo expuesto anteriormente, en la actualidad, en un Estado de Bienestar social en el que la calidad de vida ha mejorado notablemente para toda la población, se observa, una inversión de la pirámide poblacional, es decir, se está produciendo un ensanchamiento de la parte alta de la pirámide que se corresponde con la población jubilada y un estrechamiento en la base de la pirámide que se corresponde con la natalidad. Esta situación provoca que la tasa de dependencia configurada como el ratio de afiliados a la seguridad social dividido por los pensionistas esté disminuyendo de forma alarmante obligando al gobierno a compensar las desviaciones entre los ingresos y gastos de la seguridad social con el remanente que aún tiene la seguridad social española provenientes de años en los que había superávit por la alta tasa de empleo respecto al desempleo, por la menor esperanza de vida de la población española y por la entrada de la población inmigrante.

Sin embargo, las previsiones sobre los parámetros expuestos, no son favorables: en primer lugar para el año 2022 si el comportamiento demográfico sigue la misma tendencia, la tasa de dependencia será de un 58% lo que significa que de cada 10 personas trabajadoras habrá 6 que estarán en situación de desempleo y en 40 años la tasa de dependencia será del 100 por ciento, es decir, habrá un trabajador activo por cada trabajador inactivo.

⁴ Monereo Pérez y Fernandez Bernat 2014: 23 y ss.

El problema del envejecimiento como expresa BORJA SUAREZ no sólo representa un desafío para el pago de las pensiones públicas sino que tiene impactos en el gasto público de otras partidas presupuestarias como por ejemplo la sanidad y las de dependencia fundamentalmente. Así, el gasto en sanidad se incrementaría en aproximadamente 1.3 puntos porcentuales del Producto Interior Bruto desde el 6.5 por ciento en 2010 al 7.8 por ciento en 2060⁵.

A esta situación habría que añadir la ineficacia del mercado laboral en España durante más de un lustro para absorber la demanda de empleo de jóvenes licenciados o graduados universitarios. Esta última situación provoca lo que se denomina fuga de talentos a países extranjeros, sobre todo, a Estados del norte de Europa generando un gran valor añadido en estos territorios, habiendo asumido España, el coste de su formación⁶. Pero lo más preocupante, es que se ha perdido una generación de potenciales cotizantes que dejará de financiar a otra que sí lo ha hecho a lo que habría que añadir como ya se ha expuesto la edad de jubilación de las primeras cohortes de la generación *baby boom*. Esta situación, provocará que el Estado tenga que asumir el incremento en el coste social de las pensiones durante un período de 15 años implicando un mayor esfuerzo presupuestario.

Otro aspecto, al que se ha hecho mención y que hay que destacar, es la inmigración que ha experimentado España, que ha pasado de representar el 1.6 por ciento de la población en 1998 al 12.2 por ciento de la población total en 2011.

El incremento desde el año 2000 de inmigrantes, sobre todo, en edad de trabajar y lejos de la jubilación, provocó que la estructura piramidal de la población española se fuese corrigiendo debido al incremento de la natalidad por parte de este sector de la población.

Por lo tanto, el efecto de la inmigración sobre las pensiones ha sido muy significativo porque esta población accede a puestos de trabajos que no sólo imprimirán riqueza al país de acogida sino que además, cotizan a la seguridad social contribuyendo a la cantidad que se repartirá entre la población inactiva laboralmente. Además, las remuneraciones que perciben estarán sometidas a tributación con lo que incrementarán la recaudación tributaria⁷.

No obstante, los efectos positivos hay que considerarlos en términos generales como coyunturales porque la población inmigrante que viene a un

⁵ Cfr. Borja Suarez 2014: 85.

⁶ La emigración del capital humano cualificado dificulta la recuperación económica porque impide la creación de empresas especializadas y con alta productividad. Cfr. Borja Suarez *op. cit.*: 77.

⁷ A nivel europeo es posible conseguir con la inmigración una tasa de fecundidad de 2.1 niño por mujer para alcanzar la tasa deseada de reposición. Cfr. Ferreras Alonso 2010: 16.

determinado país, con el tiempo envejece y pasan a una situación de inactividad laboral y respecto a la mayor fecundidad que suelen tener inicialmente las inmigrantes tienden a converger en términos numéricos al del Estado de acogida.

En España este factor tuvo un efecto positivo en la época de crecimiento económico cuando la construcción estaba en auge y se necesitaba mucha mano de obra sin cualificar. Esta situación cambió a partir de la crisis económica en la que España aún está inmersa como consecuencia de una insuficiente demanda interna provocada por la caída del sector inmobiliario unida a la crisis internacional de carácter financiero, lo que ha provocado que el movimiento migratorio muestre un sentido negativo.

Todos estos aspectos redundan negativamente en los potenciales beneficiarios de las prestaciones públicas, pues posiblemente no pueden acceder en las mismas condiciones de igualdad. Esta circunstancia es ciertamente preocupante, en la medida que el modelo de reparto hace que los potenciales beneficiarios puedan estar contribuyendo al sistema al albur de unas falsas expectativas pues nadie puede asegurar que las condiciones de acceso a la prestación y la cuantía de las mismas sean modificadas en el futuro.

Hay que mencionar que en la actualidad, aunque la reforma laboral está empezando a crear empleo respecto a años en que la economía española estaba en plena crisis, este tipo de empleo es fundamentalmente temporal, a tiempo parcial y con bajos salarios, lo que redundan negativamente en la base de cotización de los trabajadores e indirectamente en las pensiones públicas.

Esta situación de precariedad laboral desemboca de nuevo en una desconfianza de las personas en realizar inversiones importantes como en la adquisición de una vivienda o lo que puede ser peor, retrasar la edad de ser padres o incluso anularla del proyecto de vida, impidiendo socialmente el relevo generacional en las pensiones públicas.

Para tener un conocimiento aproximado de las pensiones públicas que podrían percibir los trabajadores en el futuro habría que establecer un sistema de capitalización que no es el más adecuado dado que el importe del capital acumulado para la jubilación depende de la rentabilidad obtenida por los fondos privados donde se realizan las inversiones. La experiencia nos ha mostrado que el sistema de capitalización instaurado en algunos países sudamericanos, la cantidad a percibir depende del tipo de rentabilidad durante el tiempo en que se ha acumulado el capital. En este sentido, el sistema de capitalización, además de suponer una ruptura total con el esquema de solidaridad intergeneracional, no garantiza un tratamiento uniforme a los trabajadores, ya que los trabajadores pueden tener una prestación diferente en función de la rentabilidad de los fondos donde se han invertido sus cotizaciones sociales. Sin embargo, es cierto que desde una visión capitalista, estos instrumentos de ahorro favorecen la recuperación económica ya que el

ahorro generado con estos instrumentos, normalmente, a través de las entidades financieras se reinvierte en la economía en forma de créditos y préstamos dirigidos a la creación de empresas e indirectamente a la creación de empleo.

Un ejemplo hacia este sistema de capitalización lo tenemos en Chile donde se produjo un cambio en su sistema de pensiones públicas pasando de un sistema de reparto al de capitalización parcial obligatoria y otra parte del coste de las pensiones es financiado por el Estado a través de impuestos. Esta situación produce un *gap* o vacío en la adaptación y convergencia entre dos sistemas tan dispares en el tratamiento de las pensiones públicas que lo hacen desaconsejable pues al menos una generación sufriría el ajuste.

Un segundo criterio que se utiliza en algunos Estados de la Unión Europea como Italia y Suecia es el sistema de cuentas nacionales.

Este sistema se basa en que el Estado abre una cuenta a cada trabajador donde se van acumulando todas las cotizaciones durante la vida laboral del trabajador. Una vez que éste alcance la edad de jubilación, la pensión que percibirá será el resultado de dividir el importe monetario del derecho consolidado en su cuenta nacional entre la esperanza de vida estimada de la cohorte de la población a la que pertenece el individuo.

Otros sistemas de seguridad social se basan en una combinación obligatoria del sistema de reparto con el de capitalización, como el caso de Paraguay y Argentina. En determinados países de Europa del Este como Hungría, Polonia, Letonia, Bulgaria, Croacia o Estonia combinan el sistema público de reparto con un régimen de cotizaciones definidas, gestionadas por entidades privadas o públicas. Sin embargo, Dinamarca, Alemania, Noruega, Finlandia y Suiza, financian una importante cantidad del coste de las pensiones a través de impuestos.

En Sudamérica, Estados como Bolivia, El Salvador y Nicaragua simplemente han sustituido el sistema público de reparto por el sistema de capitalización.

En España, aunque está establecido el sistema público de reparto, se utilizan los impuestos, para financiar las pensiones no contributivas y, se está pensando en financiar las pensiones de viudedad y orfandad con cargo a los ingresos públicos. No debemos olvidar que el artículo 31 de la CE dispone que: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo..." lo que legitima la utilización del tributo para financiar en su caso, las pensiones públicas.

Otra cuestión es que se utilice el tributo con carácter presupuestario o bien se introduzca un impuesto finalista, en mi opinión de carácter coyuntural para los posibles desajustes que se produzcan en el sostenimiento de las pensiones públicas.

Sin embargo, la utilización de impuestos para el pago de las pensiones tiene sus detractores argumentando que es mejor que exista una fuente

monetaria afecta al pago de las pensiones y no una partida presupuestaria que depende sensiblemente de cómo esté el crecimiento económico de un determinado país.

III. REFORMAS EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

La reforma del sistema de la seguridad social surge con el Pacto de Toledo en el año 1995 formado por un conjunto de parlamentarios que se hicieron eco de las propuestas del Libro Blanco de la Unión Europea. Una de las propuestas más importante recogida en el Pacto de Toledo es la ampliación del número de años para el cálculo de la base reguladora que pasó de 8 a 15 años y además se incentivó la prolongación de la vida laboral.

A partir de las recomendaciones del Pacto de Toledo las políticas en torno a la seguridad social son menos expansivas ya que van condicionados por factores económicos y demográficos.

Fruto de los acuerdos entre sindicatos firmado el 9 de octubre de 1996 fue la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social.

Esta Ley estaba dirigida a reformar el modelo de la seguridad social hacia la contención del gasto público.

En este sentido, se hizo una separación de las fuentes de financiación de la seguridad social, distinguiendo entre fuentes contributivas y no contributivas. En el aspecto teleológico, la norma lesiona el principio de solidaridad y se vislumbra a un Estado que empieza a demandar un carácter más asistencial ya que cada vez son mayores las necesidades de los ciudadanos y menor la respuesta del sistema público de la seguridad social. Todas estas medidas, por tanto, van dirigidas a sanear las cuentas del Estado y de esa forma restringir la acción protectora de la seguridad social.

Desde 1998 hasta el 2007 España registró una etapa de bonanza económica que fue esencial para constituir un fondo de reserva para el pago de las pensiones ya que el número de cotizantes se incrementó en 8000.000 de personas.

Sin embargo, la crisis inmobiliaria y financiera a nivel internacional desplegó en España sus efectos desde 2007 con una destrucción de empleo muy significativo lo que hizo que las autoridades se plantearan una reforma legislativa en prevención a la reducción del fondo de reserva para el pago de las pensiones y para el propio sostenimiento de las mismas a medio plazo.

La promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre Actualización; Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social pretendía la sostenibilidad del sistema de pensiones a corto y largo plazo tratando de reforzar la contributividad del sistema y manteniendo la proporcionalidad

entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismos. En esta norma se aprobaron medidas como: alargar la vida laboral de las personas hasta los 67 años, salvo para aquellos pensionistas con más de 38 años cotizados y, asimismo, la consideración del número de años para el cálculo de la base reguladora pasó de 15 a 25 años⁸.

El hecho de retrasar el acceso a la pensión de jubilación tiene el propósito de reequilibrar la relación entre trabajadores activos y jubilados. Así, la prolongación de la vida laboral tiene una incidencia dual en la base financiera de las pensiones públicas. En primer lugar, el incremento de la vida laboral incrementa las cotizaciones al sistema de la seguridad social y por otro lado, disminuye los años de percepción de las pensiones por lo que inciden negativamente en los gastos de las pensiones públicas.

Igualmente, el incremento del número de años que se utiliza para el cálculo de la base reguladora de la pensión pública disminuye el gasto en las pensiones porque normalmente en los últimos años de la actividad laboral es cuando los trabajadores suelen percibir mayores remuneraciones.

Sin embargo, esta situación puede jugar positivamente para aquellos trabajadores que como consecuencia de la crisis económica hubieran perdido sus puestos laborales en los años próximos a la jubilación⁹.

También se incrementan los incentivos para prolongar de forma voluntaria la vida laboral de aquellas personas que han alcanzado la edad legal de jubilación. Así, aquellas personas que decidan seguir desempeñando una actividad laboral una vez que tengan los años cotizados y la edad para jubilarse tendrán una prima en su base reguladora entre el 2 y el 4 % por cada año trabajado sin que en ningún caso pueda superar la pensión máxima establecida legalmente aunque sí pueden aumentar su pensión por encima del 100 por ciento.

Todas las normas laborales aprobadas por el legislador español están en sintonía con el *soft law* de la UE en materia de las pensiones públicas. En este aspecto, el libro blanco de la Comisión Europea para la sostenibilidad de las pensiones públicas de 2012 establece unas recomendaciones para los

⁸ Aunque la Ley 21/2011, retrasó la edad de jubilación como refuerzo de la dimensión contributiva de la edad de jubilación. El artículo 161.1.a) Ley General de la Seguridad Social (RDley 8/2015, de 30 de octubre) mantiene la edad de jubilación a los 65 años siempre y cuando se hayan cotizado 38 años y 6 meses, en lugar de 35 que hasta entonces se exigían. En el caso de reunirse estos requisitos entonces la edad de jubilación se eleva a los 67 años y se consigue percibir la totalidad de la pensión si el tiempo cotizado llega hasta los 37 años.

⁹ *Cfr.* Monereo Pérez y Fernandez Bernet *op.cit.*: 37 y ss. Aunque también habría que valorar el tiempo que se toma como referencia para el cálculo de la base reguladora que como sabemos está establecido actualmente en 25 años.

diferentes países de la Unión Europea. Para España se concreta en tres elementos básicos para la sostenibilidad:

- a) Incremento de la edad de jubilación real.
- b) Prolongación de la vida activa
- c) Incremento de la participación en el mercado de trabajo

Estas propuestas se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico con la aprobación del RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo que reguló la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de la seguridad social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencias de estos trabajadores. Esta posibilidad muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal y que cuentan con largas carreras de cotización puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 por ciento de la pensión, con unas obligaciones de cotización limitadas¹⁰.

A tenor de lo regulado en la norma se pretendía incidir fundamentalmente en la partida del gasto público para conseguir la sostenibilidad del sistema de las pensiones públicas. Además, se estableció que las pensiones contributivas se financiasen con las cotizaciones a la seguridad social y las no contributivas como las sanitarias y asistenciales a través de los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos. No obstante, la norma no planteó la posibilidad de suprimir los límites que existen en la bases de cotización o en un aumento de los tipos de cotización¹¹.

Durante el año 2013 fue promulgada sin contar con la opinión de los agentes sociales, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social, en el cual se introduce un factor de corrección conocido como factor de sostenibilidad desligándose además, la actualización de las pensiones del Índice de Precios al Consumo (en adelante IPC).

¹⁰ El artículo 2 del RD-ley 5/2013 establece que el trabajo compatible podrá hacerse a tiempo completo o parcial y una vez que finalice el cese de la actividad laboral se reestablecerá la percepción íntegra de la pensión de jubilación.

¹¹ El fin de esta norma no es otro que atender al mandato que la Comisión Europea fijó en el Libro blanco de 2012 hacia la obtención de unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles.

La norma define el factor de sostenibilidad como un instrumento cuyo fin es vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la seguridad social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas de forma automática. De este modo se consigue que el importe total que perciba un pensionista que acceda al sistema dentro de ciertos años sea equivalente al que perciba el que se jubila en un momento anterior, para lo cual se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos.

Como manifiesta MONEREO FERNÁNDEZ y FERNANDEZ BERNAT el factor de sostenibilidad pretende que la pensión inicial de jubilación debe ajustarse de modo que el montante esperado de las pensiones que reciba a lo largo de su vida un pensionista que entre en el sistema en un momento determinado con una determinada base reguladora y una edad y, por tanto, con una esperanza de vida determinada, sea equivalente al que reciba un pensionista que entró en el sistema con la misma base reguladora y con la misma edad en un momento anterior y, por tanto, con una esperanza de vida inferior¹².

Sin embargo, la aplicación del factor de sostenibilidad sólo se aplica a las pensiones públicas una vez alcanzada la pensión de jubilación, pero no sería de aplicación a las pensiones que deriven de una situación de invalidez permanente, total, absoluta o gran invalidez¹³.

Con anterioridad a la regulación del factor de sostenibilidad, el sistema de reparto se instituía en la relación entre el trabajador y el pensionista. Con el factor de sostenibilidad mejora la equidad intergeneracional. A título ilustrativo, con el factor de sostenibilidad tanto el padre como el hijo percibirán las mismas pensiones públicas porque cada uno la percibirá en función de la esperanza de vida en el momento de la edad tomada para la jubilación; sin el factor de sostenibilidad basado en la esperanza de vida, el hijo gozaría de un mayor tiempo para disfrutar de las pensiones públicas al ser mayor la esperanza de vida cuando alcance La edad de jubilación.

En general el factor de sostenibilidad va a disminuir con carácter general las pensiones públicas porque la esperanza de vida normalmente va en crecimiento con el paso de los años. Aunque no siempre tiene que ser así, por ejemplo, si los servicios públicos no funcionan correctamente por motivos presupuestarios, sobre todo, los relacionados con la rama sanitaria podría haber un descenso en la esperanza de vida lo que invertiría el descenso de las pensiones públicas. Por otra parte, puede suceder como ya se ha reseñado con anterioridad que se incremente en los próximos años la productividad

¹² Monereo Pérez y Fernandez Bernat *op. cit.*: 102.

¹³ En estos supuestos puede estar justificado la inaplicación del factor de sostenibilidad porque las lesiones complicarían la esperanza de vida para cada situación personal. *Cfr.* Tortuelo Plaza 2014: 115.

empresarial y el crecimiento económico y con ello las cotizaciones a la seguridad social paliando de esta manera el efecto negativo que tiene el factor de sostenibilidad en el pago del montante de las pensiones públicas. No obstante, hay que pensar que el sistema quiere demostrar que con un sistema de reparto de aportación definida, en vez de prestación definida, como hasta ahora, las pensiones pueden pagarse con este factor de sostenibilidad sin necesidad de acudir a otras fuentes de financiación.

Debemos pensar que el Estado se ha estado comprometiendo al pago de unas pensiones públicas durante toda la vida a las personas que cumplan con ciertos requisitos que van relacionados con los años cotizados y con la base de regulación a efectos de las cotizaciones. Sin embargo, a partir de 2019 con la introducción del factor de sostenibilidad el sistema será de aportación definida y la prestación dependerá de varios factores como: número de cotizantes, evolución económica del país y, sobre todo, de la esperanza de vida media de la población. No obstante, este factor tendrá que equilibrar la justicia social y el carácter redistributivo que según la Constitución Española tiene la seguridad social.

Una vez que se pueda corregir, al menos parcialmente, la tendencia de la tasa de dependencia, que garantizaría las pensiones públicas, habría que incidir en lo que se denomina tasa de sustitución, es decir, el poder adquisitivo que pierde el trabajador cuando pasa al retiro laboral. Este concepto es importante porque está regulado en términos generales en la Constitución Española (en adelante CE), en concreto el artículo 50 CE dispone que: «Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad». A tenor de este precepto, el Estado debe realizar políticas de gasto público e incentivar a los ciudadanos a la contratación de instrumentos de previsión social que completen las pensiones públicas con el objetivo de que el bienestar social permanezca estable.

Sin embargo, el problema no está en la restricción presupuestaria porque el gasto público en pensiones en España, está por debajo de la media de la Unión Europea. El problema está centrado en el ingreso público para financiar las pensiones públicas.

Actualmente la seguridad social satisface las pensiones públicas de carácter contributivo con las cotizaciones a la seguridad social; además de las pensiones de viudedad y orfandad. Sin embargo, las prestaciones asistenciales, las pensiones no contributivas y para de las contributivas que no llegan al mínimo para cobrar la pensión (las llamadas complementos por mínimos) son financiadas por el Estado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En este aspecto, el Gobierno tendría que plantearse el desvincular la financiación de las pensiones de viudedad y las de orfandad con las

cotizaciones obligatorias a la seguridad social y financiar estas partidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos y, en su caso, aumentar las cotizaciones a la seguridad social para las rentas del trabajo más altas.

Hay países como Dinamarca que van más allá, al desvincular el pago de las pensiones de las cotizaciones del trabajador. Este país define el Derecho a percibir una pensión de vejez como un Derecho de ciudadanía no vinculado a la vida laboral previa de la persona y financiar todas las prestaciones con la recaudación obtenida por impuestos.

Ante esta situación, cabría una medida de dudosa legitimidad que conllevaría bajar las pensiones públicas con carácter coyuntural, al menos hasta que desaparezca el efecto del *baby-boom*, manteniendo un mínimo vital que satisfaga las necesidades básicas de las personas jubiladas. Esta situación no sería justa desde el punto de vista de la equidad ni de la justicia social. No obstante, esta situación tendría sentido si estuviéramos ante un escenario de descentralización territorial de las pensiones públicas en la que el Estado mediante un fondo específico de compensación interterritorial compensara a las Comunidades Autónomas con menor renta per-cápita. Esta situación comportaría la cesión de más competencias tributarias a los entes autonómicos y establecer unos adecuados puntos de conexión en términos de residencia laboral para que no se planteen situaciones de conflictos en la aplicación de la norma tributaria.

IV. SISTEMA DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS

El libro blanco (2012) sobre «Agencia para unas pensiones adecuadas seguras y sostenibles» aduce que pequeñas oscilaciones en la cuantía de las pensiones públicas más bajas puede dar lugar a tasas de pobreza muy significativas en cierto sector de los pensionistas. Es esencial que las entidades públicas tomen conciencia de este hecho y prevengan que las tasas de reemplazo sean elevadas.

Para que no se produzca este empobrecimiento de la población jubilada es necesario que las pensiones sean dignas y se vayan revalorizando con arreglo a un índice que recoja el incremento del nivel de vida.

De esta forma, se cumpliría con el mandato constitucional regulado en el artículo 50 de la CE el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la suficiencia económica durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, aunque siempre han estado revalorizándose acorde al IPC desde el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 se barajaron otros criterios sobre la actualización de las pensiones públicas que tomaron en consideración otros índices como el crecimiento de

los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de la totalidad de las cotizaciones a la seguridad social al igual que otros países de nuestro entorno.

Hacer depender las pensiones públicas del crecimiento de la economía supone que en épocas de recesión económica las revalorizaciones de las pensiones públicas son inferiores al crecimiento salarial sin que aquellas tengan que sufrir una revalorización negativa¹⁴.

La crisis económica que España sufre desde 2007 ha incidido negativamente sobre la revalorización de las pensiones públicas. En el año 2011, por ejemplo, se suspendió la revalorización de las pensiones públicas excepto para las pensiones no contributivas y las mínimas.

Con la promulgación de la Ley 23/2013 y la limitación sobre el endeudamiento público contenido en el artículo 135 de la CE se regula un nuevo sistema para la revalorización de las pensiones públicas¹⁵.

En concreto, el artículo 7 Ley 23/2013 modificó el artículo 48 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de modo que las pensiones públicas serán incrementadas en función de un índice de revalorización previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado que va a estar ligado a variables de tipo presupuestario como el crecimiento de los ingresos, el número de pensiones; así como por los efectos de sustitución entre pensionistas¹⁶.

Este índice de revalorización no admite signo negativo, ni tan siquiera que el índice fuese nulo, aun cuando se produzca una disminución en el crecimiento económico. Se prevé en la norma social que las pensiones públicas de la seguridad social y las demás correspondientes a las clases pasivas tendrán como mínimo una revalorización del 0.25 por ciento pero por otra parte, no podrán ser superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el período anual anterior a diciembre del año t , más un 0.5 por ciento.

El hecho de revalorizar las pensiones tiene un trasfondo económico y social muy importante porque como se ha reseñado una gran parte de la población española está en situación de retiro laboral y podrían empobrecerse con las repercusiones sociales que ello conlleva en un estado de bienestar como el de España. Pero además del empobrecimiento que podría originarse para un amplio espectro de la población española no lo es menos para casi 4,5 millones de hogares que dependen exclusivamente de las pensiones de los familiares con los que en muchos casos conviven.

¹⁴ De La Puente Lavín 2006: 187.

¹⁵ El artículo 135 CE dispone que: "Todas las administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria". Del precepto transcrito es evidente que la seguridad social está sometida al principio de estabilidad presupuestaria lo que se traduce en que debe vigilar la posibilidad de incurrir en un déficit que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

¹⁶ Monereo Pérez y Fernández Bernat *op. cit.*: 120.

Esta situación analizada desde un punto de vista económico crea un círculo cerrado de estancamiento del consumo privado porque ante una insuficiente revalorización de las pensiones públicas, puede haber un descenso en el consumo de esta importante parte de la población española con el impacto negativo que conllevaría en la creación y mantenimiento de las empresas y con ello en la creación de empleo.

En concordancia con la revalorización de las pensiones públicas, el Tribunal Constitucional en la STC 134/1987, de 21 de julio afirma que de la lectura de los artículos 41 y 50 de la CE, el Estado no está obligado a mantener las pensiones previstas inicialmente. Esta cuestión se traduce en que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una determinada pensión cuando alcancen la edad de jubilación o lo que es lo mismo, las prestaciones de la seguridad social no tienen por qué ser proporcionales a las cotizaciones y contribuciones de los afiliados.

No obstante, para cumplir con el principio de suficiencia en las pensiones públicas, las prestaciones no deben ser mínimas, sino que tendrían que ser suficientes y adecuadas, es decir, deben permitir un nivel de vida no muy inferior al que mantenían mientras estaban en una situación de actividad laboral activa.

La STC 190/1990, de 30 de mayo incide en que no se deben congelar las pensiones públicas de forma ilimitada en el tiempo y si es de forma temporal habría que actualizar en todo caso las pensiones más bajas y mínimas ya que en caso contrario no se garantizaría el poder adquisitivo de aquellos pensionistas cuyo único ingreso es la pensión pública.

Desde un punto de vista jurídico aunque el cambio en el sistema de revalorización de las pensiones no está afectado por la retroactividad en el sentido de que este cambio no afecta al concepto de pensión pública sino únicamente al sistema de cálculo de las mismas. Sí podría incidir negativamente en la confianza que los ciudadanos tienen en la estabilidad de sus derechos cuando éstos son modificados de forma desproporcionada¹⁷.

V. MEDIDAS FISCALES Y LABORALES PARA MEJORAR LA TASA DE DEPENDENCIA LABORAL Y DE SUSTITUCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PLANES DE PENSIONES

Las medidas o recomendaciones que se van a exponer a continuación sin duda van a incidir positivamente en la sostenibilidad de las pensiones

¹⁷ *Vid.* STC 234/1990. En definitiva, podría suscitarse una lesión al principio de seguridad jurídica en las expectativas de los ciudadanos en la estabilidad normativa que incide directamente en una cuestión tan trascendente como las remuneraciones de los pensionistas. *Cfr.* Juárez Corujo 2014: 40.

públicas, sin embargo, lo difícil no es proponer medidas económicas, laborales o fiscales sino en qué medida aplicar cada una de ellas, es decir, cuáles hay que aplicar, cuándo y en qué medida.

Inicialmente, dado que el factor de sostenibilidad basado en la esperanza de vida de las personas físicas reducirá las pensiones públicas contributivas, una de las propuestas, va dirigida a incentivar que las personas físicas contraten un plan de previsión social alternativo como complemento a la pensión pública del Estado.

Aunque hay varios instrumentos de previsión social privados como los planes de pensiones, los planes de previsión asegurados y los planes de previsión empresarial, nos centraremos en los planes de pensiones ya que son los más contratados pues son ofertados mayoritariamente por las entidades financieras mientras que los otros dos sólo pueden ser ofertados por las entidades aseguradoras.

Este plan de previsión social de carácter privado permitirá que las personas físicas cuando se jubilen puedan complementar lo percibido por la pensión pública minimizando en gran parte la tasa de sustitución y así, garantizar casi el mismo poder adquisitivo que tenía el trabajador antes de jubilarse. Desde la regulación de los planes de pensiones por la Ley 8/1987, de 8 de junio, estos instrumentos de previsión social siempre han estado bonificados fiscalmente aun cuando a finales de los años 80 no existían los problemas que presentan actualmente el pago de las pensiones públicas.

No obstante, hay que hacer algunas matizaciones respecto a los planes de pensiones. En principio estos instrumentos de previsión privados generan rentabilidades financieras superiores a los sistemas públicos aunque es verdad que no se puede asegurar a los ahorradores los riesgos inherentes a esta inversión como por ejemplo la inflación, tipos de interés, índices bursátiles y una posible quiebra del sistema financiero aunque, en determinados casos, las entidades financieras garantizan la titularidad de las cantidades aportadas cuando se produce el rescate de los planes de pensiones.

Esta situación no se produce con los sistemas de reparto de la seguridad social porque éstos se mantienen más estables durante más tiempo en su capacidad de actuación como estabilizadores automáticos lo que sirve para reducir las necesidades sociales de la ciudadanía agravadas en esa coyuntura y al mismo tiempo para sostener el consumo y así evitar una caída más intensa de la actividad económica.

Analizando fiscalmente los sistemas privados de capitalización, en concreto los planes de pensiones, la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) regula una serie de reducciones en la base imponible general de este impuesto que reducen sensiblemente el gravamen de este impuesto a aquellas personas que cumplan unos requisitos ligados a la actividad desarrollada, a la cuantía de las aportaciones y en

situaciones especiales, de incapacidad o dependencia, se tienen en cuenta los aspectos subjetivos de los contribuyentes.

El artículo 51 LIRPF regula la posibilidad de que los contribuyentes opten por reducir la base imponible general del IRPF las aportaciones realizadas por los partícipes a planes de pensiones, incluyendo las contribuciones del promotor que les hubiesen sido imputadas en concepto de rendimiento de trabajo.

Sin embargo, este beneficio fiscal tiene un límite tributario regulado en el artículo 52 LIRPF para el conjunto de instrumentos de previsión social privados.

El precepto marca como cantidad máxima a reducir la menor de dos cantidades:

- a) El 30 por ciento de la suma de los rendimientos netos del trabajo personal y de actividades económicas percibidas individualmente en el ejercicio.
- b) 8000 euros anuales.

Habría que hacer algunas matizaciones sobre la contratación de este instrumento de previsión privada que se dirige fundamentalmente a complementar el sistema público de las pensiones públicas.

En primer lugar, el artículo 52 LIRPF discrimina en la aplicación de este beneficio fiscal a parte de la población cuya actividad sea el arrendamiento de bienes inmuebles o la inversión en valores mobiliarios o simplemente que se dediquen a la especulación enajenando y comprando bienes y derechos¹⁸.

Las personas físicas empiezan a tener ciertos celos a estos instrumentos de previsión, regulados fundamentalmente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ya que la fiscalidad de los mismos, sobre todo, las condiciones de acceso a los beneficios fiscales están continuamente modificándose y ello no permite al contribuyente tener una seguridad jurídica en cuanto a su planificación fiscal. Además, hay que considerar la rigidez en cuanto a su rescate que presentan estos instrumentos de previsión privada, lo que impiden a las personas físicas que contrataron un plan de pensiones movilizar sus derechos consolidados a otros instrumentos de ahorro privado que les pueda generar mayor rentabilidad¹⁹.

¹⁸ Este sector de la población se ve compelido a diseñar la financiación de su jubilación con aportaciones a seguros de vida o a cualquier otro instrumento financiero que les reporte una renta vitalicia acorde a su estándar de vida.

¹⁹ Se ha introducido la posibilidad de rescatar las aportaciones realizadas con más de 10 años de antigüedad. En concreto la Ley 26/2014 de reforma fiscal introdujo una nueva ventana de liquidez para los productos de ahorro inversión. En esta norma se regula el

En colación a lo anterior, el legislador ha derogado recientemente, parte del beneficio fiscal en las aportaciones a los planes de pensiones para los contribuyentes con más de 50 años. Este cambio normativo, no tiene mucho sentido para los planes de pensiones que están asociados al ciclo vital de las personas físicas. Las personas físicas a partir de los 50 años empiezan a tener menos cargas familiares y la mayoría sin cargas hipotecarias. Esta situación les permite tener más liquidez y pueden aportar más cantidades a los planes de pensiones. Este colectivo es el que en un futuro no muy lejano va a experimentar el pago de las pensiones públicas acorde a unas estimaciones sobre la esperanza de vida por lo que posiblemente, busquen otros instrumentos de ahorro para completar sus pensiones públicas.

Otra de las objeciones que se pueden hacer a los planes de pensiones, es que al ser un instrumento que busca el que las personas físicas coloquen parte de sus ahorros, no son equitativos y se contraponen a la naturaleza redistributiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el sentido de que sólo las personas con mayor capacidad contributiva tienen la posibilidad de invertir parte sus ahorros en estos instrumentos de previsión privada que son en definitiva los que no van a sufrir el descenso en sus pensiones públicas.

Esta situación va a empobrecer a las personas con rentas más bajas cuyas pensiones se verán disminuidas por tener una base reguladora más baja y por la imposibilidad de completar las pensiones públicas con un sistema de capitalización privado.

Otra modificación que el legislador realizó en los instrumentos de previsión social es la eliminación de la reducción del 40 % en las percepciones de los planes de pensiones, lo que condiciona a los partícipes a rescatar la percepción del plan de pensiones a través de una renta vitalicia y a evitar parcialmente la progresividad del IRPF.

Respecto a la consideración jurídica de las rentas percibidas por los instrumentos de previsión privados, habría que estudiar la posibilidad de que sólo tributara el rendimiento generado, es decir, la diferencia entre ingreso y gastos y catalogados jurídicamente como capital mobiliario. Al ser considerado como instrumento de ahorro tendría que integrarse en la base imponible del ahorro en el IRPF sometido a unos tipos impositivos fijos en función del rendimiento generado.

Desde una visión presupuestaria, habría que desvincular las pensiones de viudedad y las de orfandad de los ingresos de las cotizaciones sociales y financiarlas a través de impuestos.

derecho de los partícipes a rescatar las aportaciones con más de 10 años de antigüedad contando a partir del 1 de enero de 2015 la cuales se percibirán a partir del 1 de enero de 2025. Queda pendiente de desarrollo reglamentario los límites cuantitativos del rescate de las aportaciones realizadas.

Esta sería una medida coyuntural tendente a financiar las jubilaciones de la generación del *baby boom*, las cuales, incrementarían el coste de la seguridad social considerablemente. Para entonces se espera que el crecimiento económico se haya relanzado y pueda atenuar el coste de las pensiones debido al incremento de los pensionistas.

Insistiendo en la misma figura impositiva, en mi opinión, se podría establecer un sobre gravamen finalista en el IRPF a través de la escala de gravamen progresiva que se aplica a la base imponible general del IRPF dirigida al pago de las pensiones. Sin embargo, el gravamen finalista tendría que articularse jurídicamente de manera que los contribuyentes que tendrían que contribuir, serían aquellos cuya base imponible general del IRPF superase la pensión máxima anual que fija la seguridad social para que no se produjese deducciones de algunos pensionistas para pagar a otros pensionistas.

Desde la imposición indirecta, en mi opinión, habría que incrementar los tipos impositivos de los impuestos especiales como: alcohol y tabaco fundamentalmente, sobre todo, por el incremento del coste sanitario que conllevan para la población en general pero con más intensidad en la población jubilada.

Si el problema se tornase de carácter estructural y, por tanto, las medias coyunturales no tuvieran el efecto requerido, entonces habría que tratar el coste de las pensiones públicas, como ya se ha apuntado, desde un punto de vista presupuestario; es decir, en el montante de los gastos públicos estaría incluido el coste de las pensiones tanto contributivas como no contributivas, siendo ambas financiadas por los ingresos públicos, entre los que estarían lógicamente además de los tributos, todas las cotizaciones a la seguridad social, pero sin estar afectos estos ingresos públicos al pago de las pensiones públicas.

En este escenario, el Estado puede tener un mayor control en el sostenimiento de las pensiones públicas porque podría incrementar algunas de las partidas de los ingresos públicos, bien mediante la elevación de los tipos de gravamen de algunas figuras tributarias como, por ejemplo, las relacionadas con la imposición indirecta o bien simplemente mediante la reducción de otras partidas presupuestarias relacionadas con el gasto público pero siempre respetando el principio de estabilidad presupuestaria.

A título ilustrativo, y si perjuicio de lo expuesto anteriormente el legislador a iniciativa del gobierno podría plantearse las siguientes medidas específicas de carácter tributario.

1. Reestablecer la deducción en el Impuesto sobre Sociedades de la deducción por aportación a planes de pensiones de los trabajadores²⁰.

²⁰ El artículo 43 del RDLeg 4/2004, de 5 de marzo (Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades) disponía que: "El sujeto pasivo podrá practicar una deducción en la

2. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se deberían ampliar los límites de las aportaciones a los planes de pensiones, diferenciando las cantidades objeto de reducción en función de la edad del contribuyente y de los años que hubiese cotizado a la seguridad social.
3. Se tendría que volver a hacer una diferenciación entre las aportaciones del promotor y las del trabajador en relación a los límites de reducción aplicables a las aportaciones a los planes de pensiones objeto de reducción en la base imponible general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, en este aspecto como el beneficio fiscal de los planes de pensiones muestra un carácter regresivo, tan sólo tendría que estar bonificada, en mi opinión, la aportación del promotor a contribuyentes de rentas salariales medias y bajas, negando la posibilidad de reducir la base imponible general a las aportaciones hechas por el promotor a los contribuyentes con rentas más altas²¹.
4. Respecto a la consideración jurídica de las rentas percibidas por los instrumentos de previsión privados, habría que estudiar la posibilidad de que sólo tributase el rendimiento generado, es decir, la diferencia entre ingresos y gastos habría que calificarlo como rendimiento de capital mobiliario, y éste, como procede de un instrumento de capitalización, tendría que integrarse en la base imponible del ahorro sometido a unos tipos impositivos fijos en función de los rendimientos generados²².
5. Están surgiendo determinados seguros privados que establecen la exención tributaria del importe total percibido como ocurre con los seguros individuales de vida a largo plazo los cuales están diseñados para que la persona física ahorre y complemente la pensión pública. Tan sólo se exige que se mantenga el plan de ahorro durante cinco años y se aporte una cantidad anual inferior a 5000 euros.
6. También en el propio IRPF se debería estudiar la posibilidad de incrementar el beneficio fiscal cuando el contribuyente tuviese cargas familiares de manera que aquellos matrimonios que tuviesen 3 o más hijos, el legislador tendría que incrementar notablemente las deducciones fiscales familiares. Con esta propuesta, se podría incentivar en alguna proporción la natalidad.
7. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se tendría que estudiar la conveniencia de aumentar la reducción actual que existe en

cuota íntegra del 10 por ciento de las contribuciones empresariales imputadas a favor de los trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros siempre que tales contribuciones se realicen a planes de pensiones de empleo”.

²¹ Cfr. Sanchez Pedroche 2006: 58

²² Cfr. Arranz De Andrés 2010: 61.

las distintas normativas autonómicas e intentar igualarlas en su cuantía, en relación con la herencia de los seguros de vida como consecuencia del fallecimiento del tomador del seguro cuando éste no coincide con el beneficiario del mismo. No obstante, en mi opinión lo ideal sería asimilar el tratamiento fiscal que tienen los planes de pensiones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones al que tienen los seguros de vida, es decir, dejar fiscalmente la operación no sujeta a dicho impuesto²³.

Entre las medias específicas que podrían adoptarse en el campo laboral para contribuir a la recuperación económica y con ello para recaudar más ingresos públicos para el pago de las pensiones públicas podríamos señalar las siguientes:

1. El legislador podría bonificar temporalmente las cotizaciones que las empresas tienen que realizar por sus trabajadores diferenciando según la edad de los trabajadores, lo que supondría inicialmente un mayor coste financiero para la Administración pero con el tiempo puede redundar en la creación de empleo por las empresas y con ello aumentar la masa de cotizantes a la seguridad social.
2. En colación con el punto anterior se podría plantear el destopar la base de cotización de los trabajadores. Esta medida no sólo originaría mayores ingresos públicos afectos al pago de las pensiones contributivas sino también evitaría una ruptura del principio de contributividad y de progresividad, pues las rentas más altas quedan exoneradas de cotizar por las cuantías que sobrepasan dicho tope, máxime cuando en los últimos años ni siquiera han evolucionado conforme el IPC real. Se estima que un incremento progresivo en el tiempo, hasta alcanzar, al menos, un 15 por ciento de la base máxima supondría una mejora del 0.18 por ciento del PIB²⁴.
3. Retrasar la edad de jubilación en función de la esperanza de vida de la población española. En este sentido, no siempre tiene que ir aumentando la esperanza de vida al mismo ritmo, es más, se podría producir una ralentización en el incremento de la esperanza de vida, si persisten los efectos de la crisis económica y determinados servicios públicos pierden calidad o lo que es peor que disminuya la prestación de los mismos por falta de una adecuada dotación presupuestaria.

²³ En muchas ocasiones los planes de pensiones diferencian entre el tomador y el beneficiario, siendo personas físicas distintas lo que coincide con los aspectos subjetivos regulados en los seguros de vida.

²⁴ Cfr. Monereo Pérez y Fernandez Bernat *op. cit.*: 167

4. El Estado podría añadir legalmente un sistema de capitalización en la seguridad social de carácter complementario, es decir, combinar el sistema de reparto con el de capitalización de manera que mediante Ley se obligara a las empresas a detraer de los salarios del trabajador un porcentaje para ingresarlo en un plan de pensiones de empleo de carácter público aunque podrían ser gestionados por entidades financieras. De esta forma, la pensión pública que le pueda quedar al trabajador una vez alcance la edad de jubilación podría ser complementada con el rescate de un instrumento de previsión social. Esta situación, sería considerada por los ciudadanos como una prestación pública de carácter coactivo establecida por el ente público y que bajo el artículo 31.3 de la Constitución tendrá que ser establecida con arreglo a la Ley.
5. Respecto a los profesionales que ejerzan la actividad como autónomos, las cotizaciones a la seguridad social tendrían que estar en relación a las rentas reales y no, a cantidades fijas predeterminadas legalmente
6. Algunas notas sobre la descentralización territorial de la seguridad social.

Cabría también la posibilidad de descentralizar territorialmente el sistema de la seguridad social. Esta situación no es que mejore el problema del sostenimiento de las pensiones públicas, pero sí, descargaría al Estado de la previsión y gestión de las pensiones públicas transfiriendo a las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) las competencias para el pago de las pensiones, sin perjuicio, de que el Estado tuviera que transferir fondos para compensar las diferencias en el nivel de las prestaciones y hacer efectivo el principio de solidaridad interregional.

Este es un tema complicado porque el Estado tiene competencia exclusiva sobre la seguridad social tal como lo recoge el artículo 149.1.17 de la CE el cual dispone que corresponde al Estado la: "Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades autónomas".

En este sentido, si el Estado descentralizase el pago de las pensiones públicas en las CCAA podrían darse algunos problemas relacionados con la justicia redistributiva en el montante de las pensiones percibidas por los residentes en determinadas CCAA a lo que habría que añadir el fuerte coste de gestión que tendrían que asumir las CCAA.

Además, habría severas desigualdades entre las distintas CCAA en atención a la población activa que resida en cada autonomía ya que las CCAA con menos población activa, sus residentes tendrían menores pensiones públicas que los pensionistas residentes en CCAA con mayor riqueza, y, por tanto, con mayor empleo.

No obstante, no todas las situaciones serían desfavorables para los residentes en situación laboral activa en CCAA con menor PIB per cápita: a título ilustrativo, en el caso de los funcionarios de cuerpos estatales percibirán las mismas rentas con independencia de la CCAA en la que residirían, lo que se traduciría, en que aquellos funcionarios que desarrollen sus funciones públicas en CCAA más pobres tendrán un mayor poder adquisitivo respecto los trabajadores públicos que residen en CCAA más ricas y por tanto con un nivel de precios más alto, lo que les permitiría incrementar su capacidad de ahorro respecto de otros compañeros de profesión que residen en CCAA con mayor nivel de vida. Esta situación de mayor capacidad de ahorro durante su vida activa, que también podría trasladarse a los trabajadores de empresas privadas que tengan sus retribuciones anuales muy altas, les permite compensar durante el tiempo de inactividad laboral como consecuencia de la jubilación la pérdida de ingresos incluso presentar una situación de superávit si comparamos el total de su ciclo vital en relación a la esperanza media de vida.

En esta hipotética situación de descentralización territorial de las pensiones públicas lo más complicado sería establecer los puntos de conexión, es decir, en base a qué criterios territoriales ligados a una actividad laboral, una CCAA está legalmente obligada a satisfacer la pensión pública a una determinada persona física.

VI. CONCLUSIONES

El envejecimiento de la población es un problema de primera magnitud que como tal exige una respuesta global de los poderes públicos por la implicación económica y social que tiene. De no tomar acciones públicas para atenuar el problema descrito, el modo de producción de riqueza y el tipo de sociedad en que vivimos estarían abocados a la quiebra.

España al igual que muchos países de la Unión Europea están llevado a cabo modificaciones de gran calado en el sistema de la seguridad social confluendo todas en la regulación de un factor de sostenibilidad que parte de la base de que el sistema de prestación definida debe sustituirse por el sistema de aportación definida en el que una vez alcanzada la edad de jubilación lo que se percibirá estará en función de la esperanza de vida de la población tomando como referencia un determinado año.

Sin duda, con este sistema de percepciones públicas basadas en el factor de sostenibilidad van a disminuir la cuantía de las pensiones públicas percibidas porque la misma prestación se va a repartir durante más años.

La Ley 23/2103 donde se regula de forma efectiva el factor de sostenibilidad no distingue el cálculo de la esperanza de vida en función del

sexo ni del tipo de actividad laboral que ha desarrollado la persona que accede a la jubilación, a pesar de haber diferencias significativas. De *lege ferenda*, el legislador tendría que tomar en cuenta estas diferencias para que el sistema de reparto de la seguridad social ganase en justicia y equidad social.

Por otra parte, al desvincular la actualización de las pensiones públicas del incremento del nivel de vida, es decir, del IPC se corre el riesgo de empobrecer a un sector de la población que perciba las pensiones contributivas más bajas. En mi opinión, el Estado aunque apuesta por la reducción del gasto público para dar viabilidad al sistema de reparto de la seguridad social debería plantearse dar un mayor protagonismo a los ingresos tributarios en el pago de las pensiones públicas asumiendo la financiación de las pensiones de viudedad y las de orfandad, al menos, hasta que España llegue a una senda de crecimiento económico cercano al 3 por ciento del Producto Interior Bruto y pase el incremento del gasto público que durante 15 años se producirá con la jubilación del baby-boom.

No obstante, a pesar de que el concepto de envejecimiento de la población parece indicar sólo consecuencias negativas desde un punto de vista social y económico, hay también aspectos positivos que habría que destacar: en primer lugar el incremento en el envejecimiento de la población es un indicador del estado de bienestar de un país que confluye en la eficiencia y eficacia con la gestión y funcionamiento de los servicios públicos.

En el plano económico, el envejecimiento poblacional a nivel europeo toma como destino para disfrutar de la tercera edad a España, por muchos factores como el clima, cultura, dieta mediterránea, etcétera. Este hecho se traduce en que ciudadanos extranjeros, sobre todo, europeos elijan España como residencia para disfrutar de la vejez, realizando fuertes inversiones en capital inmobiliario bien, adquiriendo propiedades o alquilando estancias en residencias españolas enfocadas para el tercer ciclo de la vida. En ambos casos la incidencia en el PIB es positiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRANZ DE ANDRÉS, C. *Fiscalidad de los planes de pensiones transnacionales y transfronterizos en el IRPF e IRNR*, Wolkers Kluwer- CISS (Valencia, 2010): 61.
- BORJA SUAREZ, C. *El sistema público de pensiones: Críticas, Reformas y Sostenibilidad*. Lex-Nova (2014): 85.
- DE LA PUENTE LAVÍN, M. *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectiva de futuro*, Comares, (Granada, 2006): 187.
- FERRERAS ALONSO, F. «Cambio demográfico y pensiones de la seguridad social» *Fundación Alternativas. Documento de trabajo*, n.º 161, (2010): 16.
- FUNDACIÓN GENERAL. CSIC. *Informe sobre el envejecimiento*, (Madrid, 2010): 20.

- JUAREZ CORUJO, B. «Las sombras del inquietante proyecto de la Ley reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorizaciones del sistema de seguridad social», *Documentación Laboral*, n.º 99, (2014) 40.
- MONEREO PÉREZ, JM. y FERNANDEZ BERNAT, JM. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Tecnos (2014).
- SANCHEZ PEDROCHE, JA. *Ahorro y Fiscalidad*, Edersa, (Madrid, 2006): 58.
- SUAREZ CORUJO, B. *El sistema público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad*, Lex-Nova, (2014): 23 y ss.
- TORTUELO PLAZA, JL. «Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social: régimen jurídico», *Relaciones Laborales*, n.º 5, (2014): 115.

SOBRE LA ESTRUCTURA Y LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS SOCIALES*

On the structure and limits of social rights

José Manuel Cabra Apalategui¹

Profesor Contratado Doctor

Universidad de Málaga

jcabra@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp197-213](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp197-213)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Los derechos en general y los derechos sociales en particular se enfrentan a tres tipos de problemas: problemas *filosóficos* relativos a su fundamentación; problemas *políticos* que afectan a su reconocimiento; y, por último, problemas *jurídicos* que surgen a la hora de su garantía y protección. La pregunta acerca del status constitucional de los derechos sociales afecta directamente a este último problema.

En este trabajo voy a mantener dos tesis, que, si bien son conceptualmente independientes, guardan una estrecha relación. En primer lugar, cualquier acercamiento a los problemas jurídicos de los derechos sociales debe tener en cuenta la estructura de los derechos, esto es, la posición del titular y del obligado por el derecho. Tener un derecho, al margen de cuál pueda ser su fundamento, significa ocupar una posición

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cabra Apalategui, José Manuel. 2018. «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 197-213. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp197-213](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp197-213).

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «CONFLICTOS DE DERECHOS: TIPOLOGÍAS, RAZONAMIENTOS, DECISIONES» (DER2016-74898-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER.

determinada en el marco de una relación jurídica. Afirmar que se tiene derecho a algo sin indicar quién está afectado, como obligado a hacer o a abstenerse de hacer, es una declaración política o moral, pero no el reconocimiento de un derecho en sentido estricto, esto es, en sentido jurídico.

En la segunda parte señalaré que los límites que afectan a la garantía y protección de los derechos sociales dependen de la estructura de los derechos más que de su status constitucional.

Palabras clave

Derechos sociales; naturaleza relacional de los derechos; estructura de los derechos fundamentales; límites de los derechos.

Abstract

Rights in general and, particularly, social rights raise problems of three kinds: *philosophical* problems regarding their foundation; *political* problems that affect their recognition; and, last, *legal* problems at the time of their granting and protection. The question on the constitutional status of social rights points out directly to this last problems.

In this paper I am going to defend two thesis that, though conceptually independent, are closely related to each other. First, that any approach to the legal problems of social rights should keep in mind the structure of rights, that is, the position of that entitled and that obligated by the right. To have a right, regardless of its foundation, means to be in a certain position within a legal relation. To say "I have a right" without identify who is affected by it as the liable party, is just a political or a moral assertion, but not a right strictly speaking, that is, a legal right.

In the second part I will hold that the limits affecting the protection of social rights depend more on the structure of rights than on their constitutional status.

Keywords

Social Rights; Relational Nature of Rights; Structure of Fundamental Rights; Rights Limits.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UNA TEORÍA ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. *Enunciados sobre derechos*. 2. *Las posiciones jurídicas*. 2.1. Derechos a algo. 2.2. Libertades. 2.3. Competencias. 3. *Los derechos fundamentales como un conjunto de posiciones jurídicas*. III. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS. 1. *Límites epistémicos*. 2. *Límites económicos*. 3. *Límites conceptuales*. 4. *Límites políticos*. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de cincuenta años, Norberto Bobbio sostuvo que, una vez suscrita por la mayoría de los Estados la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el problema de fondo de los derechos no era el de su justificación, sino el de su protección. El consenso generalizado en torno a los derechos había desplazado el foco de atención y el problema no era ya filosófico, sino político, en el bien entendido de que no se está hablando aquí únicamente de voluntad política, sino de que cualquier investigación sobre los fundamentos de los derechos carecerá de importancia si no analiza igualmente las condiciones y los medios para la realización de los distintos derechos².

Así, los derechos en general y los derechos sociales en particular se enfrentan a tres tipos de problemas: problemas *filosóficos* relativos a su fundamentación; problemas *políticos* que afectan a su reconocimiento; y problemas *jurídicos* que surgen a la hora de protegerlos y garantizarlos. Superados los problemas de fundamentación –de hecho, algunos de estos derechos están ya incluidos en la Declaración Universal y son desarrollados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 así como por otros documentos de carácter regional–, los derechos sociales constituyen una de las cuestiones centrales de la agenda de todos los partidos y movimientos políticos del mundo occidental. Muy atrás han quedado las voces que a mediados del siglo pasado alertaban de la supuesta incompatibilidad del Estado social con la economía de mercado (Hayek) o con el Estado de derecho (Forsthoff); y, en todo caso, se ha asumido la necesidad de restringir o limitar unos derechos (los derechos de libertad) para proteger otros (los derechos sociales). Lo que hoy se discute no es si deben o no reconocerse y protegerse estos derechos, sino cómo hacerlo sin poner en riesgo la viabilidad económica del Estado. La pregunta acerca del status constitucional de los derechos sociales será incompleta si se interesa únicamente por los aspectos filosóficos o políticos de los derechos. ¿Cuántas constituciones, muy prolijas en el reconocimiento de derechos de todo tipo, carecen de un grado de

² Bobbio 1991: 61-2.

eficacia relevante y suficiente para garantizar las condiciones de vida que se infieren del texto? La articulación de mecanismos jurídicos de garantía y la disponibilidad de medios materiales para hacerlos eficaces son condiciones de posibilidad de la realización de los derechos.

En este trabajo voy a mantener dos tesis, que, si bien son conceptualmente independientes, guardan una estrecha relación. En primer lugar, que cualquier aproximación a los problemas jurídicos de los derechos en general y de los derechos sociales en particular debe tomar como punto de partida la *estructura* deóntica de los derechos. Su calificación como derechos liberales, derechos políticos o derechos sociales, o como derechos de primera, segunda o tercera generación, inspirada esencialmente por el contexto en el que surgen, es de un indiscutible interés histórico y filosófico³, pero secundaria desde el punto de vista jurídico. Tener un derecho, al margen de cuál pueda ser su fundamento filosófico, significa ocupar una posición determinada en el marco de una relación jurídica; afirmar que se tiene derecho a algo sin poder identificar quién está afectado como obligado a hacer o a abstenerse de hacer para lograr su satisfacción es una declaración política o moral; de naturaleza retórica en todo caso.

En segundo lugar, sostendré que la garantía y protección de los derechos sociales está sujeta a límites que deben ser considerados en la determinación de su status constitucional, o más bien, en la configuración de su estructura.

II. UNA TEORÍA ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Enunciados sobre derechos*

Los enunciados acerca de los derechos pueden ser, fundamentalmente, de tres tipos. En primer lugar enunciados que afirman las razones que justifican la atribución de un derecho. Este tipo de enunciados se refieren a la fundamentación de los derechos. Un ejemplo de los mismos es el siguiente:

(1) «El derecho a defenderse de la agresión de otros es inherente a la propia naturaleza humana».

Este tipo de enunciados son centrales en las teorías iusnaturalistas de los derechos. Igualmente, son propios de la teoría del interés (Ihering) o de las teorías de los derechos basados en las necesidades humanas. En definitiva, de cualquier teoría de los derechos que centre su atención en el fundamento de la titularidad del derecho.

³ Cfr. Peces-Barba 1995.

Un segundo tipo de enunciados acerca de los derechos son aquellos que indican la posición que un sujeto *a* ocupa en una relación jurídica; por ejemplo:

(2) «*a* tiene un derecho a *X*».

Siendo *a* el titular del derecho y *X* el objeto de mismo. Ahora bien, este enunciado está incompleto en tanto no se indique en qué posición queda el otro sujeto de la relación jurídica, el sujeto *b*, tal que:

(2') «*a* tiene frente a *b* un derecho a *X*».

Este tipo de enunciados refleja la dimensión relacional de los derechos, puesto que (2') es equivalente al siguiente enunciado:

(2'') «*b* tiene frente a *a* la obligación de *X*».

Las implicaciones lógicas entre las posiciones que cada sujeto ocupa en el marco de una relación jurídica fue señalada por W. N. Hohfeld. Según Hohfeld, hay ocho relaciones jurídicas básicas: «derecho», «obligación», «no derecho», «privilegio», «poder», «sujeción», «incapacidad» e «inmunidad»⁴. Cada una de estas posiciones tiene una posición correlativa; así, si *a* tiene un derecho a *X* frente a *b*, *b* está obligado a *X* frente a *a*. «Derecho» y «obligación» son posiciones correlativas. Igualmente, si *a* no tiene un derecho a *X* frente a *b*, *b* no está obligado a *X* frente a *a*, etc.

Un tercer tipo de enunciados acerca de los derechos es aquél que se refiere a la exigibilidad jurídica y protección de los derechos. Por ejemplo:

(3) «*a* puede exigir de los Tribunales la satisfacción (por parte de *b*) de su derecho a *X*».

Este tipo de enunciados conecta directamente con aquella teoría de los derechos según la cual «tener un derecho» significa, en sentido estricto, estar habilitado por el orden jurídico a reclamar en los Tribunales el cumplimiento (o, en su caso, una compensación) por parte de un tercero de una obligación no satisfecha⁵. Un derecho que no está garantizado por el ordenamiento jurídico no es un derecho en sentido estricto. Al igual que los enunciados del segundo tipo, éstos enunciados expresan una posición del sujeto *a* en el marco de una relación jurídica.

Siguiendo esta senda marcada por Kelsen, los enunciados del segundo tipo –(2), (2') y (2'')– habrían de considerarse superfluos, dado que están presupuestos en los enunciados del tercer tipo; sin embargo, los enunciados del segundo tipo son centrales para la construcción de una teoría estructural de los derechos fundamentales.

⁴ Hohfeld 1913: 30.

⁵ Kelsen 1960: 147.

Existen al menos dos razones para no renunciar a los enunciados del segundo tipo⁶. Primero, y aunque un enunciado como (3) no se sigue lógicamente del enunciado (2), este último puede ser visto como una forma simplificada de afirmar (3), incluso cuando la exigibilidad judicial constituye el núcleo de significado del concepto de derecho subjetivo. Segundo, la capacidad jurídica de exigir su cumplimiento forma parte del derecho, pero no parece que agote su contenido. Si así fuera, todos los derechos se reducirían a uno: el derecho a la tutela judicial efectiva. En un sentido lógico, el derecho a X precede a la capacidad jurídica de exigir X : es el fundamento de esa capacidad.

2. Las posiciones jurídicas

Una teoría estructural de los derechos fundamentales responde a la estructura deóntica de los derechos, no a cuestiones de fundamentación (al menos, no en este punto) ni a las circunstancias históricas en que han surgido y evolucionado los derechos. Seguiré en este punto las categorías formuladas por Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*. Alexy distingue tres posiciones jurídicas básicas que configuran el contenido de los derechos fundamentales: derechos a algo; libertades y competencias⁷.

2.1. Derechos a algo

La forma básica de esta posición está expresada en el enunciado (2') «*a* tiene frente a *b* (el Estado u otro particular) un derecho a *X*», donde *X* puede ser una acción (acción positiva) o una abstención (acción negativa).

- a) Derechos a *acciones negativas* o derechos de defensa. Son derechos de este tipo:
1. Los derechos a que el Estado no interfiera o impida la realización de acciones, bien por imposibilidad *fáctica* (impidiendo el movimiento, privando de un bien, etc.), bien por imposibilidad *jurídica* cuando la acción en cuestión es un acto jurídico (privando de las normas que hacen posible la existencia de este tipo de acciones institucionales, como el contrato, el matrimonio, etc.);
 2. Los derechos a la no afectación de propiedades personales (vivir, estar sano) o situaciones (inviolabilidad del domicilio) del titular.
 3. Los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas, ya sean subjetivas (por ejemplo, derechos subjetivos de propiedad) u

⁶ Alexy 1997: 181.

⁷ Alexy 1997: 186 y ss.

objetivas (normas que regulan la institución, por ejemplo, las normas que regulan la adquisición o enajenación de bienes); en otras palabras, una posición de este tipo significa el derecho del ciudadano a que el Estado no derogue determinadas normas.

- b) Derecho a *acciones positivas* o derechos a prestación. El objeto de los derechos a una acción positiva puede ser una acción *fáctica* (derechos a prestaciones en sentido estricto) o una acción *normativa* (derechos a prestaciones en sentido amplio). En los derechos a una acción positiva fáctica, el objeto hace referencia al estado de cosas que debe alcanzarse mediante la acción del Estado (por ejemplo, la satisfacción de necesidades básicas de alimento, vestido o techo de cualquier persona). La forma jurídica a través de la cual se alcance es irrelevante a estos efectos. El derecho a una acción positiva normativa tiene por objeto los actos necesarios para la creación de normas estatales. Este tipo de derechos tiene un carácter instrumental o auxiliar; son derechos a la existencia de aquellas normas que permiten la realización de lo que podríamos llamar el núcleo de significado de un derecho fundamental (por ejemplo, el derecho a las medidas organizativas estatales necesarias para la protección del ámbito de libertad que hace posible la libertad de ciencia).

Los llamados derechos sociales (asistencia social, trabajo, educación, etc.) suelen configurarse como derechos a acciones positivas del Estado, pero ni son los únicos que pueden incorporar a su contenido este tipo de posiciones jurídicas, ni la estructura de estos derechos se agota en las prestaciones estatales. Alexy divide los derechos a acciones positivas del Estado en cuatro tipos⁸:

1. *Derechos a protección*. El titular de un derecho de protección puede exigir al Estado protección frente a intervenciones de terceros. El objeto de protección puede ser desde la misma vida o la salud, hasta la dignidad, la libertad o la propiedad. La protección puede consistir en medidas jurídicas o en actuaciones directas del aparato estatal.

La diferencia entre los derechos de defensa y estos derechos de protección es que los primeros prohíben cualquier acción que dañe o imposibilite el disfrute del derecho, mientras que los segundos obligan únicamente a realizar alguna de las medidas que garantice el derecho. Los derechos a protección son normas de fin que dejan al legislador la elección del medio para su satisfacción.

⁸ Alexy 1997: 435 y ss.

- En relación con estos derechos se plantea la cuestión de si ésta es una categoría autónoma, pues no parece posible pensar en un derecho (que pretenda ser algo más que una mera declaración retórica) que no requiera alguna forma de protección⁹. Lo que esto significa es que forma parte del contenido de todo derecho, fundamental o no, un derecho de protección, además de otras posiciones jurídicas.
2. Derechos a organización y procedimiento. Algo similar ocurre con los derechos a organización y procedimiento; todo derecho fundamental implica posiciones jurídicas de este tipo. No es una cuestión pacífica en la doctrina el que estos derechos se conciban como derechos subjetivos o como garantías objetivas. Estos derechos pueden ser de cuatro tipos:
 - (i) Competencias de derecho privado. Derechos frente al Estado para que éste formule las normas necesarias (en tanto que constitutivas) para la creación, modificación y extinción de posiciones jurídicas de derecho privado.
 - (ii) Procedimientos judiciales y administrativos. Este tipo de derechos son una concreción del derecho a una tutela judicial efectiva. Ahora bien, la exigencia constitucional de existencia de estos procedimientos ni agota ni sustituye la exigencia constitucional a una protección efectiva; estos procedimientos aumentan la probabilidad de dicha protección y sus resultados gozan de una presunción derrotable de corrección.
 - (iii) Organización en sentido estricto. Supone un derecho a la existencia de normas que regulan y propician la cooperación de una número más o menos amplio de personas para alcanzar un mismo fin.
 - (iv) Formación de la voluntad estatal. Se trata del derecho a que el Estado establezca mecanismos legales de participación política, siendo el más importante, pero no el único, le derecho a voto.
 3. Derechos a prestaciones en sentido estricto. Alexy los define como derechos que el individuo tiene frente al Estado a obtener bienes o servicios que, si el individuo tuviera medios financieros suficientes y existiera una oferta suficiente en el mercado, podría obtener de particulares.

⁹ Hierro 2007: 207.

Algunos de estos derechos a prestaciones están explícitamente reconocidos en los textos constitucionales, otros se obtienen por vía interpretativa. En todo caso, la protección de los derechos sociales puede tener distinta intensidad, según se consideren las normas como (i) vinculantes o programáticas (esto es, exigibles o no ante un tribunal); (ii) derechos subjetivos u obligaciones objetivas del Estado; y (iii) derechos definitivos o derechos *prima facie*. Estos criterios dan lugar a ocho (2^3) combinaciones posibles, que representan cada uno de ellos un grado distinto de protección¹⁰.

	Derecho vinculante	Derecho subjetivo	Derecho definitivo
1	+	+	+
2	+	+	-
3	+	-	+
4	+	-	-
5	-	+	+
6	-	+	-
7	-	-	+
8	-	-	-

El grado más alto de protección de un derecho a prestación lo otorgan normas vinculantes que garantizan un derecho subjetivo definitivo, mientras que el grado menor está dado por aquellas normas de carácter político o programáticas que establecen un mero deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones. Cuál sea el grado de protección que corresponda a cada derecho fundamental es algo que depende de la importancia del bien protegido por el mismo. Cuanto mayor es la importancia de ese derecho, más razones existen para que su reconocimiento y protección no se ven sometidas al principio de la mayoría.

2.2. Libertades

Entendida como posición en una relación jurídica, la libertad es libertad *jurídica*. La forma básica de expresar una libertad jurídica es mediante la noción de permiso. Un sujeto *a* es libre respecto de (la conducta) *X* cuando está permitido hacer *X* y está permitido no hacer *X*¹¹.

¹⁰ Alexy 1997:484.

¹¹ Alexy 1997: 218.

Bajo el concepto de «libertad jurídica» pueden agruparse, no obstante, diversas posiciones jurídicas, por lo que debemos distinguir entre libertades *no protegidas* y libertades *protegidas*.

- a) Libertades no protegidas: Las libertades no protegidas responden a la definición básica formulada más arriba. Coinciden con lo que von Wright denominó «permiso como (mera) tolerancia»¹². Las libertades no protegidas son una mera conjunción de permisiones de hacer y de no hacer, pero no llevan asociado ningún derecho a no ser obstaculizado en el ejercicio de esa libertad.

Por otra parte, algunas normas de derecho fundamental son normas permisivas, pero son algo más que una mera tolerancia; adoptan, por tanto, la forma de un permiso explícito o permiso «en sentido fuerte»¹³. La función de estas normas es limitar el ámbito de decisión del legislador ordinario, que no puede mandar o prohibir aquello que permite una norma perteneciente al nivel jerárquicamente superior del ordenamiento. Cuando una libertad es algo más que una conjunción de permisos de hacer y no hacer, entonces estamos ante una libertad protegida.

- b) Libertades protegidas: La protección de las libertades va más allá del mero mecanismo jerárquico antes descrito. Las libertades pueden estar protegidas bien por un derecho cuyo contenido es igual al contenido de la libertad (protección directa), bien por el «perímetro protector» del que hablaba Hart¹⁴, que impide que otros interfieran con determinados medios, pero no con otros, en el ejercicio de la libertad (protección indirecta). Por ejemplo, la libertad de empresa implica la libertad de acción para intentar captar clientes. Los comerciantes están protegidos de ciertas interferencias en esa libertad, como el sabotaje de su negocio o la competencia desleal, pero, al mismo tiempo, no pueden impedir que otros intenten con éxito captar a la clientela mediante otros medios, como una mejor oferta, obstaculizando así el ejercicio de esa libertad.

Por otra parte, la protección de las libertades puede realizarse mediante una serie de derechos a algo (protección subjetiva), o mediante normas objetivas (protección objetiva).

Toda libertad estatuida por una norma de derecho fundamental es una libertad frente al Estado y está protegida directa y subjetivamente, esto es, por un derecho de igual contenido a que el Estado no impida u obligue al titular a hacer aquello para lo que se es libre. Dicho de otro modo, toda libertad

¹² Von Wright 1979: 103 y ss.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Hart 1982: 171 y ss.

que deriva de una norma de derecho fundamental es la combinación de un permiso o libertad no protegida y un derecho de defensa.

2.3. *Competencias*

Aquellos que poseen una competencia pueden modificar situaciones jurídicas, bien mediante la creación de *normas* válidas (precisamente una de las condiciones de validez de las normas jurídicas es que sean producidas por quien tiene capacidad legalmente reconocida para ello), bien mediante la modificación de la *posición* de los sujetos en una relación jurídica.

Ahora bien, no toda acción que modifica la posición de los sujetos en una relación jurídica constituye el ejercicio de una competencia. Así, una acción delictiva que genere un derecho de compensación a favor de la víctima no responde al uso de una competencia, aunque modifica la situación jurídica¹⁵. Las acciones que constituyen un ejercicio de una competencia jurídica son las *acciones institucionales*, esto es, acciones cuyo sentido viene dado no por su realización fáctica, sino por la existencia de reglas constitutivas¹⁶. Las normas de competencia son reglas jurídicas de naturaleza constitutiva. Contraer matrimonio, firmar un contrato o aceptar una herencia son acciones jurídicas institucionales que no serían posibles de no existir las normas que confieren competencias (naturalmente, podrían darse los hechos de la convivencia, el cumplimiento de promesas o la posesión de los bienes del fallecido por sus familiares, pero ninguna de estas acciones podría describirse como el ejercicio de un derecho).

La noción de competencia es importante para la completa comprensión de la estructura de los derechos fundamentales. De las normas de derecho fundamental derivan *competencias de los ciudadanos*; o lo que es lo mismo, existen competencias que gozan de un estatus constitucional. Si el legislador derogara dichas normas que confieren competencias en el derecho privado (por ejemplo, la capacidad para enajenar determinado tipo de bienes inmuebles), o lo hiciera sin una justificación constitucional, estaría violando normas de derecho fundamental. Asimismo, algunas normas de derecho fundamental funcionan como normas de competencia negativas, esto es, normas que limitan el alcance de las normas que confieren *competencias al Estado*.

3. *Los derechos fundamentales como un conjunto de posiciones jurídicas*

Una vez analizadas individualmente las distintas posiciones fundamentales –y aunque algunas de ellas son discutibles desde el punto de vista de la

¹⁵ Alexy 1997:230.

¹⁶ Sobre este tipo de reglas, vid. Searle 1980: 43.

dogmática constitucional— vemos que, en la mayoría de los casos, las normas de derecho fundamental contienen un conjunto de posiciones jurídicas¹⁷ y que algunas de estas posiciones está contenidas en todas ellas, como se aprecia en el análisis de los derechos a prestaciones en sentido amplio, especialmente con los derechos de protección y los derechos a organización y procedimiento. También respecto de las libertades puede observarse esta estructura compleja. Como vimos, una libertad protegida consiste en la vinculación de una *libertad* no protegida o mera tolerancia y un *derecho* a no interferencia en el ejercicio de esa libertad. A estas posiciones se puede añadir una *competencia* para reclamar ante los tribunales en caso de violación. La suma de estas tres posiciones da lugar a un derecho negativo completo. Si el tipo de protección de la libertad es positivo, entonces la libertad va asociada a un derecho a una acción positiva que haga fácticamente posible lo que es jurídicamente posible. Esa acción positiva puede consistir bien en proteger frente a terceros, mediante un sistema de normas e instituciones de tipo sancionador, bien en algún tipo de prestación. Nada impide que un mismo derecho fundamental incorpore a la libertad jurídica un derecho a acciones positivas y un derecho a acciones negativas.

La configuración completa de cada derecho fundamental es el resultado de un proceso complejo. Siguiendo a Böckenförde¹⁸, podemos decir que la identificación del contenido de los derechos fundamentales, esto es, el conjunto de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, depende la teoría de los derechos fundamentales guíe nuestra interpretación de las normas de derecho fundamental. Böckenförde distingue cinco teorías de los derechos fundamentales: la teoría liberal, la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional y la teoría del Estado social. Así, por ejemplo, la interpretación de la libertad de expresión conforme a una teoría liberal de los derechos fundamentales probablemente configure este derecho como la conjunción de una libertad jurídica y un derecho negativo o derecho de defensa, mientras que una interpretación según una teoría democrática de los derechos incorporará al conjunto de posiciones anterior un derecho a acciones positivas por parte del Estado, puesto que la libertad prensa juega un papel esencial en la formación de una opinión pública informada, que, a su vez, es condición necesaria para garantizar la racionalidad del procedimiento democrático. Nada impide que el intérprete constitucional atribuya a una norma de derecho fundamental diversas posiciones jurídicas que respondan a distintas teorías de los derechos fundamentales.

En todo caso, la configuración completa de los derechos fundamentales y su nivel de protección (cuestión que afecta especialmente a los derechos sociales) no es algo que pueda quedar únicamente sujeto a consideraciones morales o políticas. Los problemas de fundamentación no son los únicos —

¹⁷ Alexy 1997:240.

¹⁸ Böckenförde 1993: 45 y ss..

me atrevería a decir que tampoco los más importantes— problemas con que se enfrentan hoy los derechos humanos.

III. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS

No todo aquello que es deseable y puede ser fundamentado filosóficamente es realizable sin más. La articulación jurídica de los derechos y, en particular, de los derechos sociales está sometida a ciertos límites o condiciones que aquí sólo pueden quedar apuntados.

1. *Límites epistémicos*

Según la célebre frase de De Lolme, «el Parlamento británico [podía] hacerlo todo menos convertir a un hombre en mujer o viceversa». De Lolme estaba doblemente equivocado; lo estaba acerca de la capacidad transformadora del Derecho como instrumento de una voluntad irrestricta, y lo estaba acerca de los límites de lo inconcebible. Es un pensamiento falaz el que atribuye a la *potestas* del Rey, del Parlamento o del Comité Central la capacidad ilimitada para moldear el conjunto de la sociedad conforme a sus designios. Es lo que Renner denominó «decretinismo».

La genealogía de la concepción instrumental del Derecho puede rastrearse al menos a los orígenes del Estado moderno. En la alta Edad Media (s. xi-xiii) se ponen las bases para el nacimiento del Estado, que concentra el poder político y detenta el monopolio de la creación de derecho. Se abandona una concepción del derecho esencialmente consuetudinaria y localista, es decir, un derecho que es el producto de la interacción social y cuyos centros de producción se encuentran descentralizados, para concebir al Derecho como la voluntad del poder político. Este proceso culmina con el concepto de soberanía de Bodino (s. xvi), a partir del cual, el poder político no reconoce ningún otro poder superior.

El proceso se consolida con la expansión del racionalismo a la política. El derecho es ahora *voluntas ratione animata*; surge con ello una ciencia de la legislación que derivaría con la revolución francesa en lo que se ha dado en llamar racionalismo constructivista¹⁹. El primer exponente de este nuevo contexto es Montesquieu quien, aun reconociendo los condicionantes que la naturaleza y los rasgos de cada pueblo suponen para la eficacia y obediencia de las leyes, confía en el ingenio humano para superarlos. Sin embargo, el gran avance en la ciencia de la legislación se produce con Jeremy Bentham. El planteamiento de Bentham va más allá del esquema

¹⁹ Hayek 1978, Cap. I.

simple de mandato-sanción y desarrolla diversas técnicas, a través de estímulos indirectos, incluso la desregularización, para alcanzar fines y estados de cosas valiosos.

La transformación del Estado liberal en Estado social ha significado la participación directa en la configuración de las condiciones de vida de los ciudadanos. El Estado no se limita ya a intervenir para supervisar la aplicación de las reglas del juego; su presencia en casi todas las esferas de la vida ha consolidado la idea de que el orden social es producto de la acción directa de la política y de su instrumento más eficaz, el Derecho.

Las normas de derecho fundamental y, en particular, las normas que reconocen derechos fundamentales sociales, establecen fines y estados de cosas que han de ser alcanzados por el Estado: satisfacción de necesidades primarias o de subsistencia, protección de la salud, educación, etc. Ahora bien, el mero reconocimiento de derechos a acciones positivas frente al Estado no es suficiente. La consecución de los objetivos del Estado social, en especial aquellos de tipo estructural, entre los que podemos incluir la igualdad de oportunidades o un determinado grado de libertad real, no sólo exige un escenario socio-económico determinado (algo sobre lo que volveré más adelante), sino también una intervención racional-teleológica que pueda anticipar los efectos a largo plazo, no siempre previsibles y en ocasiones contraintuitivos, de las políticas públicas. Es bien conocida la crítica libertaria a los efectos contraproducentes del asistencialismo: debilitamiento de la iniciativa económica, perpetuación de las situaciones de marginalidad, pobreza espiritual y, en fin, la desactivación de los mecanismos de responsabilidad individual²⁰. En este sentido, alguien tan poco sospechoso de insensibilidad social como Stuart Mill sostuvo en sus *Principios de Economía Política* que el problema, delicado e importante, era «cómo prestar la mayor cantidad de ayuda necesitada, con el menor estímulo a confiarse en ella».

2. Límites económicos

Se trata aquí del problema de la escasez. La posibilidad de satisfacción de los derechos, y en especial de los derechos sociales, presupone un grado de riqueza que quienes se preocupan únicamente por la fundamentación de los derechos suelen ignorar.

El análisis estructural muestra que no existen diferencias cualitativas entre los llamados derechos de libertad o de participación política, por un lado, y los derechos sociales, por otro; todos los derechos fundamentales

²⁰ Vid. Arias Madonado 2011.

incluyen derechos a prestaciones en sentido amplio (órganos legislativos, judiciales y policiales) y, por tanto, tienen un coste económico más o menos elevado²¹. No obstante, los recursos económicos necesarios para garantizar, hoy por hoy, el derecho a la educación o el derecho a la salud, por no hablar de un supuesto derecho (vinculante, subjetivo y definitivo) a la vivienda, son infinitamente superiores de los que hacen falta para garantizar la libertad de culto o el derecho al honor, aunque circunstancias excepcionales, como la amenaza terrorista, pueden aumentar exponencialmente el coste de la seguridad e integridad físicas.

El problema de la escasez se plantea especialmente con la deriva universalista de los derechos sociales²². Originariamente, los derechos sociales eran derechos específicos, concebidos como derechos de aquellos cuya situación de menesterosidad no les permitía valerse por sí mismos o les condenaba a padecer una desigualdad de oportunidades insuperable. La expansión de la titularidad de los derechos sociales incluso a quienes por su nivel de renta podrían satisfacerlos en el mercado privado de bienes y servicios conducen a la hipertrofia del gasto público y al riesgo de colapso económico del sistema. Asimismo, y en la medida en que la deuda pública a largo plazo constituya un problema intergeneracional, se abre aquí un debate moral de enormes dimensiones.

Hay quienes cuestionan el argumento de la escasez. Niegan que se trate de un problema de eficacia productiva, sino un problema político; esto es, la escasez no hace más que encubrir una determinada distribución de los recursos que somete los objetivos que persiguen los derechos sociales a la voluntad política²³. Ciertamente, cualquier consideración acerca de la escasez parte de un sistema de apropiación y una distribución históricamente dados y, por tanto, modificables, pero tampoco puede obviarse el hecho de que no todo sistema de distribución de la propiedad y de los rendimientos del trabajo es igualmente productivo y genera el mismo nivel de riqueza. Los problemas de una distribución justa de los recursos son importantes, pero «es imprescindible evitar que lo que se distribuya sea la escasez»²⁴.

3. *Límites conceptuales*

La idea de Derecho remite a la idea de conflicto; y no sólo al conflicto social, que el Derecho viene a resolver o a encauzar, entre aquellos que tienen acceso a los medios para alcanzar los fines que la sociedad fija como

²¹ Vid. Ruiz Miguel 1994: 659 y ss.

²² Peces-Barba 1999: 63-4, 2007: 96.

²³ Vid. López Calera 1994: 266; Monereo Atienza 2006: 19.

²⁴ González Amuchastegui 1994: 279.

objetivos de una vida exitosa y aquellos que no tienen acceso a estos medios, sino al conflicto entre los distintos valores y principios morales en que se fundamenta el orden jurídico. Este argumento entronca directamente con la tesis del pluralismo axiológico de Isaiah Berlin, según la cual, la realización de ciertos valores supone, en muchas ocasiones el sacrificio de otros. Que esto signifique que los derechos y bienes constitucionales estén enfrentados entre sí es algo más discutible, aunque es frecuente hablar de «sacrificios justificados» de derechos cuando éstos son limitados por otros derechos. Lo que resulta indiscutible a partir del enfoque de las posiciones jurídicas adoptado más arriba es que toda posición en una relación jurídica tiene una posición correlativa, esto es, todo derecho implica una obligación correlativa. Todos los derechos, y especialmente los derechos a recibir una prestación (en sentido estricto) tienen un coste que el Estado, obligado a satisfacer el derecho, repercute indirectamente a terceros, para lo cual debe reducir o limitar derechos de libertad y de propiedad. Es indiferente que esta relación entre los derechos se aborde desde una perspectiva conflictualista, y se hable de *limitación* de derechos, o desde una perspectiva coherentista, y se hable de *delimitación* de derechos; lo relevante aquí es que la configuración de cada derecho determina la configuración del resto de derechos y ello tiene implicaciones éticas y políticas.

4. Límites políticos

La cuestión de la protección de los derechos sociales presenta una vertiente política que conecta directamente con los límites epistémicos y económicos, planteando problemas de legitimidad. Como vimos, los derechos de protección pueden ser satisfechos mediante diversas acciones o medidas, que pueden presentar un mayor o menor grado de eficacia, una mayor o menor probabilidad de alcanzar el estado de cosas deseable, afectar en mayor o menor medida las probabilidades de éxito de otros objetivos igualmente susceptibles de protección, etc. La toma de decisiones en condiciones de información limitada implica un margen de error inevitable, pero ¿a quién corresponde el pronóstico y la valoración acerca de los medios de protección? El segundo problema tiene aún mayor relevancia y expresa en toda su intensidad la tensión entre el poder constituyente y el poder legislativo. Dado el indudable impacto presupuestario de los derechos a prestaciones en sentido estricto, que constituyen el núcleo de la mayoría de los derechos sociales, ¿a quién corresponde determinar el grado de protección? La tentación de residenciar en sede constitucional las decisiones acerca la protección de los derechos sociales para sustraerlos de las contingencias del juego democrático no sólo plantea problemas de legitimidad política, sino que parece ignorar todo cuanto se ha dicho anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARIAS MALDONADO, M. «La utopía de la sociedad sin impuestos», *Revista de Occidente* núm. 361, 2011: 55-76.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid: Debate, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos, 1993.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. «Derechos humanos y escasez: entre la economía y la moral», en SAUCA, J. M.^a (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: BOE/Universidad Carlos III de Madrid, (1994): 273-284.
- HAYEK, F. *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and The History of Ideas*, London, Melbourne and Henley: Routledge & Kegan Paul, 1978.
- HART, H. L. A. *Essays on Bentham*, Oxford: Clarendon Press, 1982.
- HIERRO, L. L. «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en V.V.A.A. *Derechos sociales y ponderación* (edición a cargo de Ricardo García Manrique), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007: 163-222.
- HOHFELD, W. N. «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», *The Yale Journal* vol. 23, No. 1, 1913: 16-59.
- LÓPEZ CALERA, N. «Escasez y cambio de modelos», en SAUCA, J. M.^a (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: BOE/Universidad Carlos III de Madrid, 1994: 265-271.
- MONEREO ATIENZA, C. «Una teoría de los derechos sociales es posible», en PISARELLO, G. / VALIÑO, V. (coords.), *Herramientas para la defensa de los DESC. Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Barcelona: Observatori DESC, 2006: 9-27.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid: BOE/Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- «Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto», en Id. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía jurídica y política)*, Madrid: Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid, 1999: 7-66.
- «Reflexiones sobre los derechos sociales», en GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007: 85-101.
- RUIZ MIGUEL, A. «Derechos liberales y derechos sociales», *Doxa* 15-16, 1994: 651-674.
- SEARLE, J. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luís Valdés Villanueva), Madrid: Cátedra, 1980.
- VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. Pedro García Ferrero), Madrid: Tecnos, 1979.

LA CRISIS Y SUS RETOS PARA LA DEMOCRACIA. ¿HACIA UN NUEVO CONTRATO POLÍTICO Y SOCIAL?*

*The crisis and its challenges for democracy.
Towards a new political and social contract?*

Rafael Rubio Núñez
Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid
rafa.rubio@cepc.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp215-233](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp215-233)

Recibido: 17.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Ante la percepción generalizada de crisis, y la interrelación entre sus distintos planos, se plantea la hipótesis de una crisis de origen únicamente económica, con una réplica o traslado al ámbito social y político.

Por otro lado, están aquellos que señalan que cada plano requiere de soluciones diferentes, y que soluciones económicas no llevan necesariamente a un fortalecimiento de la democracia, como se puede observar en un número creciente de países en los que la libertad de mercado, y sus buenos resultados conviven con regímenes autoritarios.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Rubio Núñez, Rafael. 2018. «La crisis y sus retos para la democracia. ¿Hacia un nuevo contrato político y social?». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 215-233. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp215-233](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp215-233).

Transcripción revisada de la ponencia pronunciada en el III Congreso Científico sobre el Derecho en Filipinas & España. La globalización y el estado social: debates constitucionales actuales en Europa y Asia. Universidad de Málaga, Mayo, 2017.

Este trabajo se centrará en el aspecto institucional, y concretamente, en la democracia. Así, se acabará concluyendo sobre los peligros de poner en la reforma constitucional las expectativas de solución de problemas económicos y sociales, y sobre la necesidad de trabajar para que se den condiciones que hagan posible la reforma.

Palabras clave

Crisis económica; crisis social; crisis política; crisis institucional; reforma constitucional.

Abstract

Given the general perception of crisis, and the interrelation between its different levels, the hypothesis of a crisis of solely economic origin is posed, with a replication or transfer to the social and political sphere.

On the other hand there are those who point out that each plane requires different solutions, and that economic solutions do not necessarily lead to a strengthening of democracy, as can be seen in a growing number of countries in which market freedom, and its good results coexist with authoritarian regimes.

This work will focus on the institutional aspect, and specifically, on democracy. Thus, it will end up concluding how the reform of the Constitution is not the solution of all social problems.

Keywords

Economic crisis; social crisis; political crisis; institutional crisis; constitutional reform.

SUMARIO: I. LA NORMALIDAD DE LA CRISIS. II. CRISIS ECONÓMICA Y CRISIS SOCIAL. III. LA CRISIS POLÍTICA E INSTITUCIONAL. IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y OTRAS RESPUESTAS A LAS CRISIS.

I. LA NORMALIDAD DE LA CRISIS

Nuestra época está dominada por el concepto de crisis. Las noticias diarias están llenas de referencias a la misma, crisis económica, crisis de las instituciones, crisis de las familias, crisis de los emigrantes... No se sabe si es una consecuencia de una época en la que la información tiene algo de espectáculo o que realmente la inestabilidad se ha convertido en un componente inevitable de nuestra sociedad. La vida política es, en gran medida, una gestión continua de crisis.

Aunque es habitual acogerse a la versión china de la palabra crisis (Wei Ji), que señala ésta como una mezcla entre peligro y oportunidad, deberíamos mirar con más frecuencia al origen griego (de la palabra), el verbo derivado del griego *krísis* ‘decisión’, del verbo *kríno* ‘yo decido, separo, juzgo’ que apunta a investigar, valorar, juzgar, y decidir. Esta versión de la crisis nos sitúa en un tiempo de reflexión, un replanteamiento ante el tópico «cambio de paradigma» donde valorar lo esencial y construir sobre ello.

Aunque seguimos tan metidos de lleno en ella que para algunos podemos hablar de una crisis crónica, con la perspectiva que da el tiempo podemos decir que lo que empezó como una profunda crisis económica (que se manifestó en el año 2008), se ha trasladado a la vida social, en lo que algunos han denominado como la ruptura del contrato social por el que más allá de la crisis, se produce la ruptura de algunas de las garantías sociales que teníamos asumidas como permanentes. Esta crisis social no diagnosticada se traslada como consecuencia de esa ausencia de diagnóstico a la vida política, primero como una crisis de liderazgos (que se marchen todos), y después como una crisis de las instituciones, incluido el propio concepto de democracia, llegando a cuestionar algo que desde la caída del muro, se consideraba parte intrínseca del «fin de la historia» tal y como lo definió Fukuyama (2015). Hoy es el propio autor norteamericano el que señala como estamos asistiendo al desmantelamiento de los pilares de la democracia liberal incluso por parte de líderes elegidos democráticamente¹.

Este proceso de contagio no nos puede llevar a la confusión de planos. Aunque es indudable que están relacionados entre sí, no podemos obviar que

¹ Citado en Goodman, P. The Post-World War II Order is under assault from the powers that built it. The New York Times, 26.3.2018

por tener causas diferentes, tienen también soluciones diferentes. Es por esto por lo que no podemos creer que una vez resuelta la crisis económica, ese efecto contagio propagará, sin más decisión que la espera o la mera contemplación, la solución entre las otras. Y aunque algunos creen que la crisis económica no es más que un paréntesis temporal en la historia del progreso que, desde finales del siglo XX, se intuía eterno, fruto de una ley histórica que no era tal, nosotros pensamos que estamos ante una crisis social de raíces más profundas, tanto que, como hemos visto, afecta al plano político e institucional y ante la que es necesario articular soluciones específicas en cada una de sus manifestaciones, de ahí que las analicemos de manera diferenciada.

Siguiendo con la metáfora médica, y con los impresionantes avances en este campo de los últimos años, podemos ver cómo, aunque esté aumentando la esperanza de vida, surgen nuevos problemas sanitarios que antes no existían. Mientras los datos muestran que nunca la humanidad experimentó tantos progresos vivimos una crisis, de envejecimiento o de madurez, que genera ciertos desajustes concentrados en determinadas partes de nuestro cuerpo social.

II. CRISIS ECONÓMICA Y CRISIS SOCIAL

En el año 2008 se inicia un periodo continuado de recesión económica que afecta de manera determinante al empleo, al cierre de empresas, así como a la reducción del consumo y la inversión. Lo que comenzó como una crisis financiera con la caída de los grandes bancos inversionistas estadounidenses, como consecuencia de su exposición a las hipotecas subprime, acabó arrasando a los gobiernos, que consideraron necesario rescatar estas entidades para evitar una crisis mayor, generando con ello una crisis de deuda. La respuesta de los gobiernos ante este trance económico, centrada en fuertes medidas de austeridad, dio origen a amplias contestaciones sociales y a un aumento de la pobreza generalizada en gran cantidad de países del mundo.

Este periodo abarcó desde 2008 hasta 2014, año en el que comenzaron a vislumbrarse ciertos visos de mejora en algunos indicadores macroeconómicos. Este sexenio ha quedado ya sellado bajo el marbete de «los años de la crisis» o «la gran recesión». A lo largo de ese tiempo, hubo disparidad en los análisis. Unos consideraron que la salida de la crisis se produciría en forma de *L*: una primera cauterización de la herida y, luego, estabilizándose la situación en valores post-crisis. Otros llevaban sus apreciaciones al fin del crecimiento progresivo y la llegada de un período de estabilidad de niveles similares a los que existían previos a la crisis. Finalmente, los menos, sostuvieron que la recesión, en el fondo, no era más que un paréntesis en el crecimiento económico que se había vivido durante el siglo anterior, y que se cerraría con una vuelta al desarrollo vivido antes del 2008. Como suele

sucedier, la realidad no tomó al pie de la letra ninguna de las tres teorías, sino que en ella se entremezclaron la segunda y la tercera de las consideraciones anteriores. Desde 2014 observamos cómo los índices van poco a poco escalando hasta los niveles previos a 2008 –claro ejemplo de esto es España, en el que el PIB por habitante ha vuelto a niveles de 2004. Si observamos, abierto el foco todo lo que podamos, otras realidades que quizá nos puedan resultar lejanas, nos damos cuenta de cómo de 2005 hasta 2016, los niveles de pobreza extrema se han ido reduciendo hasta la mitad, a la vez que la esperanza de vida aumentaba en más de tres años. Y es sobre esta base sobre la que creemos poder sostener que, en cualquiera de los escenarios de la crisis, los datos económicos apuntan a una tendencia creciente: vivimos más y vivimos «mejor».

Vivimos más. Basta con tomar los datos que la Organización Mundial (OMS) de la Salud y el Banco Mundial ofrecía relativos a 1960. Uno de cada cinco niños moría antes de cumplir cinco años; hoy sobreviven 19 de cada 20. Junto con esto, la esperanza de vida ha visto prolongarse de manera generalizada, al igual que de manera generalizada se han ido reduciendo las guerras y conflictos armados. Esto nos lleva a considerar desde una perspectiva ciertamente confiada lo que Harari (2015) señala: la violencia retrocede. No podemos eludir, a la hora de considerar esto, que alrededor del 15 por ciento de las muertes durante el siglo XX se producían en sociedades agrícolas, pese al sangrante brío con que unas modernizadas armas se pusieron a prueba en dos guerras mundiales o al empleo taimado que del napalm se hizo en la guerra de Vietnam. Sin embargo, tanto los dos grandes conflictos y el enfrentamiento entre las tropas norteamericanas y la guerrilla del Vietcong, «sólo» provocaron el 5 por ciento de la mortandad total de la centuria. Hoy, la guerra es la causa «sólo» de un 1 por ciento de la mortalidad global.

Podríamos habernos contentado con esto. Hacer nuestro lo que Benavente puso en boca del rey Danisar: «Yo podría ser el último paria de mi reino, un leproso abandonado por todos, sin recuerdo y sin esperanza de goce alguno, y aún quisiera vivir»². Sin embargo, ni parias, ni leprosos, vivimos más y vivimos mejor.

En 1980 todavía el 44% de las personas eran analfabetas. En medios de medio siglo, el analfabetismo se ha reducido como nunca antes en la Historia: «sólo» el 15 por ciento de las personas no saben ni leer ni escribir. Tal vertiginoso descenso se ha vivido también en los índices de pobreza, que de manera general, se ha reducido en todos los hemisferios del mundo³. Una cuarta parte de cuantas personas vivían en los límites más extremos de la

² Benavente, Jacinto. Obras completas. VI, Madrid, Aguilar, 1946.

³ Informe del Banco Mundial citado por Sandro Pozzi en El País disponible en: https://elpais.com/economia/2015/10/04/actualidad/1443971491_051176.html

pobreza en la década de los 80, hoy han salido de ella. China, India y otros países han visto cómo millones de personas han logrado abandonar la supervivencia para poder darse a la vivencia. En el sur de Asia la sufrían el 50% de las personas; hoy la sufren 15%. En el este de aquel continente y el Pacífico, la situación era aún más lacerante: un 80% de las personas vivía en la extrema pobreza; es decir: cuatro de cada cinco. Hoy apenas el 3,5%. En China también han pasado del 90% al 10%. En 40 años se ha producido la mayor reducción de la pobreza de la historia. La evolución, la mejora, resulta evidente —aunque no por ser el porcentaje menor que hace unos años, deja de requerir nuestra atención y nuestra acción.

Pero no por evidente está esta dinámica libre de críticas, algunas de ellas bien pertrechadas de argumentos. La más habitual, y la que más argumentos esgrime en su favor, es la que insiste en que este hondo cambio en la economía, junto con el crecimiento, ha aumentado también las diferencias, ahondado en la desigualdad entre unos y otros. Este crecimiento de las desemejanzas, puede observarse al atender a la falta de correlación entre el aumento de la productividad, que en los últimos 50 años se ha disparado hasta multiplicarse en un 200%, y las rentas del trabajo, que no han vivido un incremento ni tan siquiera parecido; antes bien, se han congelado. Algo similar puede verse si fijamos la vista en la pérdida de empleos en algunos sectores, que la Organización Internacional del Trabajo estimó en más de 9 millones en todo el mundo, en un informe previo al final de la crisis (2010); mientras que otro más reciente, elaborado por EY en el año 2015, cifró tal pérdida en 3,8 millones en la eurozona. Pese a esto, y aun a riesgo de que pueda parecer contradictorio, muchos de estos índices globales señalan que el progreso vivido se ha acentuado especialmente en los países pobres, lo que conlleva una reducción global de la desigualdad y sustenta mi afirmación preliminar: vivimos mejor. Ello no quiere decir que las diferencias entre ricos y pobres no sigan siendo en muchos casos abismales; aunque tampoco puede obviarse que incluso en esos índices, que a menudo muestran unos inmensos márgenes de desigualdad, también se estén reduciendo. Al menos, cuatro puntos de 69 a 65 puntos entre 2003 y 2013 (Hellebrandt, Mauro: 2015). Por esto no resulta un gesto onírico anotar aquí lo que ha señalado Norberg (2017): que la desigualdad global ha caído por primera vez en la historia económica.

Tal orden de la situación hace que quede subrayado el hecho de que el crecimiento económico lleva aparejado un aumento de la riqueza de unos, sin condenar a la pobreza a otros (Milanovic, 2012). Es decir: el aumento de la riqueza de unos no se logra a costa de ahondar en la pobreza de otros. Además, más allá de los índices económicos, la generalización de las prestaciones sociales, como la educación y la sanidad, y su mejora continua, nos permiten hablar claramente de una igualdad superior a la de otros tiempos. Pero para ser completamente fieles a la realidad, deberíamos añadir que a ese

retroceso de la pobreza, a ese aumento de la riqueza en países pobres, a esa salida de millones de personas de extremos paupérrimos, hay que añadirle una tendencia desarrollada en países ricos como Estados Unidos, Alemania, Suecia o España; una tendencia hacia la concentración de la riqueza nacional y al aumento de las diferencias.

Ante la contemplación de esta escena global, al considerar los datos, podríamos concluir, por muy paradójico que pueda resultar, que en términos absolutos no es la desigualdad en sí lo que genera malestar social, sino su percepción. Y es por esto por lo que podemos decir que las consecuencias más graves de la crisis económica son las que afectan a la sociedad e inciden en sus creencias básicas, especialmente en su confianza y sus perspectivas de futuro.

Y aunque autores como Pinker (2018), en base a lo que hemos visto hasta aquí, remarcan la reducción global de la desigualdad y preconizan la concentración de esfuerzos y atenciones en la reducción de la pobreza, la realidad es que la percepción social de la desigualdad está generando consecuencias y afectaciones en la vida política y en la valoración de la democracia. Porque argumentos como los que esgrime Pinker adolecen de perspectiva; lo hacen por no tener en cuenta aspectos esenciales del comportamiento humano que, sin responder a un patrón racional, tienen un gran impacto social. Algo que como nos indican Guemes y Brugué (2017), desde Myrdal, North, Sen o Stiglitz, se está superando incluso entre los mismos economistas, que están ya incluyendo en sus análisis los factores no económicos. Y es que la reacción social que genera la desigualdad no tendría que ver tanto con un frío cálculo material de índices macroeconómicos, sino con una profunda sensación de injusticia.

Aunque las causas no se reducen a esto. Contribuye a tal sensación el despliegue de una visión a corto plazo que ha acabado por generar una falta de perspectiva, centrada en el presente, dejando a un lado los elementos que ofrecen una visión más amplia de una situación que, como hemos visto y a pesar del bache, como otros ya vividos en el siglo anterior, puede considerarse de progresión sostenida.

«El pasado es un prólogo», escribió Shakespeare. No leerlo, no recordarlo, perder conciencia de que existió y de que de una forma o de otra nos ha configurado, acaba llevando a desarraigar el presente y a desvestir la realidad de unidad, de trama. Una pérdida que no es en abstracto, sino que se vuelve concreta cuando se extravía el sentido y la dirección de los actos propios; cuando por ella, se acaba claudicando del afán de proyectarse hacia el futuro, personal, social y político, sepultando todo tiempo y toda visión que no sea la del hoy inmediato. Y si la realidad es un «ya» palpitante, a duras penas puede mantenerse una visión global, dotada de perspectiva histórica, capaz de sobrevivir al constante goteo de noticias negativas, cuando no escasas, que subrayan la anormalidad hasta alzarla, paradójicamente, hasta el

púlpito de lo cotidiano, aunque tal ascenso en nada se adecue con la realidad estadística. Ante lo cual, la reacción tampoco puede ser una visión nostálgica del pasado, que tiende a idealizarlo, contribuyendo, igualmente, a consolidar percepciones que no se corresponden con los datos. Para muestra, un botón: un estudio del Instituto *Motivaction* señala el 87% de la población mundial cree que, pese a los datos ya señalados, en los últimos 20 años, la pobreza global ha permanecido igual o ha empeorado⁴.

A esto, hemos de añadir otra realidad que, a nuestro juicio, no puede ser olvidada: el acceso a la información. Su generalización ha transformado la sociedad, permutándola hacia visiones más críticas y menos tolerantes frente a los errores e injusticias del sistema. De hecho, ya hay quienes señalan entre las causas de que tales percepciones se generalicen, la incapacidad de respuesta ante los cambios tan profundos que la disrupción tecnológica en el ámbito de las TIC ha generado. Entre quienes ya lo han hecho está Manuel Castells (2006), sociólogo referencia en el mundo de la sociedad de la información y en el impacto de la tecnología en la sociedad, que lo hacía de una forma provocadora: «La revolución tecnológica centrada en torno a la información ha transformado nuestro modo de pensar, de producir, de consumir, de comerciar, de gestionar, de comunicar, de vivir, de hacer la guerra y de hacer el amor». De manera bastante gráfica, pone de manifiesto hasta qué punto la sociedad está cambiando la forma de percibir la realidad y sus valores.

Existe un desajuste entre lo material y lo simbólico. Mientras que lo material –el sistema económico y político– avanza con paso flemático, lo simbólico –la cultura de la sociedad– lo hace con vértigo. Pero tal desbarajuste podría ser asumible, si no se le sumaran las dificultades de lo material, no ya para adaptarse, sino para alcanzar cierto entendimiento con lo simbólico. Así, la incertidumbre, el pesimismo y el miedo aumentan, hasta parecer que se firmara el epitafio de la teoría del progreso eterno y en gran medida del «sueño americano» y con esto, la sensación, que los hechos no corroboran, de que las cosas son peor que hace 50 años pero mejor que en el futuro. Ante lo cual, no cabe sorpresa si el miedo al fracaso avanza con pasos de gigante.

El Papa Francisco ha fijado un marbete para esta percepción generalizada: «la época de la desconfianza», que no existe de manera solitaria, sino que lo hace acompañada de una caída de la «esperanza firme que se tiene de alguien o algo». La desconfianza se convierte así en el indicador principal de la crisis social y alimenta estados de desidia y dispersión.

Esta confianza en el plano simbólico se asociaría a elementos como el optimismo, la satisfacción con la vida o a cómo se visualiza el futuro. Hoy,

⁴ Mencionado por Kiko Llaneras en *Las Paradojas del Progreso: Datos para el optimismo*. disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/12/29/actualidad/1483020328_085937.html

cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) pregunta qué se considera una vida mejor, las respuestas tienen muy poco que ver con las que se daban hace 15 años. Hablamos de elementos como el ingreso familiar disponible, la brecha entre ricos y pobres, el empleo remunerado, las horas de trabajo al año, el nivel educativo, la equidad escolar, la esperanza de vida, la confianza social y la confianza política. Los valores sociales, lo que la sociedad pide al Estado y lo que la sociedad se pide a sí misma están cambiando de una manera rápida, y las instituciones y la economía no están siendo capaces de dar una respuesta. Ahí está el gran reto, porque los términos de efectividad con los que habitualmente pensábamos que se medía el trabajo de los gobiernos pasan a ser medidos por otros parámetros.

Este malestar tiene consecuencias políticas. Si el mundo va a peor para mejorarlo será necesario un cambio de los actores políticos o incluso del sistema. De ahí que junto a esta crisis de confianza simbólica se produzca una crisis en el plano racional, centrada en los lazos entre grupos y personas –confianza social– o en las organizaciones, –confianza institucional–. El problema es que ambas se suelen presentar de manera conjunta y sin una distinción clara de tal modo que unas expectativas no realizadas acaban provocando una falta de confianza en las organizaciones y las instituciones, la política y la democracia.

III. CRISIS POLÍTICA Y CRISIS INSTITUCIONAL

La crisis política no es tanto una pérdida de relevancia –eso sería una crisis más manejable–, sino algo más profundo: una pérdida de confianza. La crisis de confianza simbólica, marcada con un fuerte componente antielitista, afecta directamente a la política y tras la política, y por un efecto contagio o dominó, la confianza institucional acaba por resentirse, cuando menos.

En lo que se refiere a los políticos, esta quiebra de la certidumbre, tiene consecuencias claras en el plano electoral: ante la rotura de expectativas puestas en los políticos, aumenta el voto a partidos antisistema, que aprovechando el clima de crisis económica y social, señalan a la clase política, rotulándola como la causante y la culpable de la situación y se postulan como solución alternativa, naciente del rechazo a todo lo anterior. Algo que algunos analistas denominan «los bárbaros en las puertas de la ciudad» y que José Jiménez Lozano describió con maestría literaria⁵.

Entendemos la confianza en las instituciones como la creencia del ciudadano acerca de que las instituciones políticas cumplen su función correctamente. De

⁵ Jiménez Lozano, J. Los comedores de higos. 4/4/2004. ABC Disponible en: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-04-04-2004/abc/Opinion/los-comedores-de-higos_962802893176.html

este modo la confianza sería el resultado de la concepción de cada institución como digna, creíble, competente, transparente y eficiente (Levi y Stoker 2000). Mientras que la desconfianza sería la percepción de que las instituciones no cumplen debidamente con su papel, lo cual hace que aparezcan como poco creíbles y poco competentes, opacas y no eficientes. Y es esta la percepción que ha ido aumentando consistentemente entre los ciudadanos de las democracias occidentales (Pharr et al., 2000; Newton, 2006; Torcal, 2014), es una pieza clave del funcionamiento del sistema político ya que, como nos recuerdan Guemes y Brugué (2017):

«La confianza en las instituciones de gobierno constituye una medida de apoyo difuso al sistema (Easton, 2006), que favorecen un mayor cumplimiento voluntario de la ley, pago de impuestos y un refuerzo de la legitimidad y los valores del sistema democrático; robustece la capacidad de los gobiernos de diseñar e implementar eficazmente la legislación y las políticas públicas, lo que repercute en un mejor diseño y una mayor eficacia de las políticas públicas (Evans, 1996, 2003; Levi y Stoker, 2000); favorece un mayor activismo o involucramiento en formas de participación política (membresía en partidos, sindicatos y gremios empresarios) y cívica (participación en asociaciones voluntarias convencionales), reforzando las responsabilidades ciudadanas (Norris, 1999); y favorece la adopción de reformas, sobre todo estructurales, cuyos beneficios solo se verán a largo plazo, y es fundamental en situaciones críticas, como los desastres naturales y las crisis económicas o políticas (OCDE, 2013).»

A esto se unen dos dinámicas crecientes: el aumento de demandas materiales de la sociedad, que asumiendo como natural la obligación del Estado de proveer las necesidades básicas de los ciudadanos, ha ido aumentando sus exigencias y el cuestionamiento de la capacidad del Estado para ser el intérprete solitario del interés general. La sociedad reclama. Y en su reclamación exige jugar un papel en la interpretación del interés general, a lo que contribuye, además, la disolución de las jerarquías y que el micropoder del que habla Moisés Naím (2013), específicamente el micropoder político, no tiene suficiente fuerza para sacar adelante sus proyectos por sí sólo. Esto supone un cambio esencial, y en cierta manera paradójico, porque al tiempo que se han asumido las obligaciones del Estado cada vez más exigentes, se va abriendo paso la idea de que el bien común es responsabilidad de todos.

En este cambio, el bien común deja de ser algo que el Estado nos tiene que dar, y ante el cual nosotros somos meros consumidores de servicios proporcionados, para convertirnos en partícipes de algo que es responsabilidad de todos, y que entre todos tenemos que construir. El cómo es lo de menos. Ya se verá si es a través de servicios, de ayuda, de una serie de plataformas de colaboración público-privada o a través, incluso, de que empresas privadas o asociaciones de la sociedad civil asuman responsabilidades que

tradicionalmente estaban en lo público. De una forma u otra, la sociedad asume el bien común como responsabilidad de todos.

Y esta asunción de un valor tal como el bien común, tiene su traducción en el Estado, en concreto, en tres principios básicos que el presidente Obama consagró en 2009 en el «Memorándum de Transparencia y Gobierno Abierto»: la transparencia, la colaboración y la participación.

La eficiencia deja de ser la exigencia principal hacia las organizaciones: nuevas demandas de mejor gobernanza van surgiendo. La sociedad pide a las entidades que sean capaces de gestionar sus asuntos económicos, políticos y sociales de una manera ejemplar, no sólo eficaz. Además estas reclamaciones se hacen extensivas a las empresas privadas, obligadas a asumir políticas de transparencia, de relación con accionistas y empleados o con el resto de la sociedad, a través de sus políticas de responsabilidad social corporativa. La gobernanza ha dejado de ser un elemento público para convertirse en un elemento que afecta a cualquier institución que desempeña su labor en la sociedad.

El Estado de bienestar es sustituido por la sociedad de bienestar, como evolución del mismo, en el que ningún actor puede alcanzar por sí solo sus objetivos. Las políticas públicas, en general, no son desempeñadas en exclusiva por el Estado, sino por una red de actores, donde el bien común es una zona gris que se va agrandando y las empresas y la sociedad civil adoptan y van asumiendo cada vez más responsabilidades.

Esta situación de crisis afecta a los actores políticos, ciudadanos, organizaciones políticas e instituciones. Si tuviéramos que anticipar los elementos característicos de la ciudadanía actual podríamos referirnos a su carácter activo y netamente político, una combinación desigual entre la propuesta y la protesta compatible con un ánimo de cambio en el *status quo*, un componente transversal tecnológico, que afecta de manera determinante a las formas de acción política y a su impacto social, y un componente cosmopolita, de respuesta a problemas de relevancia global, empezando por el ámbito local.

Además, su sociabilidad, siguiendo la lógica de las redes sociales, tiene su base en el individualismo, especialmente entre los más jóvenes –la generación yo– que ha cambiado su forma de relacionarse con los demás, en la que la autorrealización, la solidaridad y acción social para sentirnos mejor y que se vea, se ha convertido en el principal incentivo de participación política. La promesa de pertenecer ha sido sustituida por la promesa de ser conocido –no comprendido, no necesariamente ni siquiera valorado-, pero simplemente reconocido y visto. La imagen cuenta más que lo que hacemos y queremos alcanzar muchos hitos sin esfuerzo. Este individualismo peca de falta de empatía, y se aferra a la retórica de los derechos (derecho a casi todo), mientras se resisten a asumir sus responsabilidades, fomentando una cultura de agravio permanente.

Poco amigo del compromiso a largo plazo su compromiso social se articula en torno a la consecución de objetivos concretos, que se pueden defender de una forma sencilla, uniéndose a otros para lograrlo y con herramientas para hacerlo al alcance de su mano.

Desde el punto de vista informativo, se alimenta de una información que ha dejado de ser un bien escaso para convertirse en un bien de consumo sobreabundante, al que nos encontramos expuestos a través de la publicidad, internet y la televisión. Hoy sobra la información, lo que hace imperativo organizarla para que sea útil y productiva y facilite el diálogo y la colaboración en la elaboración, aprobación e implementación de la política, evitando las mentiras, la verdad a la carta, y tratando de limitar el sesgo de emisores y receptores⁶. El exceso informativo genera una necesidad por la novedad, por la última noticia, que los medios tratan de satisfacer, en pro de aumentar su audiencia lo que provoca que la información se emita y se consuma fundamentalmente en el corto plazo, y muchas veces sin contrastar. Esto fomenta la superficialidad y la simplificación de problemas complejos, en el debate político.

Esta dependencia de lo inmediato, en lo político, vuelve al ciudadano vulnerable, a pesar del acceso ilimitado a la información, y mucho más influenciado por la presión de un enjambre digital que amenaza la independencia de juicio y provoca un *efecto rebaño* que disuade las voces u opiniones disidentes.

La nueva política no entiende la política como algo puramente racional sino que cuenta activamente con los afectos. Existe una tendencia a la exaltación del sentimiento, desarrollado una tendencia a la acción sin pensamiento, con gran osadía y sin medir las consecuencias. «Una nueva forma de «saber» no tanto basada en procesos de razonamiento y discusión pública/científica rigurosa y ordenada, sino de propagación y réplica de «hechos» afines a causas ideológicas e intereses concretos.» (Lynch:2016), disfrutando, como apuntaba JF Kennedy del confort de la propia opinión sin las incomodidades del pensamiento⁷.

Paradójicamente el narcisismo político, permanentemente pendiente de la opinión de los demás, no acepta como legítimas sus opiniones⁸. Y, en ese contexto, un argumento distinto no invita al diálogo, a la conversación, entendida como deliberación constructiva sino que fomenta lo que Martínez

⁶ Una visión más amplia de este punto puede encontrarse en Rubio, Rafael. Posdemocracia. Revista Telos. Disponible en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/posdemocracia-posverdad-democracia/>

⁷ JF Kenedy, Yale University Commencement June 11, 1962.

⁸ Brooks, D. The Unity illusion, TNYT. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/06/10/opinion/the-unity-illusion.html>

Bascuñana ha llamado el *narcisismo de la opinión*⁹ que entiende la discrepancia en términos personales, y responde aumentando el nivel de agresividad. Además este narcisismo va aumentando con el comportamiento narcisista.

En el plano organizativo también observamos importantes cambios: Frente al «narcótico más poderoso del mundo, la promesa de pertenecer» (Lasn, 1999), el carácter individualista ya mencionado produce la reducción del peso de la identidad, apareciendo organizaciones con identidades colectivas que ponen en cuestión el papel agregador de organizaciones como los partidos políticos, u otras ONGs generalistas basadas en el sentido de pertenencia de sus miembros. Esta capacidad agregadora, que habitualmente tenía una carga ideológica, es sustituida por la consecución de intereses (de carácter local o global), facilitando la multimilitancia, no asociada a una identidad sino a un perfil líquido, en el que caben además diferentes maneras de militar desde el hiperactivista al voyeur. Surgen así comunidades de acción política informal basadas en compromisos políticos personalizado y mediatizado digitalmente.

La reducción de costes de organización, y la disminución de las barreras para la acción política colectiva permiten una mayor flexibilidad de las organizaciones, que pueden adaptarse a las necesidades de sus colaboradores, y desde el respeto a sus capacidades y a la autonomía individual, pueden centrar sus esfuerzos en potenciar estas capacidades individuales a través de incentivos e instrumentos de coordinación, lejos de los mecanismos de control o sanción habituales en las organizaciones tradicionales.

Estas circunstancias modifican el papel de las organizaciones tradicionales que pasan de ser organizaciones con una identidad fuerte, basadas en el sentido de pertenencia, y con una estructura jerárquica a organizaciones plataforma (*hub*) de las comunidades de intereses, escenarios donde los individuos construyen sus experiencias colectivas. Sus prioridades organizacionales cambian centrándose en definir los objetivos, aportar coordinación y motivación, ofrecer herramientas que hagan más útil y eficaz el trabajo de sus miembros... (Benkler, 2011). La organización se construye como una comunidad con la colaboración indispensable de la tecnología.

El activismo exige construcción colectiva pero las organizaciones políticas son cada vez más líquidas y se construyen de relaciones de compromiso variable, lejos de estructuras estables, renovándose y reconfigurándose a diario como organización política o movimiento en función de las actividades de sus miembros, con la dificultad de mantener entidades con elementos comunes que vayan más allá de la suma de las acciones aisladas de los actores involucrados

⁹ Martínez Bascuñan, M. Redes antiliberales. El País. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/10/07/opinion/1475862048_692704.html

Estos cambios en la organización política pueden tener consecuencias en el actual sistema representativo y en los mecanismos formales de participación, estructurados en torno a organizaciones consolidadas y en los que es difícil introducir organizaciones líquidas que en ocasiones carecen incluso de personalidad jurídica. Frente a lo que pudiera parecer la acción política se convierte en un concepto muy exigente, y sólo para minorías políticamente activas. Mientras que la inmensa mayoría se moviliza solo en situaciones de excepcionalidad, volviendo a la pasividad una vez normalizada la circunstancia que provocó la movilización.

El neoactivismo, convertido en un movimiento pulsional intenso, basado en actividades concretas, y banderas de intereses específicas que carecen de modelo e ideología y se retroalimentan, provoca la fragmentación de las políticas públicas, y su consiguiente polarización, con la dificultad añadida para definir el bien común. Además se corre el peligro de sobrerrepresentar a las minorías movilizadas frente a las mayorías silenciosas, que suelen presentar posiciones más extremas provocando que grupos con menos capacidad o acceso no puedan defender sus intereses y posiciones. Otro riesgo es el de la desafección hacia la sociedad civil tradicional, representada por ONGs, sindicatos, colegios profesionales, que, como consecuencia de la crisis de intermediación, están teniendo dificultades para ofrecer alternativas y poder mantener ese capital social imprescindible para la supervivencia de un estado democrático.

Estos cambios afectan también a la vida política, propiciando políticos de la posverdad. Estos «post-truth politicians»¹⁰ parecen observar con perplejidad la crisis y ofrecen sus respuestas en función de los diversos planos de la misma en función de su propio posicionamiento político, pero muestran, por lo general, cierta incapacidad para entender el problema. Además operan dentro de una realidad paralela retroalimentada por las redes sociales y unos medios de comunicación disminuidos debido a la fragmentación de la conversación y una situación económica inestable, que les terminan convirtiendo –pensamos que involuntariamente– en extensiones de un reality, o de un programa del corazón.

Esto provoca una desilusión inicial que se traduce en una desconfianza sistemática hacia la política, que, salvo contadas excepciones, afecta casi por igual a políticos, partidos e instituciones democráticas. Todo esto termina generando la decepción con el sistema representativo. Como señalaba Sartori: «las instituciones representativas nos decepcionan, sin duda; pero estos fallos son en gran medida reflejo de nuestro propio desconocimiento de lo

¹⁰ Jonathan Freedland. Don't call it post-truth. There's a simpler word: lies. The Guardian Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/dec/16/not-post-truth-simpler-words-lies-aleppo-trump-mainstream>

que la representación debe y puede hacer y, en contraposición, no puede hacer» (1999, pág. 2).

En este contexto surgen políticos que hacen de la antipolítica su seña de identidad, y adoptan estrategias de conquista del poder, basadas en aprovechar estas crisis, en sus distintos planos, para alimentar la desconfianza y dividir la sociedad entre la gente «normal» y unas élites que habrían monopolizado política, negocios, cultura.... Adoptando un discurso que contagia a otras fuerzas políticas, que se siente obligadas a adoptar los mismos mecanismos para mantenerse o alcanzar el poder.

Estas posiciones políticas tienen una serie de componentes antiliberales. Cuestiona la ilustración, la capacidad de alcanzar verdades objetivas y la libertad individual. Cuestiona la legitimidad del sistema de representación, de los procesos que nos llevan a las instituciones y, en el nombre del pueblo y el principio democrático, ponen aún más en peligro la democracia.

Como decía De Vega (2017) la democracia liberal se mueve siempre en el equilibrio entre el principio democrático, el poder de la gente, y el principio liberal, la protección de los individuos de la tiranía de la mayoría a través de la división de poderes y el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Durante la segunda mitad del siglo XX ambos aspectos han convivido de manera pacífica y fructífera, pero hoy en día, la voluntad popular parece entrar, a menudo, en conflicto con los derechos fundamentales. Los dirigentes políticos tratan de excluir a la gente de decisiones importantes, como la inmigración, en nombre de los derechos, mientras que los populistas no tienen problema en ignorar mandatos constitucionales en nombre de la gente. La política se está convirtiendo en una batalla entre la democracia sin derechos, la democracia iliberal, y el liberalismo antidemocrático, de derechos sin democracia (Mounk, 2018).

Esta batalla está provocando el desgaste de la confianza en las instituciones y en la propia democracia. Con especial énfasis entre los jóvenes. Aunque se pueden señalar causas como las de haber vivido siempre en democracia, que hace valorar lo que se tiene, ante la ausencia de referencias vitales de realidades diferentes en sistemas no democráticos. Tomando la democracia como parte del paisaje, algo que se da por descontado, no como conquista que corre el peligro de devaluarse hasta ser considerado superfluo.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y OTRAS RESPUESTAS A LAS CRISIS

Ante la percepción generalizada de crisis, y la interrelación entre sus distintos planos, se plantea la hipótesis de una crisis de origen únicamente económica, con una réplica o traslado al ámbito social y político. Si esto fuera así, si bastaría resolver los problemas económicos para resolver también sus efectos sociales y políticos.

Los que así lo entienden abogan por entender la situación económica como base del problema y plantear una batería de soluciones económicas centradas en la reducción de la desigualdad, como aumentar la inversión en educación, la transformación de las fuentes de ingreso del estado a través de, por ejemplo, su participación en fondos soberanos de inversión, así como de los mecanismos de gasto y redistribución, reequilibrando el impuesto sobre trabajo y sobre el capital, mecanismos de renta básica, transferencias condicionales o impuestos negativos e incluso la transformación del papel, y los valores, del sector privado, limitando el control de determinados sectores y repensando el rol social de las empresas. Estos asumen que el final del malestar económico de una parte importante de la población traerá consigo el fin del malestar también en los planos social, político y democrático.

Por otro lado están aquellos que señalan que cada plano requiere de soluciones diferentes, y que soluciones económicas no llevan necesariamente a un fortalecimiento de la democracia, como se puede observar en un número creciente de países en los que la libertad de mercado, y sus buenos resultados conviven con regímenes autoritarios.

En lo social el acento se pone en un nuevo contrato social, con especial énfasis en salvar la brecha generacional y, en algunos lugares, la brecha territorial y una recuperación de la confianza interpersonal que, como señala Javier Gomá, no se puede imponer por Decreto sino que es necesario ir recuperando, por vías como la ejemplaridad, los valores cívicos y la educación.

En lo político se ensayan ya distintas soluciones. Los liderazgos políticos de jóvenes, el protagonismo electoral de los «no partidos», ya sea con forma de movimientos sociales o candidaturas independientes, y la deriva de la ciudadanía comprometida hacia vías informales de participación política. De fondo dos principios comunes, la obligatoriedad de la transparencia y el principio de que allá donde haya un punto de decisión debe haber un ámbito de negociación.

Llegamos así al plano institucional, de la democracia, donde vamos a detenernos. Se habla con frecuencia de la necesidad de un nuevo contrato político, que allí donde se produzca debería plasmarse en un proceso constituyente o, al menos, en una reforma en profundidad de la Constitución.

Esta vía, que en nuestra opinión sobrevalora la capacidad del derecho y la Constitución para solucionar problemas no necesariamente jurídicos, corre el peligro de cargar sobre el sistema democrático todas las responsabilidades, y de crear una expectativa, similar a aquella que crean los que plantean que el final de la crisis económica supondrá el fin de las crisis sociales, políticas e institucional, pero poniendo todas las expectativas en la reforma de la democracia. Frente a esto ya advertía hace años Giovanni Sartori al apuntar que la democracia tiene un problema de expectativas (Sartori, 1999), y si cargamos sobre los hombros de la democracia la responsabilidad, por ejemplo, de

hacernos ricos, terminaremos introduciendo la democracia en una profunda crisis.

No conviene generar falsas expectativas con la Constitución y su reforma. Así se está creando un falso problema y una ilusión falsa. Que la Constitución es la raíz del problema y de que su reforma provocará la solución de todos nuestros problemas. Se está poniendo la Constitución como solución a todos los problemas, lo que implícitamente supone señalarla como causa de todos los males. No se pueden crear falsas expectativas porque los problemas económicos, sociales no son problemas constitucionales. Cargar a la Constitución con problemas que deben tener su solución en los consensos políticos es una forma nada recomendable de someter al texto constitucional a tensiones innecesarias.

Esto puede acentuarse al introducir la reforma en el debate electoral, convirtiendo la Constitución en una cuestión partidista, para enarbolarla como estandarte de opciones políticas poco consolidadas. No se trata de eludir el debate público, imprescindible en democracia, y especialmente en cualquier proceso de elaboración o de reforma de la Constitución, sino de enmarcarlo en su contexto, el de la creación o reforma de una norma básica que requiere de un consenso mayoritario, similar al menos al del texto anterior. No se trata sólo de un principio básico de la teoría jurídico política sino de una experiencia práctica, de la que en España tenemos cierta experiencia: la Constitución para ser viable no puede ser una Constitución de partido. Ese fue precisamente el error de nuestro S.XIX: las constituciones de partido. La experiencia reciente nos muestra también que desde el punto de vista de la reforma, convertir la reforma constitucional en parte del debate político, especialmente del debate electoral, puede tener resultados contraproducente dificultando el diálogo, y el consenso necesario para que esta se produzca.

Plantear la reforma Constitucional como una solución a problemas que no tienen su raíz en la Constitución, tiene el riesgo de aumentar el malestar económico, social y político que pretendía solucionar. Las reformas institucionales, necesarias, no requieren una reformulación integral del sistema democrático. Esta reformulación, apuntada por los partidarios de una reforma en profundidad, debería seguir la regla magistral que apuntaba de Vega cuando señalaba que «La reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria».

A lo expuesto anteriormente se unirían otros riesgos, como la falta de memoria, «las trampas caritativas de la nostalgia»¹¹, y las construcciones ideales, tan habituales en «Nuestra dura historia contemporánea, desde las Cortes de Cádiz, demuestra que las creaciones abstractas, las ilusiones, por

¹¹ García Márquez, G. El amor en tiempos del cólera. Bruguera, 1985.

nobles que sean, las actitudes extremosas, los pronunciamientos o imposiciones, los partidismos elevados a dogma, no sólo no conducen a la Democracia, sino que la destruyen» (Fernández Miranda, 1995:365).

Se oyen justificaciones de la reforma como la necesidad de «una constitución que de respuesta a la situación creada por la crisis económica», cuando ningún Estado del mundo ha arreglado su economía en una Constitución, aunque algunos que lo han intentado lo han hecho con resultados de miseria conocidos por todos. La desigualdad no se soluciona constitucionalmente. Otros señalan la obligación de integrar a todos aquellos que no participaron en la aprobación del texto Constitucional, en una lógica peligrosa según la cual aquellos que no participan en la elaboración y aprobación de un texto constitucional estarían menos obligados por el mismo. Olvidando la advertencia hecha por de Vega al señalar que la Constitución supone necesariamente la negación del principio democrático, y sólo eso garantiza su supremacía jurídica.

Lo que está detrás es el concepto que tenemos de la constitución: su valor de norma suprema, su legitimidad en el consenso de todos los españoles... Reformar la Constitución no es necesariamente replantearse las bases de nuestro sistema de convivencia. De hecho el acierto en los procesos de revisión constitucional depende de la conjunción de varios factores:

- a) Que respondan a una demanda social y busquen resolver problemas ampliamente reconocidos.
- b) Que compartan unos principios básicos en lo esencial desde el principio.
- c) Que respeten los procedimientos establecidos que buscan garantizar estos equilibrios.
- d) Que sean limitados y prudentes para no alterar el equilibrio del texto constitucional.
- e) Que incorpore propuestas rigurosas, maduras y consecuencia del diálogo de las fuerzas políticas y de la sociedad.
- f) Que cuente con un consenso asimilable al que concitó el texto que se quiere reformar sobre el resultado final.

Trabajos por lograr que se den estos factores es ahora tarea prioritaria.

BIBLIOGRAFIA

- CASTELLS, M. *La era de la información*, 3. Fin de Milenio. Alianza, 2006.
- BENKLER, Y. *The Penguin and the Leviathan: How Cooperation Triumphs over Self-Interest*, Random House, 2011.
- DE VEGA, P. *Obras escogidas*. CEPC, 2017.

- FERNÁNDEZ MIRANDA, P., FERNÁNDEZ MIRANDA, A. *Lo que el Rey me ha pedido*. Torcuato Fernández Miranda y la Reforma Política, Plaza & Janes, 1995.
- FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y otros ensayos*, Alianza, 2015.
- GUEMES, C., BRUGUÉ, Q. *Confianza y gobierno abierto en América Latina*, en Desde el Gobierno Abierto al Estado Abierto en América Latina y el Caribe, CEPAL, 2017.
- HARARI, Y. N. *Sapiens (De animales a Dioses)*, Debate, 2015.
- HELLEBRANDT, T.; MAURO, P. *The Future of Worldwide Income Distribution*, Working paper, Peterson Institute for International Economics, 2015.
- LASN, K. *Culture Jam*, HarperCollins, 1999.
- LYNCH, M. P. *The Internet of Us: Knowing More and Understanding Less in the Age of Big Data*. Liveright, 2016.
- MILANOVIC, B. *Los que tienen y los que no tienen: Breve historia y particular historia de la desigualdad global*. Alianza, 2012.
- MOUNK, Y. *The People vs Democracy: Why Our Freedom is in Danger and How to Save It*. Harvard University Press; 2018.
- NAIM, M. *El fin del poder*. Debate, 2013.
- NORBERG, J. *Progreso: 10 razones para mirar al futuro con optimismo*. Planeta, 2017.
- PINKER, S. *Enlightenment Now*, Penguin, 2018.
- SARTORI, G. *En defensa de la representación política*. Claves de la razón práctica, n.º 91, 1999.

A COMPARATIVE STUDY ON INTERNATIONAL DISASTER LAW APPLICABLE TO SPAIN AND THE PHILIPPINES*

*Un estudio comparado sobre el Derecho Internacional
de Catástrofes aplicable a España y Filipinas*

Andrés Bautista-Hernández

Becario-colaborador del área de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Málaga
abautista@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp235-252](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp235-252)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Debido al gran número de víctimas que dejan y a sus nefastas consecuencias, las catástrofes naturales constituyen hoy en día uno de los problemas más importantes. Sin embargo, la regulación internacional en este ámbito se caracteriza por tener considerables vacíos legales, y está compuesta principalmente de normas regionales y nacionales. Tanto España como Filipinas se ven afectadas por estas catástrofes, si bien es cierto que este último ocupa el primer puesto en el ranking de número de muertes en el sudeste asiático. Este documento tiene como objetivo analizar el marco normativo aplicable en ambos Estados en relación con esta materia, exponiendo sus principales fortalezas y debilidades.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Bautista Hernández, Andrés. 2018. "A Comparative Study on International Disaster Law applicable to Spain and the Philippines". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 235-252. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp235-252](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp235-252).

Palabras clave

ASEAN; estudio comparativo; Derecho Internacional sobre catastrofes naturales; Ley 17/2015; España; Filipinas; Ley de la República No. 10121 de 2010.

Abstract

Disasters constitute nowadays one of the most relevant issues due to its large number of victims and its harmful consequences. However, the international disaster regulation contains considerable legal weaknesses and it is comprised eminently of regional and municipal rules. Both Spain and The Philippines are affected by disasters, albeit the latter constitutes the top State in number of death in Southeast Asia. This paper aims to analyse the applicable normative framework in both States regarding natural disasters, setting forth its main strengths and weaknesses.

Keywords

ASEAN; Comparative study; International Disaster Law; Law 17/2015; Spain; The Philippines; Republic Act No 10121 of 2010.

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. CONVENTIONAL INTERNATIONAL DISASTER LAW APPLICABLE TO SPAIN AND THE PHILIPPINES. 1. *Multilateral Level*. 2. *Regional Level*. 3. Domestic Level. III. CONCLUSIONS. *BIBLIOGRAPY*.

I. INTRODUCTION

Disasters constitute a threat to both national and international security. Its effects may destroy or reduce significantly one country welfare state, produce state budgetary constraints, restriction to human rights, etcetera. The effects of a catastrophic situation depends on many factors, but mainly, the occurrence of these phenomena or the degree of vulnerability of the society, the country's level of development and the improvement of disaster management systems within its territory and at international level.

The Southeast region is one of the most affected areas by disasters around the world. Special reference has to be made to The Philippines, which holds a prominent position compared to its neighbour States.¹ In fact, data shows that this State has a huge trouble to deal with, and that it has been a constant issue in its history.² Tables below shows data of natural disasters occurred in Spain and the Philippines from 2010 to 2017. If we compare these numbers, the Philippines has had more than one hundred catastrophic events than Spain, resulting in 75.145.098 people affected (almost the double of Spanish population). This is one of the reasons why disaster management is of vital importance for the Philippines.

¹ See data collected in *Country Profile*, GUHA-SAPIR, D., BELOW, R., HOYOIS, PH., *EM-DAT: The CRED/OFDA International Disaster Database*, Université Catholique de Louvain, Brussels, Belgium, available at www.emdat.be.

² See a list of relevant disasters occurred in The Philippines history in <http://www.ultimahora.com/los-10-desastres-naturales-mas-mortiferos-filipinas-n740168.html>.

Natural Disasters in Spain 2010-2017

Year	Disaster Subtype	Occurrence	Total Deaths	Injured	Affected	Homeless	Total Affected	Total Damage
2010	Extra-tropical storm	1	3					340000
2010	Riverine flood	1	2		30		30	
2011	Ground movement	1	10	300		15000	15300	200000
2011	Riverine flood	1	1		2400		2400	
2012	-	1	4	6			6	
2012	Riverine flood	1	10	35	600		635	395000
2013	Extra-tropical storm	1						
2013	Flash flood	1			600		600	
2014	Convective storm	1	3					
2015	Flash flood	2	8		150		150	
2016	-	1	5		150		150	
	Total	12	46	341	3930	15000	19271	935000

Source: *Country Profile*, GUHA-SAPIR, D., BELOW, R., HOYOIS, PH., EM-DAT: The CRED/OFDA International Disaster Database, Université Catholique de Louvain, Brussels, Belgium, available at www.emdat.be.

Natural Disasters in the Philippines 2010-2017

Year	Disaster Subtype	Occurrence	Total Deaths	Injured	Affected	Homeless	Total Affected	Total Damage
2010	Ash fall	1			14161		14161	
2010	Flash flood	4	118	22	2059840		2059862	50589
2010	Landslide	1	2	2	925		927	78
2010	Riverine flood	5	44		787073		787073	
2010	Tropical cyclone	3	212	133	2595412		2595545	284420
2010	Viral disease	1	737	123939			123939	
2011	Ash fall	2			33931		33931	
2011	Bacterial disease	2	23	200	617		817	
2011	Flash flood	7	33		162272		162272	179247
2011	Ground movement	1		3	25		28	
2011	Landslide	3	29	19	870		889	
2011	Riverine flood	8	89	190	2056366		2056556	23540
2011	Tropical cyclone	12	1782	6291	9462385		9468676	527238
2011	Viral disease	1	33		6778		6778	
2012	Bacterial disease	1	30		3158		3158	
2012	Flash flood	2	1		13000		13000	
2012	Ground movement	3	114	123	353034		353157	12144
2012	Landslide	1	75	16	7		23	

Year	Disaster Subtype	Occurrence	Total Deaths	Injured	Affected	Homeless	Total Affected	Total Damage
2012	Riverine flood	6	156	16	4565850	35762	4601628	75330
2012	Tropical cyclone	9	2039	2724	7557756		7560480	918137
2013	Flash flood	1	10		507769		507769	2800
2013	Ground movement	1	230	976	3221248		3222224	51459
2013	Riverine flood	4	95	59	3992510		3992569	2231988
2013	Tropical cyclone	8	7415	28858	17915713		17944571	10136563
2014	–	2	1		102720		102720	
2014	Flash flood	1	4		3770		3770	
2014	Riverine flood	1			99185		99185	
2014	Tropical cyclone	9	326	2269	13066714		13068983	1062899
2015	–	4	44		230429		230429	200
2015	Drought	1			181687		181687	84399
2015	Riverine flood	1	9		880		880	
2015	Tropical cyclone	10	148	131	3602774	3300	3606205	1881367
2016	–	2	26		1271907		1271907	9320
2016	Tropical cyclone	6	10	2	1069297		1069299	67093
	Total	124	13835	165973	74940063	39062	75145098	17598811

Source: Country Profile, GUHA-SAPIR, D., BELOW, R., HOYOIS, PH., EM-DAT: The CRED/OFDA International Disaster Database... *op. cit.*

Furthermore, disaster management regulation has to face problems such as the misleading and overcomplicated terminology.³ In that sense, there is no uniformity on defining the term “disaster”. Doctrinal debate still goes on, but some definitions were provided by international instruments and academia.⁴ The United Nations International Law Commission (ILC) ended up its work on the protection of persons in the event of disaster defining the term as “a serious disruption of the functioning of a society”.⁵ For its part, the *2005 Vientiane Agreement*⁶ gives a similar definition.⁷ The *Philippine Disaster Risk Reduction and Management Act of 2010*⁸ provide a large notion of the term, as follows:

“A serious disruption of the functioning of a community or a society involving widespread human, material, economic or environmental losses and impacts, which exceeds the ability of the affected community or society to cope using its own resources. Disasters are often described as a result of the combination of: the exposure to a hazard; the conditions of vulnerability that are present; and insufficient capacity or measures to reduce or cope with the potential negative consequences. Disaster impacts may include loss of life, injury, disease and other negative effects on human, physical, mental and social well-being, together with damage to

³ This problem is not new, as it was pointed out, in the field of sociology, long time ago in Porfiriev 1995: 286.

⁴ Authors that have work on this topic are, inter alia, Auly, Laymond, Prat y Veiga 2012; Caron y Leben 2001: 33; United Nations 2009: 13-14; Park 2014: 291-307; Pérez de Armiño 2000; Prieto Sanjuán y Thouvenin 2011: 41-50.

⁵ See article 3(a) of *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*, adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/71/10), paragraph 48. The report is reproduced in United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, vol. II, Part Two. See academic debate on the ILC proposal in Thouvenin 2011: 41-50; Bartolini 2015: 184-191.

⁶ 2005 Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Agreement on Disaster Management and Emergency Response, signed in Vientiane 26 July 2005, entered into force 24 December 2009, reproduced in *ASEAN Documents Series 2005*, available at <http://agreement.asean.org/>.

⁷ Emphasis added; Article 1 paragraph 3.

⁸ Republic Act No. 10121, An Act Strengthening the Philippine Disaster Risk Reduction and Management System, Providing for the National Disaster Risk Reduction and Management Framework and Institutionalizing the National Disaster Risk Reduction and Management Plan, Appropriating Funds therefor and for Other Purposes, Official Gazette 27 May 2010, available at <http://www.gov.ph/2010/05/27/republic-act-no-10121/>. See also the Republic Act No. 10821, An Act Mandating the Provision of Emergency Relief and Protection for Children before, during, and after Disasters and other Emergency Situations, 27 July 2015, Official Gazette 18 May 2016, available at <http://www.gov.ph/2016/05/18/republic-act-no-10821/>.

property, destruction of assets, loss of services, social and economic disruption and environmental degradation”.⁹

In the European scene a similar definition can be found in the European Union (EU) legislation and in domestic law of its Member States (MS). The Decision No. 1313/2013/EU on a Union Civil Protection Mechanism (UCPM)¹⁰ set out the following definition: “Disaster means *any situation which has or may have a severe impact* on people, the environment, or property, including cultural heritage”. Also, the Spanish national law defined disaster (*catástrofe*) as “a situation or event that disrupts the functioning of a community”.¹¹

Therefore, taking into account the similarities between definitions described, one of the main idea is that disaster reflects in some way a “serious disruption of the functioning of a community”.

International disaster law (IDL) regulates a wide array of issues during the various phases of natural, anthropogenic or hybrid disasters.¹² These matters are, inter alia, “the obligation of the States to prevent or mitigate a disaster and to appropriately give assistance, the relations between the disaster-affected State and other States or international organizations, the way of request and offer assistance, the status of relief personnel”.¹³ Likewise, IDL has to give an adequate response to these matters during all the phases of the so call *disaster management cycle* which includes: prevention, preparedness, response and reconstruction.¹⁴

⁹ Sec. 3, Paragraph (h).

¹⁰ Decision No. 1313/2013/EU, of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013, on a Union Civil Protection Mechanism (Text with EEA relevance), OJ L 347 of 20 December 2013. See also: Commission Implementing Decision of 16 October 2014, laying down rules for the implementation of Decision No 1313/2013/EU of the European Parliament and of the Council on a Union Civil Protection Mechanism and repealing Commission Decisions 2004/277/EC, Euratom and 2007/606/EC, Euratom, (notified under document C (2014) 7489) (Text with EEA relevance) (2014/762/EU), OJ L 320 of 6 November 2014.

¹¹ Article 2 paragraph 6 of Law 17/2015, of 9 July, *del Sistema Nacional de Protección Civil*, BOE No 164 of 10 July 2015.

¹² According to the inception of the hazard, disasters could be classified in three different kinds: natural, anthropogenic (or man-made) or hybrid. The latter is also known as *Natech* or *Na-Tech* accidents; they are defined as “accidents initiated by a natural hazard or disaster which result in the release of hazardous materials [...]. This includes releases from fixed chemical installations and spills from oil and gas pipelines”; see <http://enatech.jrc.ec.europa.eu/>. This classification has been used by academia, inter alia, Pérez de Armino 2000; Institut de Droit International 2003: 3-4; International Law Commission 2008: 16; Fernández Liesa y Olivia Martínez 2012: 19.

¹³ See Guttry, Gestri y Venturini 2012: 9

¹⁴ There are many activities that fall under these four main phases, such as, disaster risk reduction (DRR), mitigation and early recovery. See on this issue Guttry, Gestri y Venturini 2012: 8-9

II. CONVENTIONAL INTERNATIONAL DISASTER LAW APPLICABLE TO SPAIN AND THE PHILIPPINES

The sources of Public International Law (PIL) are treaties, international custom, general principles of law, judicial decisions and academia scientific publishing, among others.¹⁵ The bound of the present paper does not allow a comprehensive research of all aforementioned sources of law; thereby we will focus on conventional rules applicable to the Philippines and to Spain.

Some other general rules may be applicable even if they could not be enforced.¹⁶ These include United Nations (UN) documents, particularly its General Assembly Resolutions (UNGA Res.),¹⁷ Disaster Risk Reduction

¹⁵ As classically stated by article 38 of the Statute of International Court of Justice (established by the *Charter of United Nations*, signed 26 June 1945), similar to the previous criteria of article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice (*Protocol of Signature relating to the Statute of the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations*, done in Geneva 16 December 1920, LNTS, vol. 6, n.º. 170 (1921)). See about sources of PIL, inter alia, Rodríguez Carrión, A.-J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, particularly pp. 141-145; González Campos, J.-D., Sánchez Rodríguez, L.-I. y Andrés Sáenz de Santa María, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4th ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pp. 167-189; Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A., *Droit International Public*, L.G.D.J., Paris, 8th ed., 2009, pp. 124-126; Remiro Brotóns, A. *et al*, *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 175-236; Jiménez Piernas, C., *Introducción al Derecho Internacional Público: práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 91-93; Abass, A., *International Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2012, pp. 26-64; Casado Raigón, R., *Derecho Internacional. Parte General*, 2nd ed., Tecnos, Madrid, 2014, pp. 148-153; Salinas de Frias, A. (dir.), Alcaide Fernández, J., Expósito González, P., García Rico, E.-M., García San José, D., Torres Cazorla, M.-I., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Málaga, 2015, pp. 111-162; Casanovas, O., y Rodrigo, A.-J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 55-74; Andrés Sáenz de Santa María, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 4th ed., Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2016, pp. 109-230. Also see the relevant work of the ILC, specifically on the topics: “Law of treaties”, “Identification of customary international law” and “Peremptory norms of general international law (*Jus cogens*)”, available throw <http://legal.un.org/ilc>.

¹⁶ With the exception of the UN Security Council Resolutions, General Assembly Resolutions and other UN documents do not represent mandatory rules of PIL, but may be considered significant evidence of an ongoing customary rule or principle.

¹⁷ See the following latest key documents, among many others, UN Secretary-General Reports A/54/132-E/1999/80, 21 July 1999 (The Geneva Mandate on Disaster Reduction), A/57/578, 29 October 2002 (International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development); A/71/230, 29 July 2016 (on implementation of the International Strategy for Disasters Reduction); UNGA Resolutions A/RES/46/182, 19 December 1991 (Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations), A/RES/59/279, 28 January 2005 (Strengthening emergency relief, rehabilitation, reconstruction and prevention in the af-

Declarations comprising the Sendai Framework¹⁸ and the Hyogo Framework,¹⁹ climate change agreements (such as the Paris Agreement²⁰), and the recent work of the ILC on this subject.²¹

1. *Multilateral level*

We could find two key multilateral universal agreements related to natural disasters: the 1998 Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations²² (hereinafter the Tampere Convention) and the 2000 Framework Convention in Civil Defence Assistance²³ (henceforth, the Framework Convention in Civil Defence).

Spain accessed to the Tampere Convention on 27 February 2006,²⁴ but the Philippines have not signed not ratified the agreement to date. Regarding the

termath of the Indian Ocean tsunami disaster), A/RES/63/217, 18 February 2009 (Natural disasters and vulnerability), A/RES/70/204, 23 February 2016 (International Strategy for Disaster Reduction).

¹⁸ The Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030, adopted at the Third UN World Conference on Disaster Risk Reduction in Sendai, Japan, on March 18, 2015, endorsed by the UNGA Res. 69/283, 3 June 2015.

¹⁹ The Hyogo Framework for Action 2005-2015: Building the Resilience of Nations and Communities to Disasters (HFA), endorsed by the UNGA Res. 60/195, 2 March 2006.

²⁰ Done in Paris 12 December 2015, endorsed by Decision 1/CP.21, doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, of 29.1.2016, Annex, pp. 23-40; entered into force on 4 November 2016, entered into force in Spain on 11 February 2017 (BOE No 28 of 2 February 2017). See about the relationship of this agreement and International Disaster Law in BAUTISTA-HERNÁNDEZ, A., "The 2015 Paris Agreement and Disaster Prevention: Progress and Challenges", in press.

²¹ See *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*, adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016.

²² *Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations*, adopted 18 June 1998, entered into force 8 January 2005, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2296, p. 5.

²³ *Framework Convention in Civil Defence Assistance*, adopted 22 May 2000, entered into force 23 September 2001, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2172, p. 213. The latter was developed within the International Civil Defence Organization (ICDO). This Organization has its origin back in 1931 when Surgeon-General Saint-Paul founded the "Association des Lieux de Genève" that in 1958 became a Non-Governmental Organization. With the adoption of the *Constitution of the International Civil Defence Organization (with Statutes dated 10 January 1958)*, Concluded at Monaco on 17 October 1966 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 985, No. 14376), and entered into force 1 March 1972, it acquired the status of international intergovernmental organization.

²⁴ Accession made with the following Reservation (as well as others EU Member States) "To the extent to which certain provisions of the Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations

Framework Convention in Civil Defence it has been ratified only by four States: Jordan, Libyan Arab Jamahiriya, Tunisia and Ukraine; all of them MS of the ICDO, except Ukraine. In that sense, despite the importance and a truly lack of other universal agreements on this topic, the Framework Convention in Civil Defence has not been ratified neither by Spain nor by the Philippines. Probably this decision is related to the fact that they are not MS of ICDO,²⁵ however nothing would impede the ratification of the Agreement if they really intended to do so.

It can therefore be concluded that only Spain is compelled by a set of international obligations due its ratification to the Tampere Convention, and none of the above agreements is applicable to the Philippines.²⁶ However, the Tampere Convention's purpose is not an all-encompassing regulation of disasters. It only contains rules regarding the procedures for the provision and request of telecommunication support in the event of a disaster. Albeit, this treaty recognizes the right of a State to give their consent prior to receive assistance within its territory and the right to control and to coordinate aid provided.²⁷

2. Regional level

Regarding the Philippines, disasters regulation has been strongly developed within the regional sphere,²⁸ in particular, through the Association of

fall within the area of responsibility of the European Community, Spain cannot implement those decisions unless the European Community becomes a party to the Convention". Up to date, the European Union is not part of this Convention, thus we may find a lack of implementation of related decisions due to a distribution of competences. See the full text of declarations and reservations at https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?s-r=TREATY&mtdsg_no=XXV-4&chapter=25&lang=en.

²⁵ See the list available at <http://www.icdo.org/en/about-icdo/members/member-states>.

²⁶ See the status of signatures, accessions and ratifications of both treaties at United Nations Treaty Collection, online resource available through <https://treaties.un.org>.

²⁷ Fernández Liesa y Olivia Martínez 2012: 27.

²⁸ Many problems related to disaster and international law in the Southeast region have been studied by academia, i.e., in Loevy, K., "The Legal Politics of Jurisdiction: Understanding ASEAN's Role in Myanmar's Disaster, Cyclone Nargis (2008)", *Asian Journal of International Law*, vol. 5, Issue 1 (2015), pp. 55-93; Barber, R. "Legal Preparedness for the Facilitation of International Humanitarian Assistance in the Aftermath of Vanuatu's Cyclone Pam", *Asian Journal of International Law*, (2016), pp. 1-23; Lewis, B. and Maguire, R., "A Human Rights-based Approach to Disaster Displacement in the Asia-Pacific", *Asian Journal of International Law*, vol. 6, Issue 2 (2016), pp. 326-352; Simm, G., "Disaster Response in Southeast Asia: The ASEAN Agreement on Disaster Response and Emergency Management", *Asian Journal of International Law*, (2016), pp. 1-27; Ramsden, M., "Uniting for MH17", *Asian Journal of International Law*, vol. 7, Issue 2 (2017), pp. 337-360.

Southeast Asian Nations (ASEAN).²⁹ The latter is based on the purposes of to promote active collaboration and mutual assistance on matters of common interest, inter alia, in the economic, social, cultural, technical, scientific and administrative fields.³⁰ Bearing this in mind, ASEAN constitutes the most appropriate sphere for regional disaster management. There are a number of instruments adopted within this Organisation regulating catastrophe-related issues, such as, the mutual assistance,³¹ emergency food supply,³² and disaster management itself.

There are two basic instruments applicable for managing disasters: the 2005 Vientiane Agreement and the 2011 Bali Agreement.³³ The former, regulate regional and international cooperation at the various stages of disaster, but mainly on prevention,³⁴ preparedness³⁵ and response.³⁶ One of the most relevant aspects of this instrument is the creation of the *ASEAN Standby*

²⁹ The ASEAN was established by the *ASEAN Declaration* (Bangkok Declaration) done in Bangkok on 8 August 1967 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1331, p. 243) by the founding fathers, namely Indonesia, Malaysia, the Philippines, Singapore and Thailand. Currently, the Organization has ten MS: the five founding members and Brunei Darussalam (joined on 7 January 1984), Viet Nam (on 28 July 1995), Lao Peoples Democratic Republic's and Myanmar (on 23 July 1997), and Cambodia (on 30 April 1999). The ASEAN Secretariat is based in Jakarta, Indonesia. Later in 2007 the ASEAN Member States adopted the Charter of the Association of Southeast Asian Nations, on 20 November 2007, entered into force 15 December 2008. Currently, the Philippines hold the presidency of ASEAN for 2017; see <http://www.asean2017.ph/>. About this international organization and its international personality see Chesterton, S., "Does ASEAN exist? The Association of Southeast Asian Nations as an International Legal Person", *Singapore Yearbook of International Law*, vol. 12 (2008), pp. 199-211.

³⁰ See Bangkok Declaration, article Second, paragraph 3.

³¹ The ASEAN Declaration on Mutual Assistance on Natural Disasters of 26 June 1976 and the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution of 10 June 2002.

³² Agreement on the ASEAN Food Security Reserve of 4 October 1979. This instrument allows the storage of rice in the case of a crisis. Food security is of vital importance in the region and has been studied by scholars, for instance, Bello, A.L., "Ensuring Food Security: A Case for ASEAN Integration", *Asian Journal of International for Agriculture and Development*, vol. 2 (2010), pp. 1-2; Briones, R.M., "Regional Cooperation for Food Security: The Case of Emergency Rice Reserves in the ASEAN Plus Three", *ADB Sustainable Development Working Paper Series*, Asian Development Bank, 2011.

³³ Agreement on the Establishment of the ASEAN Coordinating Centre for Humanitarian Assistance on Disaster Management, signed in Bali 17 November 2011, entered into force 7 April 2014, reproduced in *ASEAN Documents Series 2011*, available at <http://agreement.asean.org/>.

³⁴ Regulating: risk identification, monitoring (article 5), mitigation (article 6) and early warning systems (article 7).

³⁵ Setting out of regional contingency/response plans and standard operating procedures for regional actions (article 8).

³⁶ Procedure for requesting assistance is regulated in article 11.

Arrangements for Disaster Relief and Emergency Response (article 9); it provides equipment and human resources earmarked for disaster response. It is established on a voluntary basis by each State Party, and must be listed by the ASEAN Coordinating Centre for Humanitarian Assistance on disaster management. The Bali Agreement creates the ASEAN Coordinating Centre for Humanitarian Assistance on disaster management (AHA Centre) based on the Terms of reference included as Annex in the 2005 Vientiane Agreement.³⁷ The AHA Centre serves as a requesting point through which disaster relief could be applied for; but also it could be demanded directly to another State Party. In my opinion, it seems not to be very effective since there is not a specific pooling of command and control of disaster management. For that reason, in practice, the AHA Centre constitutes a kind of “voluntary” liaison point between MS, lacking efficiency and effectiveness in managing a rapid response to disasters.

Spain, as member of the EU shares its disaster related competencies with this regional Organization. EU regulation on disaster mainly concerns civil protection, which implement the solidarity clause under article 222 of the Treaty of Functioning of the European Union (TFEU).³⁸ Civil protection policy culminated in Decision No. 1313/2013/EU on a Union Civil Protection Mechanism,³⁹ in force since 2014. It brought many enhancements from the

³⁷ The AHA Centre is located in Jakarta (Indonesia). This instrument lays down the rules governing its functioning, its governing bodies and its legal personality in the territory of the host country.

³⁸ For studies on the solidarity clause see Bou Franch, V. (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp.463-464; Escobar Hernández, C. (dir.), *Instituciones de la Unión Europea*, 2nd ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 83-84; Kaczorowska-Ireland, A., *European Union Law*, 4th ed., Routledge, Abingdon & New York, 2016, pp. 42, 125, 164, 177, 219, 848 and 1061.

³⁹ See about EU legislation on disaster, inter alia, Kotzur, M., “European Union Law on Disaster Preparedness and Response”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 55 (2012), pp. 253-278; Bautista-Hernández, A., “Recientes avances en la regulación de la Unión Europea en materia de catástrofes: el Mecanismo de Protección Civil de la Unión”, in García San José, D., Sánchez Patrón, J.-M. y Torres Cazorla, M.-I. (cords.), *Bioderecho, Seguridad y Medioambiente. Biolaw, Security and Environment*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 173-194; Torres Cazorla, M.I., “¿Lecciones aprendidas? El papel de la Unión Europea en materia de prevención y coordinación en caso de catástrofe”, in García San José, D., Sánchez Patrón, J.-M. y Torres Cazorla, M.-I. (cords.), *Bioderecho, Seguridad y Medioambiente... op. cit.*, pp. 151-173; Bautista-Hernández, A., “La relación entre la Unión Europea y sus Estados miembros en la respuesta a las catástrofes: el papel de España en el mecanismo europeo de protección civil”, en Alcaide Fernández, J. y Petit de Gabriel, E.W. (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1187-1198.

previous Community mechanism for Civil Protection.⁴⁰ The Decision focuses on prevention, preparedness and response phases of disaster management. The EU disaster management creates the European Emergency Response Capacity⁴¹ which aims to improve response relief. It also established a coordination centre (the Emergency Response Coordination Centre⁴²) with more and best-defined functions and powers than its ASEAN counterpart (the AHA Centre).

Both regions have in common a number of security challenges, besides disaster management, that requires a nearest cooperation between them.⁴³ Spanish and Philippines regional mechanisms are based on solidarity between their neighbouring states, as a mean of promoting amity assistance to disasters. Both systems creates a coordination focal point with pooling capacities and specific budgetary resources (within the text or deferred for upcoming one), but only the EU brought in an specific evaluation system of the Decision.⁴⁴

3. Domestic level

Philippines municipal regulation on disasters was adopted as the *Philippine Disaster Risk Reduction and Management Act of 2010* (Republic Act No. 10121 of 2010), and it is implemented by Implementing Rules of 27 September 2010.⁴⁵ These set down the legal basis for national disaster management in

⁴⁰ See Council Decision 2007/799/EC, Euratom of 8 November 2007 establishing a Community Civil Protection Mechanism, OJ L 314, 1 December 2007, and Council Decision 2007/162/EC, Euratom of 5 March 2007 establishing a civil Protection Financial Instrument, OJ L 71, 10 March 2007.

⁴¹ Provided under Article 11 of Decision No. 1313/2013/EU, it is formed by a voluntary pool of capacities from the MS, as well as the *ASEAN Standby Arrangements for Disaster Relief and Emergency Response*.

⁴² It is regulated by article 8 of Decision No. 1313/2013/EU. It serves as coordination and monitoring focal point, operating 24/7, and attached to the Directorate-General for European Civil Protection and Humanitarian Aid Operations (ECHO), formerly known as the European Community Humanitarian Aid Office.

⁴³ See Wahlers 2006: 53

⁴⁴ See article 34 of Decision No. 1313/2013/EU.

⁴⁵ See Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 10121, also known as “an act strengthening the Philippine Disaster Risk Reduction and Management System, providing for the National Disaster Risk Reduction and Management Framework and institutionalizing the National Disaster Risk Reduction and Management Plan, appropriating funds therefor and for other purposes”, 27 September 2010, available at http://www.ndrrmc.gov.ph/attachments/article/95/Implementing_Rules_and_Regulation_RA_10121.pdf. See also DRR rules regarding the Philippines at: <http://www.ndrrmc.gov.ph/13-disaster-risk-reduction-and-management-laws>.

the State. The mechanism is based in two main pillars: the National Disaster Risk Reduction and Management Framework (NDRRMF) and the National Disaster Risk Reduction and Management Plan (NDRRMP).⁴⁶ It also provides two different bodies: the Office of Civil Defence (OCD) and the National Disaster Risk Reduction and Management Council (NDRRMC).⁴⁷ The former has the function of formulate, implement, and harmonize policies, while OCD is in charge of operational powers.⁴⁸ The NDRRMF is developed by the NDRRMC and provides a “comprehensive, all-hazard, multi-sectorial, inter-agency and community-based approach to disaster risk management”.⁴⁹ The NDRRMP, that brings goals and specific objectives for disaster risk reduction,⁵⁰ is conveyed and implemented by the OCD.

Philippine domestic legislation takes actions in the four phases of disaster management cycle by providing policies and plans through the NDRRMP.⁵¹ Also, an information and monitoring mechanism (the Emergency Response Integration Centre) has been established for gather pieces of information to be used in relief operations.⁵²

Spanish key legislation on national disaster management was amended in 2015, creating the National Civil Protection System (NCPS).⁵³ It repealed the previous Law 2/1985 of 21 January on Civil Protection.⁵⁴ The law adopted

⁴⁶ The latest Plan comprising the period 2011-2018 could be found in *The National Disaster Risk Reduction and Management Plan (NDRRMP) 2011-2018*, available at http://www.ndrrmc.gov.ph/attachments/article/41/NDRRM_Plan_2011-2018.pdf.

⁴⁷ Its webpage is accessible at <http://www.ndrrmc.gov.ph/>.

⁴⁸ By setting up the National Disaster Risk Reduction and Management Operations Center (NDRRMOC), operating 24 hours, see Republic Act No. 10121 of 2010, Sec. 9 (n).

⁴⁹ See Republic Act No. 10121 of 2010, sec. 3 (y).

⁵⁰ Sec. 3 (z), Republic Act No. 10121 of 2010. The NDRRMP “aims to strengthen the capacity of the national government and the local government units (LGUs), together with partner stakeholders, to build the disaster resilience of communities, and to institutionalize arrangements and measures for reducing disaster risks, including projected climate risks, and enhancing disaster preparedness and response capabilities at all levels”; see Sec. 2 (e), Republic Act No. 10121 of 2010.

⁵¹ It has a broad scope of action, taking measures: “to all aspects of disaster risk reduction and management, including good governance, risk assessment and early warning, knowledge building and awareness raising, reducing underlying risk factors, and preparedness for effective response and early recovery”; see Republic Act No. 10121 of 2010, sec. 4.

⁵² It has also been put in place a mobile alert system in the event of a disaster by Republic Act No. 10639, *an Act mandating the telecommunications service providers to send free mobile alerts in the event of natural and man-made disasters and calamities*, 20 June 2014, available at http://www.ndrrmc.gov.ph/attachments/article/2570/Republic_Act_No_10639.pdf.

⁵³ See Law 17/2015.

⁵⁴ BOE No. 22 of 25 January 1985.

responds to the commitments undertaken by the UCPM at the European level in terms of national monitoring and risk assessment.⁵⁵ The main purpose of the Spanish instrument is to put accent in prevention, integration, inter-administrative coordination and effectiveness on disaster response. To achieve these goals a national coordination centre (in Spanish: *Centro Nacional de Seguimiento y Coordinación de Emergencias de Protección Civil*) was established.⁵⁶ It will perform and manage disaster response on a national level. The NCPS may take actions on all emergency cycle (forecast,⁵⁷ prevention,⁵⁸ planning,⁵⁹ intervention,⁶⁰ recovery⁶¹ and general coordination⁶²).

Both States set down very important pieces of legislation. For the very first time, the Spanish law included an article dedicated to terminology. Philippines law comprised eight pages of definitions of key concepts. This reflects the importance of this issue in disaster management. They also include penalty clauses to avoid infringements of regulations. Regarding the ways of financing of national mechanisms, Philippines law include a budget provision covering one billion pesos (approx. 18 million Euros). Albeit, Spanish law did not include any budgetary restraint; quite astonishingly, it stated that “the measures included within this law must not mean an increase of budget appropriations”.⁶³ In my opinion, this imposes a lack of efficacy in implementation of disaster management policies due to economic necessities.

Despite the relevance of instruments for disaster management within regional integration organization, we found no specific mention to the ASEAN mechanism in Philippine law. There is only a generic clause in Sec. 6 (q) about the functions of the NDRRMC that states as follows: “Coordinate or oversee the Implementation of the *country’s obligations with disaster management treaties to which it is a party...*”.⁶⁴ On the other hand, Spanish laws include particular dispositions referred to the Mechanism. This is probably due to the closest relationship between EU and States Members, which are not the same that in ASEAN and Philippines.

⁵⁵ See Bautista-Hernández, A., “La relación entre la Unión Europea...” *op. cit.*, p. 1197.

⁵⁶ Regulated in article 18 of Law 17/2015.

⁵⁷ Articles 12 paragraph 3 and 14 paragraph 1 of Law 17/2015.

⁵⁸ Regulated under Title II chapter II, Law 17/2015.

⁵⁹ Covered in Title II chapter III, Law 17/2015.

⁶⁰ Immediate emergency response is regulated in Title II chapter IV, Law 17/2015.

⁶¹ Regulated in Title II chapter V, Law 17/2015.

⁶² One of mechanisms through the general coordination is implemented is the declaration of a “national concern emergency”, regulated in Title II chapter VII, Law 17/2015.

⁶³ Seventh additional provision, Law 17/2015.

⁶⁴ Emphasis added.

III. CONCLUSIONS

This paper has addressed the conventional and domestic legal rules applicable to disaster management in Spain and in the Philippines. It was made clear that instead the lack of general international treaties, regional and national regulation prevail to date.

With regard to the regional system, there are differences in the commitments undertaken between the national and the supranational organizations, which are reflected in the legislation adopted. Spain, member of the EU, has specific obligations due to a deeper transfer of sovereignty; its national law was updated but also it had to integrate obligations set forth by the UCPM to the States Members. The Philippines, in the other hand, is part of a regional system (the ASEAN); however, its national law of 2010 did not set up specific measures to implement regional assignments. It only contains a general provision for ensuring alignment with international agreements adopted by the State.

Both regional systems highlight the cooperation between Member States as one of the key element of disaster management, albeit we could find an even more refined coordination instrument in the European field. In fact, the Vientiane Treaty of 2005 did not create the ASEAN Coordinating centre; it was established by the 2011 Bali Treaty (in force since 2014), almost 10 years later.

In my opinion, a strong domestic system is crucial to face the challenge of disaster phenomena. It is necessary not only to adopt series of principles and “proclaiming rights and duties” but also set up structural mechanism and take clear actions in prevention, preparedness, response and reconstruction. Both national laws allow performing activities in the four phases of disaster management cycle, including recovery. They also lay down evaluating procedure to assess deficiencies and enhance the mechanisms.

In conclusion, disasters are a menace not only of welfare state but of the individual itself in all its ways of live. International law has to give adequate answers to this matter. As a corollary, we bring the words of the former UN Secretary General Mr Ban Ki-Moon pronounced in the 2016 international day for disaster reduction:

“We can replace material possessions, but we cannot replace people. I am repeatedly appalled at how many people die in disasters. The majority of victims are invariably the poor and vulnerable”⁶⁵

In this sense, the challenge is to give an effective and efficient response to disasters under a humanize international law.

⁶⁵ See press release about this event at <https://www.un.org/press/en/2016/sghsm18187.doc.htm>.

BIBLIOGRAPHY

- AULY, T., LAYMOND, P., PRAT, M. C. y VEIGA, J. *Petit vocabulaire des risques et des catastrophes d'origine naturelle*, Editions Confluence (Bordeaux, 2012).
- BARTOLINI, G. "La definizione di disastro nel progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, n. 1 (2015): 184-191.
- CAON, D.D. y LEBEN, C. *The international aspects of natural and industrial catastrophes*, The Hague Academy of International Law (Martinus Nijhoff, 2001): 33.
- GUTTRY, A. de, GESTRI, M. y VENTURINI, G. *International Disaster Responde Law*, TMC Asser Press, The Hague (The Netherlands, 2012): 9.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y OLIVIA MATÍNEZ, J.D. *El Derecho Internacional y la cooperación frente a los desastres en materia de Protección Civil*, Dirección General de Protección Civil y Emergencias (Madrid, 2012): 19 y 27.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, L'assistance humanitaire, Resolution, 16th Commission, Bruges session, secc. I (8 September 2003): 3-4.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Preliminary report on the protection of persons in the event of disasters by Mr. Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur*, A/CN.4/598, (5.5.2008): 16
- PARK, K. J. "La protection des personnes enc as de catastrophe", *Rescueil des cours*, vol. 368 (2014): 291-307.
- PEREZ DE ARMINO, K. *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación del Desarrollo*, Icaria/Hegoa (Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000).
- PORFIRIEV, B.N. "Disaster and Disaster areas: Methodological Issues of Definition and Delineation", *International Journal and Mass Emergencies and Disasters*, vol. 13, n. 3 (1995): 286.
- PRIETO SANJUÁN, R. A. y THOUVENIN, J. M. *International Law and Disasters: Studies on Prevention and Assistance to Victims*, Colección Estudios de Derecho Internacional, n. 14, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad Paris Oust La Défense, Grupo Editorial Ibáñez (Bogotá, 2011): 41-50.
- THOUVENIN, J. M. "La definition de la catastrophe par la CDI: vers une catastrophe juridique?".
- UNITED NATIONS. *2009 UNISDR Terminology on Disaster Risk Reduction* (Ginebra, 2009): 13-14.
- WALHERS, G. *ASEAN and the European Union*, Konrad-Adenauer-Stiftung (Singapore, 2006): 53.

LA TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS COMO MEDIDA «BIDIRECCIONAL»*

*The shared ownership of agricultural exploitations
as a “bidirectional” measure*

María Dolores Cabello Fernández
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga
cabello@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp253-279](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp253-279)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

En este trabajo, se trata de analizar el marco constitucional sobre la igualdad de género, la titularidad compartida de las explotaciones agrarias y la no discriminación por razón de género en función del ordenamiento jurídico constitucional español que regula con carácter general la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 14 CE) y la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.2 CE).

Palabras clave

Explotaciones agrarias; titularidad compartida; igualdad real y efectiva; género.

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cabello Fernández, María Dolores. 2018. «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias como medida “bidireccional”». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 253-279. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp253-279](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp253-279).

Abstract

In this paper, it is about analyzing the constitutional framework on gender equality, shared ownership of agricultural holding and non-discrimination on the grounds of gender according to the Spanish constitutional legal system that regulates equality between women and men (article 14 of the Spanish Constitution) and the obligation of public authorities to remove obstacles to make equality real and effective (article 9.2 of the Spanish Constitution).

Keywords

Agricultural holding; shared ownership; real and effective equality; gender.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO EUROPEO SOBRE EL PAPEL DE LAS MUJERES EN LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS. III. MARCO LEGISLATIVO DE REFERENCIA SOBRE LA TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS: LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES. IV. ESTUDIO COMPARATIVO DEL DESARROLLO EN LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS. V. ANÁLISIS DE LA LEY 35/2011, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS. VI. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO SOBRE IGUALDAD Y EXPLOTACIONES AGRARIAS: FRANCIA E ITALIA. VII. LA TITULARIDAD COMPARTIDA COMO MEDIDA «BIDIRECCIONAL». VIII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La no discriminación por razón de género se consagra en el artículo 14 de la Constitución Española (CE) de 1978 cuando establece que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Este reconocimiento del derecho a la igualdad conecta con la forma de Estado, ya que el Estado de Derecho se caracteriza por el reconocimiento de un conjunto de derechos a la ciudadanía. Y España, como Estado social y democrático de Derecho, reconoce la igualdad como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución de 1978. La naturaleza jurídica de la igualdad como derecho fundamental es la de un derecho público subjetivo, es decir, la facultad de la ciudadanía de exigir a los poderes públicos el respeto a un ámbito de libertad. Además, la ciudadanía titular de ese derecho a la igualdad puede protegerlo ante la jurisdicción ordinaria y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. A esto hay que añadir que la configuración como norma suprema de la Constitución hace que todo el ordenamiento jurídico deba respetarla, de tal modo que el legislador ordinario, el Parlamento estatal, o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, no pueden elaborar una ley contraria a esa igualdad reconocida en la Constitución y, si lo hicieran, esa ley podría ser expulsada del ordenamiento a través de su declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional. El artículo 9.2 de la Constitución consagra la que se denomina igualdad material. El 9.2 CE contiene un mandato a los poderes públicos para que remuevan los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva y, este mandato, es el fundamento de las acciones positivas, entendidas

como medidas de discriminación positiva justificadas en una situación de desigualdad previa que hay que corregir¹.

Se han definido las acciones positivas como «medidas específicas de intervención que actúan sobre las barreras sociales que dificultan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres»². Y que, según la jurisprudencia del TJUE, suponen una excepción al principio de igualdad que no tiene, por tanto, carácter absoluto, excepción que permitirá un trato distinto cuando se justifique por motivos de objetividad y proporcionalidad, y que por ser una excepción deben interpretarse con carácter restrictivo³.

La igualdad como derecho fundamental goza de un sistema de garantías, como la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, vinculación que se extiende a la ciudadanía, en lo que se denomina la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (art. 9.1 CE). Otra garantía es la reserva de ley orgánica para su desarrollo legislativo, ley que deberá respetar el contenido esencial del derecho fundamental. Y como garantías jurisdiccionales se establece un procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria (amparo ordinario) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (amparo constitucional) (art. 53 CE). Así como, la necesidad de seguir el procedimiento agravado para la reforma de la Constitución que afecte a derechos fundamentales (art. 168 CE)⁴.

Este marco constitucional conecta con la titularidad compartida de las explotaciones agrarias en la medida en que configurar un derecho de acceso a la titularidad de las explotaciones agrarias supone una concreción del derecho a la igualdad, por lo que conecta con el artículo 14 CE y, por lo tanto, con todo el sistema de garantías propio de un derecho fundamental. Y, también conecta con el artículo 9.2 CE porque la situación fáctica de invisibilidad del trabajo de las mujeres en las explotaciones agrarias es precisamente una desigualdad que compete a los poderes públicos corregir.

¹ La desigualdad entre sexos dentro de la forma de Estado se aborda desde la teoría feminista por Mackinnon 1995.

² Sevilla Merino, Ventura Franch y García Campá 2005: 69-71.

³ Cfr. Freixes Sanjuán 2000: 51.

⁴ Sobre el derecho fundamental a la igualdad cfr. Balaguer Callejón 2010. Sobre la desigualdad y el género en el discurso, cfr. Tannen 1966. Un estudio de la igualdad como cuestión de justicia en Monereo Atienza 2010. La igualdad desde el punto de vista de la sociología ha sido tratada por Saltzman 1992 que analiza las bases de la desigualdad entre sexos y formula una teoría integrada dirigida a la igualdad entre los sexos. Ana De Miguel en su obra *Neoliberalismo sexual* estudia la ideología neoliberal que convierte a las personas en mercancía, e incluso a la mujer, al cuerpo de la mujer, a través de la industria del sexo patriarcal, pero bajo la falacia de la libertad para elegir de las mujeres, y por ello habla del «mito de la libre elección». Cfr. De Miguel 2015.

II. EL DERECHO EUROPEO SOBRE EL PAPEL DE LAS MUJERES EN LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS

En 1950 se firmó el Convenio número 177, del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que fue ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979. El artículo 14 de este Convenio ya consagró la prohibición de discriminación, estableciendo que: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»⁵.

La Unión Europea es la fórmula jurídica-política que vertebra Europa, y donde España está integrada. La Unión formula su propio Derecho que vincula a los Estados miembros, partiendo de los Tratados constitutivos. Actualmente, rige el Tratado de la Unión Europea, que es la norma básica de funcionamiento de la Unión, donde se establecen los principios y directrices que van a gobernar su acción.

El principio de igualdad se formula en el propio Tratado de la Unión Europea⁶. Primero como valor esencial de la Unión. Así, en su artículo 2 se establece que: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

En el artículo 3.3 es finalidad de la Unión fomentar la igualdad entre mujeres y hombres. Concretamente, «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».

Y; específicamente, se consagra la igualdad por razón de sexo, en el artículo 8 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 3, apartado 2, TCE): «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

⁵ Un estudio sobre la igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en Freixes Sanjuán 2000: 59-64.

⁶ Una evolución de la igualdad entre las mujeres y los hombres en el derecho comunitario desde su reconocimiento originariamente en el art. 119 del Tratado CEE se puede consultar en Freixes Sanjuán 2000: 45-47. Sobre la igualdad en el Tratado de Amsterdam, cfr. *Ibidem*: 51-53.

También, el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, dedica el Título X a la política social, estableciendo el artículo 151 (antiguo artículo 136 TCE): «La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». Y, para conseguir estos objetivos, el artículo 153 establece que la Unión «apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

Hay un documento básico, que analizamos, que es el Dictamen del Comité Económico y Social sobre «El papel de la mujer rural en el desarrollo sostenible de la agricultura de la Unión Europea», (2000/C 204/07), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de julio del 2000. Este Dictamen parte de la consideración de que «La Unión Europea cuenta con una política en materia de mujer rural que, hasta después de la aprobación de la Agenda 2000, no se aplicaba de forma práctica en su totalidad. Se considera a la mujer como pieza clave del desarrollo rural y, en este sentido, el interés de este Dictamen es abordar cuestiones que se refieren al desarrollo y la diversificación integrales de las zonas rurales.

Según el punto 3.1.2 de este Dictamen «La noción de «agricultura» abarca la de la mujer que trabaja en la agricultura, ya sea titular de la explotación, cotitular o cónyuge de un agricultor que trabaja a tiempo completo o a tiempo parcial en la explotación». Las estadísticas, en el año 2000, reflejaban que las mujeres representaban una tercera parte de la población activa agrícola, ya que del 34 % del total, sólo un 10 % eran titulares de explotaciones.

Considera a las mujeres y a los jóvenes factores decisivos de cambio, y constata la cada vez mayor implicación de las mujeres en el sector agrícola. Pero su situación es diversa según los distintos países. Aunque existen dificultades comunes como falta de formación, el desarrollo de trabajos no remunerados, acceso restringido a la propiedad, ausencia de participación en la toma de decisiones, dificultades de acceso al crédito. Y para conjurar esta situación considera que los Gobiernos del Mediterráneo deben imponerse como prioritaria la tarea de alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la agricultura y el medio rural.

La más reciente Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad

de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la directiva 86/613/CEE del Consejo, debe aplicarse a los trabajadores autónomos y a sus cónyuges o, cuando y en la medida en que estén reconocidas en el Derecho nacional, a sus parejas de hecho, siempre que participen habitualmente en las actividades de la empresa en las condiciones establecidas por el Derecho nacional. A fin de mejorar la situación de dichos cónyuges y, cuando y en la medida en que estén reconocidas en el Derecho nacional, de las parejas de hecho de los trabajadores autónomos, su trabajo debe reconocerse.

En el ámbito del trabajo autónomo, la aplicación del principio de igualdad de trato significa que no debe haber ningún tipo de discriminación por razón de sexo, por ejemplo, en relación con la creación, el equipamiento o la ampliación de una empresa o con el inicio o la ampliación de cualquier otra forma de actividad autónoma.

Partiendo del artículo 157, apartado 4, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros pueden mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades autónomas. En principio, no debe considerarse que medidas como la acción positiva dirigida a alcanzar la igualdad de género en la práctica vayan en contra del principio jurídico de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Y se considera necesario que los cónyuges o las parejas de hecho de aquellos trabajadores autónomos que tengan acceso a un sistema de protección social deben disfrutar también del derecho a beneficiarse de protección social.

III. MARCO LEGISLATIVO DE REFERENCIA SOBRE LA TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS: LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

En el año 2007 se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Ley supone un avance en nuestro ordenamiento jurídico al ser un texto que pretende dar respuesta a situación real de discriminación de las mujeres. Desde un punto de vista técnico, la igualdad reconocida en el art. 14 de la Constitución española (CE) permitía su aplicación directa sin necesidad de desarrollo legislativo y, así la tutela de la igualdad y la corrección de las discriminaciones por razón de género se había venido produciendo por la jurisprudencia. Especialmente por las sentencias del Tribunal Constitucional al conocer de recursos de amparo o de cuestiones de inconstitucionalidad. Estas sentencias del Tribunal Constitucional han desarrollado el

derecho fundamental a la igualdad y han servido de fundamento a la redacción de la LO 3/2007, que incorpora parte de esa doctrina del Tribunal Constitucional por lo que consideramos importante explicar esa jurisprudencia.

Otro fundamento importante de la LO 3/2007 son las Directivas de igualdad emanadas de la Unión Europea. Así, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Junto con estas dos, se han promulgado otras Directivas igualmente importantes, como la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Una primera aproximación a estas Directivas, nos lleva a determinar un contenido nuclear que gravita en torno a unos puntos esenciales que son: el establecimiento de definiciones importantes, como la de discriminación directa e indirecta; el reconocimiento de las acciones positivas; la consagración de la inversión de la carga de la prueba y la promoción de organismos de igualdad.

Después se analiza el contenido material de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que presta atención, entre otras muchas cosas, a la situación de las mujeres del medio rural. Dedicando el artículo 30 al desarrollo rural «1. A fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo». Esta previsión se ha desarrollado con la promulgación del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias, y la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias, derogada por la Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, por la que se regula el registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida. Y, en 2011, la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

IV. ESTUDIO COMPARATIVO DEL DESARROLLO EN LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS.

En Andalucía debemos partir de la norma básica que es el Estatuto de Autonomía que, en su última redacción del 2007, incorpora en el artículo 15 la garantía de la «igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos». Pero en un análisis transversal del Estatuto de Autonomía andaluz la igualdad de oportunidades está presente a lo largo de todo el articulado. Y, también se preocupa el Estatuto de Autonomía del desarrollo rural.

En el año 2011, se promulgó la Orden de 12 de diciembre de 2011, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, por la que se aprueba el modelo de declaración de la titularidad compartida de explotaciones agrarias para su inscripción en el registro de la titularidad compartida. (BOJA núm. 247, de 20 de diciembre de 2011). Según su Exposición de Motivos se desarrolla la previsión del artículo 30 de la LO 3/2007, de la figura jurídica de la titularidad compartida, como medida dirigida a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, y conseguir el pleno reconocimiento del trabajo de las mujeres en el ámbito rural. Y se da cumplimiento a la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, cuyo artículo 6.1. «Para que la titularidad compartida de las explotaciones agrarias produzca todos sus efectos jurídicos será precisa su inscripción previa en el Registro constituido al efecto por la correspondiente Comunidad Autónoma».

Existe normativa de desarrollo en Aragón a través de la Orden de 7 de marzo de 2012, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente por la que se crea el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificada por la Orden de 4 de junio de 2012.

En Asturias el registro se ha desarrollado en 2013 cuando se promulga el Decreto 73/2013, de 11 de septiembre, sobre registro de Explotaciones Agrarias de Titularidad Compartida del principado de Asturias, y unos meses más tarde se completa con la Resolución de 25 de septiembre de 2013, de la Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos, por la que se aprueba el modelo de declaración conjunta a que se refiere el Decreto 73/2013, de 11 de septiembre, sobre Registro de explotaciones Agrarias de Titularidad Compartida del Principado de Asturias (RETICOMPA).

Y, en las Islas Baleares, el desarrollo del Registro ha sido más reciente, en concreto en 2015, se promulga el Decreto 43/2015, de 22 de mayo, de principios generales y directrices de coordinación en materia de

explotaciones agrarias, agrarias prioritarias, de titularidad compartida, preferentes y de ocio o autoconsumo; de regulación sobre la organización y funcionamiento del Registro Interinsular Agrario y de los registros insulares agrarios de las Illes Balears. Previamente, el artículo 13.1 de la Ley 12/2014, agraria de las Illes Balears, obligaba a otorgar la categoría de explotación de titularidad compartida a aquella que cumpla los requisitos correspondientes.

Tenemos el caso de Canarias que presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, que se basó en cuestiones competenciales, que ha sido resuelto en la Sentencia 11/2015, de 5 de febrero de 2015, donde el TC se pronuncia sobre las competencias sobre legislación civil y ordenación general de la economía, y la constitucionalidad del precepto legal estatal que prevé la creación de un registro autonómico sobre explotaciones agrarias de titularidad compartida. Tras ser desestimado el recurso de inconstitucionalidad al declarar el TC que no se invaden competencias de las Comunidades Autónomas, finalmente se ha regulado el registro en 2016, mediante la Orden de 27 de septiembre de 2016, por la que se crea el registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida de Canarias, que lo denomina REATC.

Cantabria no ha desarrollado el registro de titularidad compartida específicamente, sin embargo en el año 2015 ha promulgado el Decreto 42/2015, de 18 de junio, por el que se crea el Registro de Explotaciones Agrícolas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, donde se define la titularidad compartida y en el modelo de inscripción se puede identificar la explotación como de titularidad compartida por lo que entendemos que este registro cumple las funciones, también de registro de titularidad compartida aunque se denomine de otro modo.

En Castilla-La Mancha el registro se ha desarrollado por la Orden de 13/10/2010, de la consejería de agricultura y medio ambiente, por la que se aprueba el modelo de solicitud de comunicación titularidad compartida de explotaciones agrarias de Castilla-La Mancha (vigente hasta el 12 de julio de 2012). En 2011, se promulgó el Decreto 21/2011, de 05/04/2011, por el que se establecen disposiciones para la gestión del registro de explotaciones agrarias de Castilla-La Mancha, donde se define la titularidad compartida, y en 2012 la Orden de 29 de junio por la que se establece el régimen aplicable al Registro de Gestión de Titularidad Compartida de las Explotaciones Agrarias en Castilla-La Mancha, que deroga la Orden de 13/10/2010.

Es en el año 2012 cuando se desarrolla el registro en Castilla y León a través de la Orden AYG/546/2012, de 6 de junio, por la que se establece el procedimiento de inscripción en el Registro de titularidad compartida de las explotaciones agrarias en Castilla y León.

En Cataluña, en la web www20.gencat.cat⁷ se publica la documentación a presentar y los requisitos para constituir una titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Y su normativa reguladora es el Decreto 44/2012, de 24 de abril, por el que se crea el Sistema Integrado de datos de Explotaciones Agrarias de Cataluña y la Orden ARP/19/2017, de 8 de febrero, por la que se establece y se regula la declaración única agraria de 2017.

En Extremadura la Ley 5/1992, de 26 de diciembre, sobre Ordenación de las producciones agrarias en Extremadura, en su artículo 3, dice: «Se crea un Registro de Explotaciones Agrarias que contendrá la información necesaria que permita obtener datos fiables sobre superficies de siembra y previsiones de cosechas, ganadería y superficies destinadas al aprovechamiento directo por el ganado y otros, de modo que tanto la Administración, como los titulares de las explotaciones puedan tomar decisiones sobre los objetivos de producción en base a esta información». También, la Ley 4/1992 de 26 de noviembre, de Financiación Agraria Extremeña, en su artículo 26, apartado A) establece que para que un titular de explotación agraria pueda ser beneficiario de cualquiera de las ayudas contempladas en dicha Ley es necesario que la explotación esté inscrita y actualizada en el correspondiente Registro de Explotaciones de la propia Consejería de Agricultura y Comercio o, en su defecto, tener solicitada dicha inscripción o actualización con antelación a dicha solicitud. El Registro se creó por el DECRETO 26-1-1993, núm. 3/1993. Será en 2016 cuando se cree el registro de titularidad compartida por medio del DECRETO 106/2016, de 19 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Titularidad Compartida de explotaciones agrarias de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En Galicia, en el año 2008 se promulgó el Decreto 253/2008, de 30 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de Galicia. Ya en el año 2009, se promulgó la Orden de 22 de enero de 2009 por la que se establecen disposiciones para la gestión del Registro de Explotaciones Agrarias de Galicia. Y en 2012, el Decreto 200/2012, de 4 de octubre, por el que se regula el Registro de Explotaciones Agrarias de Galicia, que crea una nueva sección en el Registro para la titularidad compartida en cumplimiento de la Ley 35/2011.

En La Rioja, no se ha desarrollado por norma autonómica, pero en aplicación de la Ley estatal 35/2011, se ha previsto la inscripción en su web: www.larioja.org. Se establecen los requisitos de los titulares de titularidad compartida⁸.

⁷ http://web.gencat.cat/es/tramits/tramits-temes/9992_Registre-dexplotacions-agraries-de-Catalunya-de-la-titularitat-compartida?category=7280fc48-a82c-11e3-a972-000c29052e2c

⁸ <http://www.larioja.org/agricultura/es/titularidad-compartida/inscripcion-registro-titularidad-compartida>

Madrid no ha desarrollado el Registro de titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

En Murcia, el Decreto n.º 448/2009, de 29 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, define en su artículo 2.c) la titularidad compartida, como «aquella en la que tanto la mujer como su cónyuge o persona ligada a ella con una relación de análoga afectividad inscrita en algún registro público, cumple los requisitos del artículo 4.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias y declaran tal circunstancia a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma a los efectos de su inscripción en el Registro regulado en el artículo 5 del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias». Habiéndose regulado en 2013 el registro propio a través del Decreto n.º 8/2013, de 18 de enero, por el que se crea y regula el registro de explotaciones agrarias prioritarias y de titularidad compartida de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En Navarra, en el enlace a pie de página⁹, se encuentra la siguiente información sobre el procedimiento para la inscripción en el Registro de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Sin embargo, en cuanto a la normativa remite a la Ley 35/2011, y no se publica la norma autonómica que lo regula, ni parece que se haya publicado tampoco en su Boletín Oficial.

En el País vasco, en el año 1993 se promulgó el Decreto 84/1993, de 30 de marzo, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que define la titularidad compartida. Pero no se ha desarrollado el Registro de Titularidad compartida. Sin embargo, en 2015 se promulga la Ley 8/2015, de 15 de octubre, del Estatuto de las Mujeres Agricultoras, que define la titularidad compartida y remite al registro de explotaciones agrarias del País Vasco.

En Valencia se ha regulado por la ORDEN 33/2010, de 5 de octubre, de la Conselleria de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se regula el procedimiento administrativo de reconocimiento de la titularidad compartida de explotaciones agrarias en la Comunitat Valenciana y se crea un fichero de datos de carácter personal para su inscripción.

V. ANÁLISIS DE LA LEY 35/2011, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS

En desarrollo del artículo 30 de la LO 3/2007 se promulga la Ley 35/2011, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias que incorpora a

⁹ http://www.navarra.es/home_es/Servicios/ficha/4428/Registro-de-titularidad-compartida-de-las-explotaciones-agrarias

nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

La Ley 35/2011 parte de la constatación de que las mujeres trabajan en las explotaciones agrarias, pero no constan como titulares de las mismas. Dos problemas básicos se plantean: la invisibilidad y la desigualdad. Con esta realidad social la titularidad compartida pretende cambiar las estructuras agrarias para que las mujeres del mundo rural gocen de una igualdad de derechos efectiva respecto de los hombres. La titularidad compartida no es sólo una nueva figura jurídica, sino que se considera una acción positiva que logre dar visibilidad a las mujeres para estas puedan ejercer y disfrutar de todos los derechos.

Para corregir esta desigualdad e invisibilidad la Ley 35/2011 propone dos modelos de visibilización del trabajo de las mujeres, un régimen de titularidad compartida de la explotación a cuya regulación dedica los artículos 4 a 8, o la posibilidad, que prevé la disposición adicional primera, de constituir una sociedad de responsabilidad limitada entre los cónyuges o convivientes¹⁰. Además, para las personas que no se acojan al modelo de titularidad compartida, el capítulo IV de la Ley 35/2011, regula el derecho a una compensación económica, siempre que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado. Compensación que podía pedirse en un plazo de 5 años, tal como establece el artículo 15 de la Ley 35/2011 que regula el plazo de reclamación, de tal modo que «La acción para reclamar el pago de la compensación prescribirá a los cinco años contados desde el cumplimiento de los supuestos previstos en el artículo 13.2 de esta Ley».

En cuanto, al régimen de la titularidad compartida, con carácter general la Ley 35/2011 exige unos requisitos para ser titular de una explotación agraria. Hay que estar dado de alta en la Seguridad Social, trabajar efectivamente en la explotación y residir en el medio rural de la explotación. (art. 3).

En cuanto al régimen de funcionamiento de la explotación la Ley 35/2011 parte de un reparto equitativo tanto de responsabilidades y funciones como de beneficios. Así, se prevé una administración común de ambos titulares,

¹⁰ Disposición adicional primera. Constitución de sociedades de responsabilidad limitada.

Quienes cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley decidan no crear una explotación agraria de titularidad compartida, podrán constituir entre sí una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5. Dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Estas sociedades se ajustarán a los Estatutos-tipo que se aprueben por el Ministerio de Justicia, con las bonificaciones y exenciones fiscales que legalmente se determinen.

que además responden directa, personal, solidaria e ilimitadamente de las resultas de su gestión. (art. 4). Del mismo modo que se administra y se responde conjuntamente también los beneficios se reparten al 50 por ciento entre ambos titulares. (art. 5).

Ahora bien, para que se aplique este régimen jurídico la Ley 35/2011 exige la inscripción en un registro constituido al efecto en la correspondiente Comunidad Autónoma. (art. 6.1)¹¹.

En la declaración conjunta se debe identificar tanto los titulares como la explotación, y los bienes que la integran, y entre otros datos económicos y fiscales, es importante que se acredite el vínculo entre los titulares que se puede hacer presentando el certificado de matrimonio o de la inscripción como pareja de hecho, o, en los casos de mera convivencia incluir en la declaración la aseveración de que existe una análoga relación de afectividad. (art. 6.2).

La Ley 35/2011 regula también el régimen de extinción de la titularidad compartida que se regula en el artículo 8.

En cuanto al régimen fiscal el artículo 9 de la Ley 35/2011, establece que la titularidad compartida de explotaciones agrarias tendrá la consideración a efectos tributarios, de entidad del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Este artículo 35.4 regula que «Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las Leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición». De tal modo que cada titularidad compartida debe tributar y tendrá un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Este número de identificación fiscal será facilitado por la Administración General del Estado, de oficio o a instancia de la persona interesada.

¹¹ El documento que se inscribe es una declaración conjunta en la que hagan constar lo siguiente:

- a) Datos de identificación personal.
- b) Datos de identificación de la explotación.
- c) Datos de los bienes y derechos que conforman la explotación agraria de titularidad compartida. En particular, en el caso de bienes inmuebles y de derechos reales sobre los mismos, se deberá especificar la referencia catastral y cualesquiera otros datos que pudieran resultar de la normativa vigente.
- d) Número de Identificación Fiscal asignado por la Administración tributaria competente conforme al artículo 9 de esta Ley.
- e) Datos identificativos de la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida.
- f) Datos identificativos del representante, en su caso, de la titularidad compartida.
- g) Certificado de matrimonio o certificado de inscripción de pareja de hecho, o aseveración de vinculación de análoga relación de afectividad incluida en la declaración conjunta.

En materia de Seguridad Social, el artículo 10 de la Ley 35/2011, establece que los titulares de la explotación de titularidad compartida que realicen una actividad agraria se incluirán en el sistema de la Seguridad Social.

Hemos hablado antes del reparto de responsabilidades y beneficios, el artículo 11 de la Ley 35/2011 establece un reparto por mitades iguales para cada cónyuge o miembro de la pareja de hecho titulares de la explotación en régimen de titularidad compartida. Este reparto por mitad se prevé para: Subvenciones, Ayudas directas y Ayudas de desarrollo rural. Ya procedan, estas subvenciones o ayudas, de fuentes de financiación europeas, estatales o autonómicas. Pero para las subvenciones estatales se establece un trato preferente en el art. 12. 3. «Las bases reguladoras de subvenciones financiadas por la Administración General del Estado, incorporarán para beneficiar a las explotaciones agrarias de titularidad compartida un trato preferente. Dicho trato preferente consistirá, a igualdad de requisitos para las explotaciones y para cada nivel de apoyo, en el incremento de la ponderación o puntuación en los criterios objetivos de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas establecidas en las referidas bases reguladoras, adicionalmente a otras situaciones de preferencia y prioridad establecidas en el resto del ordenamiento jurídico».

La solicitud de las citadas ayudas se realizará a nombre de la entidad de titularidad compartida que constituye la explotación agraria de titularidad compartida, efectuándose el pago correspondiente en la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida.

La Ley 35/2011, en su artículo 12, establece que el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino adoptará medidas para fomentar la constitución de explotaciones agrarias de titularidad compartida. Y estas explotaciones tendrán la consideración de prioritarias a los efectos de la Ley 19/1995, de Modernización de las explotaciones agrarias, aunque para tener la consideración de prioritarias hay que cumplir unos requisitos.

En cuanto a la compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria. El art. 13.1 de la Ley 35/2011 prevé que «Las personas casadas o unidas por análoga relación de afectividad que participen de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni se hayan acogido al régimen de titularidad compartida previsto en la presente Ley, tendrán derecho a una compensación económica».

La cuantía de la compensación dependerá del valor real de la explotación agraria, y se calculará en función del tiempo real y efectivo dedicado a la explotación. (art. 14). Estableciéndose un plazo para reclamar esta compensación de 5 años (art. 15).

La opción del modelo de sociedad de responsabilidad limitada, está prevista en la Disposición adicional primera de la Ley 35/2011, para «quienes cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley

decidan no crear una explotación agraria de titularidad compartida». En estos casos «podrán constituir entre sí una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5. Dos¹² del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Estas sociedades se ajustarán a los Estatutos-tipo que se aprueben por el Ministerio de Justicia, con las bonificaciones y exenciones fiscales que legalmente se determinen».

El objetivo de este Real Decreto-Ley 13/2010 es «continuar y reforzar la política de impulso al crecimiento de la economía española y al incremento de su competitividad través de medidas de apoyo a la actividad empresarial, esencialmente enfocadas a las pequeñas y medianas empresas, de tal modo que, a través de una reducción de cargas impositivas y de otra índole, se favorezca la inversión productiva, la competitividad de las empresas españolas y, por ende, la creación de empleo».

La aplicación del art. 5.dos supone una simplificación en los trámites de constitución de las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, que son un modelo de organización empresarial con personalidad jurídica propia lo que les permite actuar válidamente en el tráfico jurídico, pero con una responsabilidad limitada al capital de la sociedad, y por lo que respecta a las explotaciones agrarias esa sociedad se constituiría por los dos titulares cónyuges o convivientes.

Así, las soluciones que regula la Ley 35/2011, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias son tres:

1. *La titularidad compartida de la explotación agraria*: Un modelo de visibilización del trabajo de las mujeres, un régimen de titularidad compartida de la explotación, a cuya regulación dedica los artículos 4 a 8.

¹² Artículo 5. Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital.

Dos. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada no sea superior a 3.100 euros y sus estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia, se seguirán las reglas previstas en el mismo con las siguientes especialidades:

- a) El notario otorgará la escritura de constitución en el mismo día en el que, aportados todos los antecedentes necesarios para ello, reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central.
- b) El registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura, entendiéndose por horas hábiles a estos efectos las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros.
- c) Se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad fija de 60 euros para el notario y 40 para el registrador.

2. *La constitución de una sociedad de responsabilidad limitada*: La posibilidad, que prevé la disposición adicional primera, de constituir una sociedad de responsabilidad limitada entre los cónyuges o convivientes.
3. *El derecho a una compensación económica*: Para quienes no se acojan al modelo de titularidad compartida, el capítulo IV de la Ley 35/2011, regula el derecho a una compensación económica, siempre que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado.

VI. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO SOBRE IGUALDAD Y EXPLOTACIONES AGRARIAS: FRANCIA E ITALIA

En Francia, destaca la figura del estatuto del cónyuge colaborador. Francia modificó su Constitución al adoptar la Ley Constitucional nº 99-569, de 8 de julio de 1999 relativa a la igualdad entre mujeres y hombres (J.O., 9 de julio de 1999); así como la Ley nº 2000-493 de 6 de junio de 2000 que tiende a favorecer el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas¹³.

En 1999, se promulgó la Ley francesa de orientación Agrícola, de 9 de julio, que incorpora el reconocimiento del carácter multifuncional de la agricultura, donde ya no sólo se van a producir alimentos, sino que debe existir una preocupación por el medio ambiente. Así, el artículo 1 de la Ley de Orientación Agrícola de Francia establece que la política agraria debe tener en cuenta la función económica, pero también, medioambiental y social de la agricultura. A esta plurifuncionalidad inherente al mundo rural, se refiere también, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre «El papel de la mujer rural en el desarrollo sostenible de la agricultura de la Unión Europea», (2000/C 204/07). Y, este principio de multifuncionalidad de la agricultura se incorporó, también, a la Agenda 2000 aprobada en el Consejo Europeo de Berlín, como principio rector del segundo pilar de la futura política agraria europea.

La Ley de Orientación Agrícola (LOA) de 9 de julio de 1999, creó los Contratos Territoriales de Explotación (CTE), con la finalidad de incentivar a los agricultores para adoptar los cambios en las explotaciones para su modernización o multifuncionalidad de la agricultura. Con un contrato territorial de explotación, el agricultor tiene que cumplir una serie de medidas de mejora, a nivel de productividad de la explotación, de cuidar el medio ambiente, es decir, cuidar los aspectos ecológicos, y, desde un punto de vista

¹³ Serra Cristóbal 2008: 170. Y Mertens De Wilmars y Cantarino, «Ciudadanía paritaria ¿Una cuestión de concepto?, en <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/30-Ciudadanía%20paritaria.pdf>

social, se fomenta la creación y/o mantenimiento de empleo, la legalización de economía sumergida, y la mejora de las condiciones laborales. Con la finalidad última de la modernización de la agricultura francesa.

Este modelo francés de contrato territorial se recepciona en España, a través de la Ley 45/2007, cuyo artículo 16.2 establece que «El contrato territorial es el instrumento que establece el conjunto de compromisos a suscribir entre las Administraciones Públicas y los titulares de las explotaciones agrarias que orienten e incentiven su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural. La suscripción de estos contratos será requisito necesario para beneficiarse de las prioridades señaladas en el apartado anterior, y sus determinaciones se ajustarán a las Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural. El resto de sus requisitos, condiciones y efectos se determinarán reglamentariamente». Y este Reglamento se promulgó por el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural.

Ley de orientación agraria francesa de 9 de julio de 1999 incluyó como novedad el Estatuto del cónyuge colaborador de modo que el/la cónyuge pueda optar por ser colaborador o colaboradora, siempre y cuando, la explotación no esté constituida como sociedad. De este modo el/la cónyuge se beneficia del llamado seguro de vejez de personas no asalariadas. Se establece que el cónyuge del titular de una explotación puede trabajar como colaborador de la explotación.

La Ley de Orientación agraria francesa de 9 de julio de 1999 incluye como una de sus novedades la regulación del Estatuto del cónyuge del agricultor. La Ley de Orientación A de 1999 introdujo dos innovaciones para el estatuto del cónyuge del agricultor:

- la creación de un estatuto de colaborador de la explotación
- y la institución de un derecho de crédito de *saiaire différé* en beneficio del cónyuge del agricultor.

Considera la doctrina que esta previsión constituye una cierta respuesta a la reivindicación de las mujeres de los agricultores que desarrollaban su trabajo con ellos en la explotación y, sin embargo, no han visto reconocido un verdadero estatuto profesional como consecuencia de la actividad realmente desplegada. Se configura como un derecho de crédito reconocido al cónyuge del agricultor que no ha sido remunerado por la actividad desarrollada en la explotación. No tiene carácter obligatorio y supone una opción de la persona interesada. «El cónyuge del titular de una explotación o de una empresa agraria que no está constituida bajo la forma de una sociedad o de una cotitularidad entre cónyuges puede ejercer su actividad

profesional en calidad de colaborador de la explotación o de la empresa agraria»¹⁴.

En cuanto a Italia, la Constitución italiana de 1948, reconoce la igualdad en el artículo 3 que establece que todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción por razón de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, o condiciones personales o sociales. Compite a la República remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidiendo el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.

Si comparamos este artículo con la regulación de nuestra Constitución, vemos que se correspondería con nuestro artículo 14, donde se establece la igualdad ante la ley, y la no discriminación por razón de sexo, pero también, con nuestro artículo 9.2 donde se establece la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Lo que ya hemos analizado como el reconocimiento de la igualdad formal y la igualdad material.

Pero la Constitución italiana de 1948 incorpora, además, un artículo específico reconociendo derechos para la mujer trabajadora. El artículo 37 de la Constitución italiana establece que la mujer trabajadora tiene los mismos derechos, y la paridad en el trabajo, la misma retribución de los trabajadores. Y, además, como medida de conciliación de la vida familiar y laboral, se establece que las condiciones de su trabajo deben consentir el desarrollo de sus funciones familiares y asegurar a la madre y al hijo una especial y adecuada protección.

Con éste marco jurídico constitucional, la no discriminación por razón de sexo, se desarrolla en normas de rango legal. En 1977, se promulgó la Ley de 9 de diciembre, núm. 903, de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de trabajo. Su artículo 1 prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo en el acceso al trabajo, ya sea por razones de estado matrimonial, de familia o de embarazo. E, incluso, prohíbe la discriminación indirecta, a través de mecanismos de preselección o a través de publicidad que exijan como requisito profesional la pertenencia a uno u otro sexo. Aunque, esta Ley de 1977 no define que sea discriminación indirecta, cosa que ocurre ya en la Ley 125/1991, que estudiamos a continuación. Lo que reconoce el artículo 2 de ésta Ley de 1977 es un derecho de las trabajadoras a la igualdad de retribución ante prestaciones iguales. En España hubo que esperar hasta el año 2002, para que se reformara el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 33/2002, introduciendo esta igualdad de remuneración por razón de sexo.

¹⁴ Muñiz Espada 2002: 6-10, en https://www.nodo50.org/mujeresred/rural_pdf/experiencias.pdf

En 1991, se promulgó en Italia la Ley 125/1991, sobre acciones positivas para la realización de la paridad hombre-mujer en el trabajo. La finalidad de esta Ley 125/1991, según su artículo 1, es favorecer la ocupación femenina, y alcanzar la igualdad en el trabajo entre el hombre y la mujer, mediante la adopción de acciones positivas que remuevan los obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades. Y, en concreto, favorecer el acceso al trabajo autónomo, y favorecer el acceso a los sectores profesionales donde las mujeres están subrepresentadas.

Otro elemento importante de la Ley 125/1991, es la creación del Comité Nacional para la aplicación del principio de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras. Según el artículo 5.1 de la Ley 125/1991, el Comité se constituye en el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, con la finalidad de promover la remoción de los comportamientos discriminatorios por razón de sexo y de los obstáculos que limitan de facto la igualdad de la mujer en el acceso al trabajo y en la carrera profesional.

En 1992, se promulga la Ley de 25 de febrero de 1992, núm. 125, de acciones positivas para las mujeres empresarias. Su finalidad, según el artículo 1, es promover la igualdad sustancial entre hombres y mujeres en la actividad económica y empresarial. En concreto, favorecer a las mujeres empresarias, promover su formación, facilitarles el acceso al crédito, incentivar la presencia de las mujeres en las empresas familiares, y favorecer su incorporación a los sectores productivos más innovadores.

Se establecen en el artículo 2.1.a) de ésta Ley 215/1992, una serie de beneficios de los que pueden ser beneficiarias las mujeres para el desarrollo de la actividad empresarial en diversos sectores, entre los que se encuentra la agricultura. De tal modo que, aunque no es una Ley específica para la mujer rural, sí prevé ayudas para las mujeres empresarias en éste sector. La importancia del sector agrícola se deja sentir en la inclusión del Ministro de Agricultura en el Comité de mujeres empresarias.

En el año 2000, se publica la Ley de 8 de marzo, núm. 53, de disposiciones para el apoyo a la maternidad y a la paternidad, para el derecho al cuidado y a la formación y para la coordinación del tiempo de la ciudad. Su finalidad esencial es promover el equilibrio entre el tiempo de trabajo y de cuidado, y la formación, a través de la licencia parental y la ampliación del apoyo a los padres de minusválidos. Así como, las licencias para la formación y educación continua. Aunque no existe una regulación específica para las mujeres rurales, sin duda, ésta Ley les será de aplicación. De hecho, el artículo 25 prevé que los Alcaldes constituyan una Mesa de concertación para la aplicación y verificación de los proyectos contenidos en el plan de horarios. Esa mesa se integra por un conjunto de miembros, entre los que deben estar representantes de los empresarios de grandes, medianas y pequeñas empresas, comercio, servicios, artesanía y agricultura.

Pero será en el año 2005 cuando se promulgue la Ley italiana de 28 de noviembre, cuyo artículo 6 delega en el Gobierno italiano la elaboración de un Decreto Legislativo para el reordenamiento de las disposiciones vigentes en materia de igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer. Dando lugar en el año 2006, a la promulgación del Código de la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, a través del Decreto Legislativo de 11 de abril de 2006, núm. 198. El artículo 40 se dedica a la carga de la prueba, en los mismos términos de la Ley 125/1991.

Para la actividad agrícola se establece una regulación específica en el artículo 63 del Código de igualdad de oportunidades, pero dentro de la regulación de la protección de la maternidad y de la paternidad. Así, establece este artículo 63 el derecho a las prestaciones por maternidad y paternidad de los trabajadores y las trabajadoras agrícolas. Para lo que han debido estar inscritos como trabajadores y trabajadoras agrícolas al menos 51 días en el año precedente.

Sin embargo, éste Código de la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, no ha previsto una regulación específica para la mujer rural, en el sentido de promover sus derechos como ciudadana y profesional. De tal modo que no encontramos, hasta ahora en el ordenamiento italiano, la figura de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

Más recientemente, en el año 2010 se promulgó el Decreto Legislativo núm. 5, de 25 de enero, de aplicación de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Este Decreto de 25 de enero de 2010, no contiene disposiciones relativas a la agricultura o a las mujeres rurales y, por lo tanto, no incorpora la figura de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

VII. LA TITULARIDAD COMPARTIDA COMO MEDIDA «BIDIRECCIONAL»

El concepto de medida bidireccional ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional, ya en una temprana sentencia en 1992, en la STC 229/1992, que conoce de un recurso de amparo planteado por una trabajadora de la minería frente a la decisión empresarial de no contratarla, aún habiendo superado las pruebas pertinentes y haber sido declarada apta para el puesto de ayudante minero al igual que sus compañeros varones, argumentando la vulneración del art. 14 CE ya que el único motivo de la no contratación es su condición de mujer.

En primera instancia la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Oviedo declaró la no vulneración del art. 14 CE argumentando que la prohibición de trabajar en el interior de la mina para las mujeres se ampara en normas internacionales. Confirmándose en suplicación por el TSJ Madrid.

Contra esta última sentencia se interpone recurso de amparo ante el TC argumentando que la normativa preconstitucional protectora de la mujer ha quedado derogada por la Constitución de 1978.

El TC otorga el amparo y argumenta en el FJ 2 que «A diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo» (STC 229/1992, FJ 2).

Seguidamente el TC afirma el «carácter bidireccional» de la regla de parificación entre los sexos, aunque esta bidireccionalidad no debe impedir ver que las mujeres han venido sufriendo una discriminación histórica por lo que en conexión con el 9.2 CE la interdicción de la discriminación implica medidas que aseguren la igualdad efectiva. Lo que permite establecer un «derecho desigual igualatorio», es decir, «la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer» (STC 229/1992, FJ 2). Concluyendo el TC que la «prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos» (STC 229/1992, FJ 2 in fine).

Será en la STC 12/2008, donde el TC utilice el concepto de bidireccionalidad al considerar que las cuotas electorales introducidas en la LOREG por la LOIMH producen ese efecto. Como sabemos la LOIMH introduce el art. 44 bis en la LOREG estableciendo que en las listas electorales deben figurar candidatos de uno y otro sexo en una proporción del 40-60. De tal modo que deben incluirse un mínimo del 40 por ciento de hombres o un mínimo del 40 por ciento de mujeres hasta un máximo del 60 por ciento. Esta medida incluida en nuestro ordenamiento por la LOIMH persigue como medida de acción positiva alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en la representación política una vez constatada la baja presencia de mujeres en el parlamento. Pero, como apunta el TC, la medida se formula garantizando también un mínimo de hombres lo que la convierte en una medida de acción positiva en favor de las mujeres pero que permite finalmente el equilibrio entre sexos, no excluyendo totalmente a los hombres. En

el fundamento jurídico 3 de la STC 12/2008 se establece que «Dicha reforma legislativa, incorporada por la disposición adicional segunda LOIHM, pretendiendo la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues es **bidireccional**, (negrita del TC) en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.»¹⁵ La medida es proporcionada y razonable (FJ 11). A este respecto, considera la doctrina, que «la razonabilidad y la proporcionalidad se encuentran en que ese porcentaje, al ser superior al 40, también puede beneficiar al hombre, en la medida en que el porcentaje de 60-40 no es de atribución específica ni al hombre ni a la mujer»¹⁶. Efectivamente, no hay un tratamiento jurídico diferente entre hombres y mujeres, por lo que no habría que acudir al concepto de acción positiva para justificar la constitucionalidad de la medida¹⁷. «Las personas de ambos géneros se encuentran en iguales condiciones de ser incluidas en las candidaturas porque ningún individuo se halla en una situación más favorable o desfavorable en virtud de su sexo. Esto permite concluir que la medida no es constitucional porque la diferenciación sea razonable, sino, de manera más sencilla, porque no existe diferenciación»¹⁸. Se ha considerado, también, que no es una medida de discriminación inversa o compensatoria a favor de la mujer, «sino, el equilibrio entre sexos que no es exactamente paritario pues se establece una horquilla

¹⁵ Llama la atención, M^a Luz MARTÍNEZ, sobre que el TC nada dice sobre su posible vigencia provisional, probablemente, razona la autora, «como consecuencia de la naturaleza jurídica que atribuye a estos porcentajes, a los que se refiere como <<una fórmula de equilibrio de sexos, que tampoco es estrictamente paritaria>>», cfr. Martínez Alarcón 2008: 120.

¹⁶ Cfr. Balaguer Callejón: 168.

¹⁷ Considera M^a del Pilar Molero que esto es cierto, la medida no favorece al hombre ni a la mujer, pero con fundamento en la propia Exposición de Motivos de la LOIHM entiende que «la cuota mínima se reserva para la mujer, pues es el sexo que hasta ahora ha contado con menor representación». Cfr. Martín-Salas 2011: 95.

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt6.pdf>

¹⁸ Cfr. Biglino Campos 2008: 286. Este argumento ya lo desarrolló la autora en 2005 al analizar la constitucionalidad de las listas paritarias. Cfr. «Acerca de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias», en *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reforma*, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga CED-MA, Málaga, 2005, p. 364.

entre el 40% y el 60% a la hora de que unos y otras integren las candidaturas electorales»¹⁹.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta medida, ha considerado la doctrina que esta formulación «aparentemente neutra» no puede hacer olvidar su finalidad, que es compensar una situación histórica de desigualdad de las mujeres en el acceso a la representación, y por ello se ha afirmado que la paridad electoral «está mucho más cerca de una medida de *reserve discrimination* que de cualquier otra cosa»²⁰. Contrariamente, se ha considerado que no estamos ante una medida de acción positiva sino ante una medida «antidiscriminatoria, destinada a remover una discriminación indirecta, en virtud de la cual la presencia de mujeres en órganos representativos sigue siendo escasa»²¹. Las cuotas mínimas no se consideraría medida de acción positiva porque «más que mejorar la posición de partida de las mujeres», imponen un resultado²².

Sobre los sistemas electorales y la representación política femenina se ha razonado por la doctrina que una representación integradora tiene mayor legitimidad que una representación excluyente. En este sentido los sistemas, «serán tanto más legítimos cuanto mayor sea el grado de integración que consigan»²³.

Este concepto se reitera en la STC 13/2009, donde igualmente considera el TC el carácter bidireccional de las cuotas electorales de la Ley del

¹⁹ Cfr. Figueruelo Burrieza 2008: 226. Analiza esta autora la realidad social de las candidaturas electorales desde la entrada en vigor de la CE de 1978, constatando que «han sido muy excepcionales los casos en los que las mujeres ocupaban el 40% de una lista electoral.» Y concluye que por esta evidente realidad «sí podemos sostener que nos hallamos ante una medida de acción positiva en el marco de una legislación que pretende superar una realidad social que se caracteriza por la menor presencia de la mujer en la política y en las instituciones públicas». Cfr. *Ibidem*: 226.

²⁰ En este sentido, Martínez Alarcón 2008: 609.

²¹ Esta es la opinión de Paloma Biglino Campos, «Variaciones sobre las listas electorales...», cit., pp. 286-287. Y «Acerca de la constitucionalidad...», cit., p. 364.

²² Blanca Rodríguez Ruíz y Ruth Rubio Marín, «De la paridad, la igualdad y la representación en el estado democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre (2007), p. 131.

²³ Cfr. Teresa Freixes Sanjuán, «El impacto de los sistemas electorales en la representación política femenina y la introducción de medidas de acción positiva en la legislación electoral», en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, (dirs.) Raúl Morodo y Pedro de Vega, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 1637. Antes de la reforma de la LOREG por la LOIMH, razonaba la autora sobre la constitucionalidad de las medidas de acción positiva consistentes en la posibilidad de reforma de la ley electoral. Apuesta por la constitucionalidad de las medidas confirmada por la Sentencia 12/2008. *Ibidem*, p. 1659.

Parlamento Vasco 4/2005, que establece una composición equilibrada en las listas electorales del 50 por ciento. En el fundamento jurídico 11 se afirma el «carácter bidireccional de la regla de parificación entre sexos».

Consideramos que este concepto de bidireccionalidad es aplicable a la titularidad compartida de las explotaciones agrarias, concebida originariamente como una medida de acción positiva, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, que pretende visibilizar el trabajo de las mujeres, su redacción es neutral o si se quiere sus efectos son bidireccionales ya que se permite acceder a la titularidad de las explotaciones agrarias al cónyuge trabajador sin diferenciar entre hombres y mujeres de tal modo que la persona, hombre o mujer, cónyuge o pareja de hecho del titular, que trabaja en la explotación puede acceder a su titularidad. Este efecto bidireccional creemos que permite cumplir con la proporcionalidad exigible para la legitimidad de las medidas de acción positiva en la medida en que preverlo sólo para las mujeres dejaría fuera a los hombres que no son titulares de la explotación de su pareja lo que supondría un perjuicio no amparable por la norma ni por la idea de equidad o equiparación entre sexos. Esta exigencia de proporcionalidad se formula en el art. 11 de la LOIHM²⁴.

VIII. CONCLUSIONES

Primera: La finalidad de la institución de la titularidad compartida pretende acabar con la invisibilidad del trabajo de las mujeres en el mundo rural. En la mayoría de los casos, el titular de la explotación agraria era el marido o la pareja de hecho varón, y así, el trabajo desarrollado por las mujeres quedaba fuera de la realidad jurídica. En otras palabras, en el ámbito de la explotación familiar del medio rural, son muchas las mujeres que comparten con los hombres las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, figura sólo el hombre como titular de la explotación agraria, lo que dificulta que se valore adecuadamente la participación de la mujer en los derechos y obligaciones derivados de la gestión de dicha explotación, en condiciones de igualdad.

²⁴ Artículo 11. Acciones positivas.

1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.
2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

Segunda: Consideramos que la titularidad compartida pretende conseguir empoderamiento de las mujeres, visibilización, participación y reconocimiento de derechos. La titularidad compartida pretende cambiar las estructuras agrarias para que las mujeres del mundo rural gocen de una igualdad de derechos efectiva respecto de los hombres. Como afirma la LO de igualdad, en su artículo 30: «para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo».

Tercera: Para nosotros la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias tiene un efecto bidireccional al permitir el acceso a la titularidad de las explotaciones tanto a los hombres como a las mujeres trabajadoras de la misma y cónyuge o pareja de hecho del titular. Bidireccionalidad que conecta con la idea de equidad y equiparación entre sexos y que satisface el requisito de proporcionalidad de las medidas de acción positiva.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Mujer y Constitución*, Ediciones Cátedra, (Madrid, 2005).
 ——— *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, (Madrid, 2010).
- BIGLINO CAMPOS, P. «Acerca de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias», en *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reforma*, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga CEDMA, (Málaga, 2005): 359-370.
- «Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, (mayo agosto 2008): 277-299.
- DE MIGUEL, A. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Ediciones Cátedra, (Madrid, 2015).
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á. «Representación política y democracia paritaria (A propósito de la Sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 12, (2º semestre 2008): 211-233.
- FREIXES SANJUÁN, T. «La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea», en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Madrid, 2000): 43-79.
- «El impacto de los sistemas electorales en la representación política femenina y la introducción de medidas de acción positiva en la legislación electoral», en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, (dirs.) Raúl Morodo y Pedro de Vega, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, (Madrid, 2001): 1631-1661.
- MACKINNON, C. A. *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, (2008): 605-624.

- «La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 142, Madrid, octubre-diciembre (2008): 105-137.
- MERTENS DE WILMARS, F. y CANTARINO, E. «Ciudadanía paritaria ¿Una cuestión de concepto?, en <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/30-Ciudadania%20paritaria.pdf>
- MOLERO MARTÍN-SALAS, M.^a DEL PILAR, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/2008, de 29 de enero», en *quid iuris*, núm. 15, (2011): 89-102.
- MONEREO ATIENZA, C. *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Editorial Comares, (Granada, 2010).
- MUÑOZ ESPADA, E. «Relaciones entre las experiencias agrarias y el mundo rural a través de la actividad de las mujeres», en Jornada Temática sobre Políticas de relevo generacional e incorporación de la mujer al mundo rural, (Madrid, 14 de noviembre de 2002): 6-10, en https://www.nodo50.org/mujeresred/rural_pdf/experiencias.pdf
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B. y RUBIO MARÍN, R. «De la paridad, la igualdad y la representación en el estado democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, (septiembre-diciembre 2007): 115-159.
- SALTZMAN, J. *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, Ediciones Cátedra, (Madrid, 1992).
- SERRA CRISTÓBAL, R. «La presencia de mujeres en los Parlamentos autonómicos. La efectividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por el legislador», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 141, Madrid, (Julio-septiembre 2008): 170.
- SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S., «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67: 63-81.
- TANNEN, D. *Género y discurso*, Paidós, (Barcelona, 1966).

THE PUNITIVE TURN IN SPAIN.
IS THE WELFARE STATE ABLE TO RESIST IT?*

*El giro punitivo en España.
¿Lo resistirá el Estado del bienestar?*

Deborah García Magna
Profesora Colaboradora de Derecho Penal
Universidad de Málaga
dgmagna@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp281-290](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp281-290)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

En los últimos años hay una tendencia en España a llevar a cabo reformas penales muy a menudo, como también sucede en otros países. En los 20 años de vigencia del Código penal español se han realizado más de 30 reformas, es decir, con más de una reforma penal al año. La mayoría han incrementado el rigor punitivo extendiendo los tipos penales, subiendo las penas y haciendo el sistema penitenciario menos flexible, en especial con algunos delitos. Todo ello ha llevado a unas tasas de población penitenciaria muy elevadas, aunque en España no hay cifras de delincuencia altas. Esta investigación pone de manifiesto que muchas de las prácticas del sistema penal indican que el modelo de la seguridad ciudadana se está consolidando en el sistema penal español. Sin embargo, este proceso tiene una diferente intensidad en cada fase del sistema, siendo más fuerte en la fase legislativa y más débil en el ámbito penitenciario. Una de las principales conclusiones es que el instrumento que se ha diseñado es ideal para medir el grado de penetración del modelo a través del sistema.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): García Magna, Deborah. 2018. "The punitive turn in Spain. Is the welfare state able to resist it?". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 281-290. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp281-290](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp281-290).

Palabras clave

Modelo penal de la seguridad ciudadana; reformas penales; Código penal español; Estado de bienestar; punitivismo.

Abstract

In recent years there is a tendency to carry out penal reforms in Spain very often, as it also happens in other countries. During its twenty years of existence, the Spanish penal code has already been modified more than 30 times, on an average of more than one penal reform by year. Most of them have increased punitiveness by widening the categories of crimes, raising the penalties, and making the penitentiary system less flexible, especially for some criminal offences, all leading to a very high prison population. The investigation has shown that there are many processes and practices indicating that the law and order model is consolidating itself in the Spanish penal system, leading to a punitive turn. Nevertheless this process has a different intensity at each phase, being stronger at the legislative stage and softer in the penitentiary enforcement phase. One of the main conclusions is, therefore, that the designed instrument is ideal for measuring the degree of penetration of the model throughout the system.

Keywords

Law and order model; penal reforms; Spanish penal Code; Welfare State; punitiveness.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. HIPÓTESIS, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA. III. RESULTADOS. IV. CONCLUSIONES. V. PROPUESTAS.

I. INTRODUCCIÓN

The Spanish penal system comes from a codification tradition based on the classical liberal criminal law and the principle of legality, and it is usually classified as a procedural justice system. This implies that both conducts considered illegal and the punishments to be imposed are previously set out in the law, including all facts to be taken into account when sentencing. Law also contains provisions on how imposed penalties are enforced, and under which conditions this enforcement can be suspended or a penalty can be replaced, as well as cases in which parole can be granted. Spanish judges are bound by some rules that limit the room for discretion in the imposition of sanctions, and their subsequent enforcement.

After a thorough review of the literature, and the rules and practices developed at the Spanish penal system, one can observe that the traditional penal model does not seem to be capable of containing the new forms of crime and therefore a new model based on the idea of law and order is displacing the procedural justice system in Spain.

According to the latest available data (11th edition of the World Prison Population List, 2016), Spain ranks third in prison population in the European Union comparative, just below UK and Portugal. This is a very striking fact because Spain does not have high crime rates, and therefore there are not many persons entering prison. The explanation is double. On the one hand, there has been an abusive use of imprisonment legal provisions in the criminal Code, with very long penalties for crimes against property and related to drugs, which are the most represented in prison (between 80% and 60% of all). It is remarkable that in its twenty years of existence, the Spanish penal code has already been modified 30 times (on an average of more than one penal reform by year). Most of them have increased punitiveness by widening the categories of crimes, raising the penalties, and making the penitentiary system less flexible, especially for some criminal offences. All these factors have contributed to that very high prison population. On the other hand, the analysis of the enforcement of the penalties imposed show that few paroles are granted, so more than 60% of inmates end up serving the whole sentence in prison. As a result, Spain has also one of the longest average prison stay in Europe (Annual Penal Statistics of the Council of Europe, SPACE I, 2012).

II. HYPOTHESIS, OBJECTIVES AND METHODOLOGY

A measuring instrument has been developed in order to confirm the hypothesis that the model of law and order is consolidating itself in Spain. This instrument consists of ten features and has been used to identify examples of them in the rules and practices developed at each phase of the Spanish criminal justice system. The analysis has focused specifically on public discourse about delinquency, criminal policy decisions, legislative processes, police routines, judicial dynamics, and prison system practices.

These are the 10 features of the model:

1. The control of the poor through the criminal justice system, leading to an exclusion approach.
2. The growing sense of insecurity, coming from different sources of risk as corruption, unemployment, low investment on public health and education, etc., but targeted by public policies focusing on risk related to crime.
3. The role of the victims as pressure groups, especially through the rhetoric of rebalancing, where rights and guarantees for the offender are conceived as a damage to the victim.
4. The politisation of the criminal justice system through the so called “punitive populism”.
5. The rise of prison, leading to a system where punishment is a way of incapacitation and retribution.
6. Crime as a matter of choice and responsibility, through the “liberal veil” theory, where the offender is conceived as a rational human being who freely decides to commit crimes: it is easier to intervene on the subject (controlling him) than on the socio-economic context (presumed static).
7. Citizens accepting or no longer questioning some of the most punitive policies.
8. The privatisation of the management of crime.
9. The loss of state sovereignty through supranational obligations.
10. And the explanations about the system through criminological and dogmatic punitive speeches.

III. RESULTS

These are the most striking results of the research:

1. An exclusion approach. The control of the poor through the criminal justice system.

The comparison between the regulation of many of the crimes usually committed by people belonging to low or marginal social classes, and those with a higher social or economic status has shown significant differences in the penalties imposed and the extent of criminal types, which do not always correspond to the gravity of the conduct, and are especially severe with blue-collar crime.

I have paid particular attention to last reform of Penal Code in 2015, concluding that the differences have increased, generally by providing greater punitive control on common crime and not modifying or doing it downward for white-collar crime.

The most represented crimes in the Spanish criminal justice system, not only regarding the number of arrests but also on the basis of imprisonment convictions and prison serving, are offences against property, especially thefts and burglaries. Crimes of drug trafficking are not among the most committed, but surprisingly are among the most represented in prison. This is mainly because the penal code provides imprisonment penalty for most of the crimes, with especially high penalties for drug trafficking.

As there is a disproportion between criminal types represented in prison, the high prison population is also a way to control the poor.

There is also evidence of the use of ethnic or racial profiling by the police, an excessive imposition of pretrial detention and its greater impact on foreigners, and not enough mechanisms for a gradual incorporation to life in freedom: a slight decrease in recent years of granting of the grade three regime (less severe enforcement degree), a slight increase of the percentage of persons classified in grade one (most severe degree), a very low amount of paroles granted (although going upwards in recent years), and a very high mortality rate.

2. The growing sense of insecurity.

Although year after year the Spanish Centre for Sociological Research (CIS) show that the main issues of concern for the citizens are corruption, unemployment, low investments in public health and education and political parties, criminal policies usually focus on the insecurity related to crime.

The analysis of all reforms of the Penal Code, shows that most laws repeatedly refer to concepts related to insecurity (social alarm, citizen safety, confidence, etc.).

Some of the alternative uses of public spaces and most of uncivil behaviors are also conceived as sources of risk of crime, so the penal intervention extends to conducts that are not necessarily criminal.

3. The role of the victims as pressure groups. The rhetoric of rebalancing, where the guarantees and rights for the offender are conceived as an injury to the victim.

There are numerous examples of penal reforms that have been carried out due to the mobilization of the victims, especially when it comes to: sexual crimes and murders committed against minors (e.g. Mari Luz Cortés and the reform of 2010: LO 5/2010, or Marta del Castillo and the reform of 2015: LO 1/2015), terrorism (after huge demonstrations organised by associations of victims, and meetings with members of the Government), violent juvenile crimes (e.g. Sandra Palo and the reforms of 2003 and 2006: LO 15/2003 and 8/2006), and gender violence (following the pressure of feminist groups on the drafting of various laws, including LO 5/2010)

4. The politization of the criminal justice system. Punitive populism.

The new penal model assumes that public opinion is alarmed and unwilling to understand rational approaches to crime, so it will be likely to accept measures aimed at calming the fear of crime, through extensive control policies and penal tools to manage uncivil behavior.

Recent empirical research about framing and agenda-setting show that populist criminal policies are based on rather emotional than rational arguments, and their proposals often disregard or neglect what citizens really need and claim. As the purpose is to obtain electoral gains, decisions often focus on the short-term view, where the media plays a key role. In short, politicians use public opinion as a criterion to measure the level of attention on a particular issue, thus justifying punitive measures or inaction in certain areas.

It is therefore necessary to refer specially to pressure groups influencing the criminal legislative decision-making in Spain. That includes victims, judiciaries, practitioners and legal experts, think tanks linked to political parties, associations positioning themselves as representatives of public morals, stakeholders looking for business opportunities, and even other States acting as lobbies and imposing their criminal policy approach through mandatory international conventions.

5. The rise of prison, leading to a system where punishment is a form of incapacitation and retribution.

Despite the fact that Spain does not have high crime rates, and the number of persons entering prison is not high, there is an elevated prison population (in the European comparative analysis). Both law in books and law in action explain this situation, as seen before. The abusive use of imprisonment provisions in the Penal Code and the low amount of paroles granted, have led Spain to have one of the longest average prison stay in Europe.

Regarding life conditions in prison and other detention facilities (police stations, internment centers for migrants, juvenile detention centers, etc.) there has been an increase in suicides in recent years, and some external institutions (e.g., Amnesty International, or the Ombudsman) have reported excessive disciplinary proceedings; inadequate medical and psychiatric care, poor infrastructure, etc.

6. Crime as a matter of choice and responsibility. The offender as a rational human being who freely decides to commit crimes.

Last reforms have limited the room for discretion for judges, including mandatory aggravating circumstances in property and sexual offenses, making the penitentiary system less flexible, etc. The result is that socioeconomic circumstances leading a person to commit a crime can not always be taken into account when sentencing. As a matter of fact, reforms carried out in 2003 and 2015 have reduced judicial discretion, incorporating very strict requirements for granting parole and other benefits to the convicted person. The use of non-custodial measures as an alternative to the prison sentences has virtually disappeared (except for the expulsion of foreigners), and parole is now a form of suspension of enforcement rather than a stage of serving prison sentences. Thus, after 2015 reform, when there is a violation of parole conditions, the convicted person must return to prison to serve the full time remaining, without discounting the time spent outside, as has always been the case until 2015.

7. Citizens accept or no longer question some of the most punitive measures.

Some examples of reforms that have not produced much concern about the potential excesses of the system are: the new regulation of confiscation and collection of DNA samples; some reforms in the field of terrorism and sexual offenses, the expansion of video surveillance (which has not proven effectiveness in preventing crime), the extension of competences of private security guards, etc.

There are also some proposals that have not yet been approved, but do not seem to cause suspicion or discontent: post-prison custody, the extended imposition of psychiatric or educational detention, the possibility of judging minors on adult courts, or the lowering of the age of criminal responsibility to 12 years.

8. The privatization of the management of crime.

There seem to be a lack of confidence in the ability of the system to address the problem of crime, and therefore a transfer to society of responsibility in controlling disorder and delinquency.

As a result, new regulation of private security guards has led to a withdrawal of public security agents in some areas. There have been a privatization of various services in Spanish prisons, as external security, workshops and treatment programs, among others. In juvenile justice this has led to an inadequate inspection system, a negative impact on children's rights, and a shift of responsibility for rehabilitation of juveniles to the community.

9. The influence of supranational instruments in the management of crime.

Spain has assumed some supranational commitments that determine legislative processes. After analysing the 30 reforms of the current Penal Code, in order to identify references to supranational commitments, it is noteworthy that 14 of them explicitly refer to conventions and jurisprudence of international courts, whereas 5 mention the legislation and jurisprudence of other countries. Regarding the content of the laws, there are 69 specific references to European or international legislation, 11 to comparative legislation or jurisprudence, and 3 to the European Court of Human Rights.

One can usually distinguish two situations: obligations that must be transposed into national legislation, and those that serve as a pretext for the national legislator to carry out broader reforms than those required by international standards.

Some examples of the very punitive reforms carried out because the supranational instruments so demand can be found at: i) the very broad concept of child pornography (Framework Decision 2004/68/JHA); ii) the regulation of preparatory acts and participation in terrorist offenses (Framework Decision 2008/919/JHA); iii) the protection of the environment that may be violating the principles of legality and ultima ratio of criminal law (Directive 2008/99/EC); iv) the regulation of hate crimes, which could undermine the principle of subsidiarity (Framework Decision 2008/913/JHA), etc.

Other examples of the use of these instruments by the Spanish legislator to carry out reforms that go beyond what is required are the regulations of: i) hate crimes (Framework Decision 2008/913/JHA); ii) confiscation (Directive 2014/42/EU); iii) genetic profile (Council of Europe Convention held in Lanzarote, 2007); iv) terrorism (UN Security Council Resolution 2178 /2014); v) age of sexual consent (Council of Europe Convention for the protection of children against exploitation and sexual abuse of 2007), etc.

10. The explanations about the system: criminological and dogmatic punitive speeches.

Although many scholars criticize the law and order model, some of them support the punitive turn, through the actuarial criminology, and some

theoretical constructions based on the concept of risk, such as situational prevention and some adaptations of the broken windows theory, the authoritarian welfarism, etc.

On the other hand, some experts have begun to lose confidence in the real possibilities of the penitentiary system of achieving rehabilitation. Therefore, they are supporting the idea of the reintegration based on the cooperative attitude of the prisoner himself, conceiving rehabilitation not only as a behavior modification but also as the internalization of values, or attributing to the victim a central role in the field of implementing the penalties through the rhetoric of rebalancing (more for the victim has to mean necessarily less for the convicted person).

IV. CONCLUSIONS

The research has shown that there are many processes and practices indicating that the law and order model is consolidating itself in the Spanish penal system, with a different intensity at each phase, being stronger at the legislative stage and softer in the penitentiary enforcement phase. Although there are no alarming crime figures in Spain and experts consider it appropriate to promote a stronger, more inclusive and active welfare state, it seems that this is not the approach that legislator is taking. It rather seems that this could only happen for utilitarian reasons, in a context of economic crisis that makes it unsustainable to maintain such a high prison population.

V. PROPOSALS

To conclude, I want to make some proposals that I think could help to resist this punitive turn. These could be, for instance:

- Improving the measurement of punitive attitudes, as it has been found that many of the formulas used are incorrect. Research about public opinion shows that citizens are less punitive than suggested by ordinary surveys, and it would be more appropriate to use deliberative polls or focus groups.
- Increasing the knowledge about the criminal justice system, as it has been found that the greater the knowledge about the reality of crime and criminal punishment, the less punitive attitude.
- Balancing the impact of mass media and establishing control measures and ethical accountability protocols when information is not contrasted or is presented out of a context.
- Demanding responsibility to populist politicians, by highlighting their erroneous estimations or their inability to carry out their policies.

- Improving the image of the criminal justice system, as those who come into contact with it draw a positive experience.
- Responding the needs of victims to reduce their vindictive demands.
- Evaluating laws to predict the need of reform and the impact of the new ones, incorporating realistic criteria to compensate the symbolic nature of many of the proposals.
- Reducing the use of prison: both in the legislative and the judicial and penitentiary areas: providing this penalty only for the most serious cases and applying as far as possible alternative to custody penalties.
- Designing respectful strategies to manage disorder: promoting the sharing of public spaces and the tolerance within the difference.
- Applying rigorous selection policies and demand of accountability processes for members of security agents and prison staff.

I am not sure if these proposals are realistic or not, but I think most of them are just a question of political will and would not be so difficult to implement.

LA PROTECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN EL ESTADO SOCIAL DEL FUTURO*

The protection of biomedical research in the Welfare State of the future

Juan Manuel Martín Guerrero

Doctorando
Universidad de Málaga

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp291-302](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp291-302)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

En la presente comunicación, que forma parte de un estudio sobre la importancia y protección que se le debe otorgar a la investigación biomédica en un futuro Estado Social, se exponen las razones fundamentales por las que debe primar el derecho fundamental a la investigación científica –art. 20.1 b Constitución Española– sobre otros intereses o bienes constitucionalmente protegidos.

Palabras clave

Investigación biomédica; estado social; derecho fundamental.

Abstract

This communication, which is part of a study on the importance and protection that biomedical research should be give in a future Welfare State, sets out the

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Martín Guerrero, Juan Manuel. 2018. «La protección de la investigación biomédica en el Estado Social del futuro». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 291-302. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp291-302](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp291-302).

fundamental reasons why the fundamental right to scientific research – art. 20.1 b Spanish Constitution – must prevail over other interests constitutionally protected.

Keywords

Biomedical research; welfare state; fundamental right.

No cabe duda, que el legislador español, desde que comenzó a regular las primeras técnicas de reproducción asistida, con la pionera Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido consciente de la necesidad de conciliar los bienes, valores o intereses constitucionales implicados en este tipo de técnicas, con la libertad científica e investigadora, contemplada desde 1978 en el art. 20. 1 b) de la Constitución Española, como derecho fundamental que, en el marco de un Estado Democrático de Derecho, debía ineludiblemente proyectar sus beneficios sobre la sociedad¹.

No obstante, como consecuencia de la naturaleza del material objeto de investigación y/o experimentación: embriones humanos, el equilibrio entre los intereses en conflicto nunca le ha sido sencillo, entre otras, por las dificultades para delimitar las fronteras de los derechos afectados. Ya en su origen, la posibilidad de obtener embriones en el laboratorio y de investigar con ellos planteó el reto de encauzar jurídicamente esa nueva realidad biológica hasta entonces sólo protegida en el vientre materno².

A este respecto, es conocido que la solución adoptada para determinar el alcance de la intervención sobre estos organismos consistió en otorgar un diferente tratamiento jurídico y/o nivel de protección a los embriones humanos dependiendo del estado de desarrollo biológico en el que se encontraran y de la capacidad o incapacidad de los mismos para llegar a ser personas. Así, la citada Ley 35/1988, distinguió y calificó a los embriones humanos a razón de dos periodos biológicos diferentes; Por un lado, los desarrollados *in vitro* desde la fecundación hasta el día catorce de vida, de los que se ocupó y a los que denominó *preembriones*³, y por otro, los que sobrepasaban dicha frontera

¹ Ruiz La Peña 2011: 1052.

² Lanzarote Martínez 2006: 153-154.

³ Por primera vez se utilizó en la legislación española la expresión «preembrión» como término generalmente aceptado; véase la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988. No obstante, nunca ha existido consenso acerca de la idoneidad del famoso término acuñado por Mac Laren y popularizado por Warnock, puesto que, en general, se entiende como una categorización artificial que carece de base científica y cuyo fin ha sido amparar las intervenciones sobre el embrión en sus primeras fases de desarrollo; COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN DE LA FUNDACIÓN CIENCIAS

biológica, regulados en la Ley 42/1988, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células tejidos u órganos, y a los que se encargó de calificar como *embriones posimplantatorios*. Por su parte, respecto a la capacidad o incapacidad de los embriones para desarrollarse, la ley no la definió con precisión, sino que se limitó a enunciarla con los términos *viabilidad e inviabilidad*⁴, haciendo depender las posibilidades de investigación a que éstos tuvieran o no aquella posibilidad. Es decir, las alternativas de investigación o experimentación en España en la década de los noventa en esta materia, solo estaban referidas en las normas a los preembriones inviables, habida cuenta que la intervención sobre los preembriones in vitro viables no podía tener otros fines que los de diagnóstico o terapéuticos. Por tanto, a los embriones preimplantatorios viables y/o preembriones se les suponía un valor o interés superior que a los calificados como inviables, de la misma forma, que a los embriones posimplantatorios y/o embriones propiamente dichos se les consideraba gradualmente más valiosos, toda vez que las posibilidades de intervención sobre los mismos se limitaban a los fines exclusivamente terapéuticos. No obstante, no se expresaban cuáles eran esos valores que preponderaban entre ambas entidades, ni los motivos que justificaban un diferente tratamiento jurídico.

Así, tanto por las expresadas presunciones ontológicas y biológicas como por el heterogéneo tratamiento jurídico que otorgaban a los embriones humanos, las leyes biomédicas de 1988, pronto fueron objeto de crítica e impugnación a través de sendos recursos de inconstitucionalidad articulados o vertebrados en torno a un motivo fundamental, como era la protección constitucionalmente exigible de la vida humana.

El Tribunal Constitucional, a este respecto, sin embargo, fue ya tajante desde la STC 212/1996, que resolvía el recurso presentado frente a la Ley 42/1988, al negar la consideración de los embriones humanos no viables siquiera como *nascituri* (F.J. 5º) y avalar la constitucionalidad de la Ley 42/1988 por cuanto que se apoyaba en un presupuesto fundamental, como era el carácter no viable, es decir, incapaz de vivir⁵, de los embriones y fetos humanos objeto de donación y/o utilización.

DE LA SALUD, Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida, Ed. Doce Calles, Madrid, 1999, p. 224; Germán Zurriarán, 2009: 174-175.

⁴ Quizás la única definición fue la recogida en el art. 5.3 de la Ley 42/1988. Pero como se ha dicho por algún autor: «la Ley de forma muy imprecisa, señala lo que entendiendo por embriones no viables: los abortados, espontáneamente o no serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta Ley»; González Morán 1998: 186.

⁵ Posteriormente, vino a reiterar esta doctrina en la STC 116/1999, de 17 de junio, cuando en su fundamento Jurídico 9º, citando la Sentencia de 1996, afirmaba que: (...) aplicado «a un embrión humano, su caracterización como ‘no viable’ hace referencia

Tras esta manifestación, en la STC 116/1999, si bien llegó a similar solución –la constitucionalidad de la norma recurrida– por las singularidades objeto del recurso, hubo de profundizar en los argumentos jurídicos de fondo utilizados en su primer pronunciamiento. En particular, porque ahora, los principales motivos de impugnación versaban sobre las intervenciones con fines de investigación y experimentación sobre los preembriones.

No obstante, aun la anterior tesis, el Tribunal Constitucional no encontró obstáculo para extender la doctrina sentada en la STC 212/1996 y declarar, sin género de dudas, la constitucionalidad de los preceptos impugnados por el simple hecho de que la Ley 35/1988 sólo permitía convertir en objeto de experimentación a aquellos embriones que, por carecer de potencialidad para desarrollarse y dar lugar a un nuevo ser humano, no estaban alcanzados por la cobertura del artículo 15 de la Constitución (F.J. 9º)⁶.

A mayor profundidad, junto a esta concluyente y relevante manifestación, el Tribunal Constitucional realizó otro razonamiento, en ese momento en relación a la creación de preembriones destinados a la procreación y a la eventualidad de su crioconservación, por resultar sobrantes de las técnicas de reproducción, que supuso una vuelta de rosca en la confección jurisprudencial del estatuto jurídico del embrión preimplantatorio, que tuvo una notable incidencia en las leyes que se promulgarían posteriormente y que es verdaderamente interesante a los fines de este trabajo. En este sentido, en el Fundamento Jurídico 11º de la STC 116/1999, el Tribunal Constitucional, reconoció abiertamente que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana»,

concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una ‘persona’ en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un ‘bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional (art. 15 C.E.) fundamento constitucional’ (STC 53/1985, fundamento jurídico 5º), por más que la dignidad de la persona pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos...» (STC 212/1996, fundamento jurídico 5º) (...).

⁶ Para un análisis crítico de la citada resolución, entre otros; Cámara Águila, 1999: 125: (...) «lo que se desprende de esta sentencia es que los preceptos que regulan el tratamiento de los preembriones vivos in vitro no son inconstitucionales; pero no sabemos muy bien por qué. No queda claro si es que en esa fase del desarrollo embrionario no hay ningún principio constitucional que despliegue sus efectos, o si en cambio, resultando de aplicación, la Ley no los afecta; Bellver Capella 1999: 132: «la STC 116/1999 constituía una magnífica ocasión para que el TC hubiese definido con precisión la protección constitucional debida al embrión humano y que no se limitara a decir que la protección otorgada por la LTRA es conforme a la CE».

por lo que el hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente podía resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 C.E.) o a la dignidad humana (art. 10.1 C.E.). Es decir, admitía expresamente que ciertos preembriones viables fueran desechados y no utilizados para la procreación al quedar inutilizados en los procedimientos de reproducción y no descartaba su preterición a favor de otros intereses de valor preferente⁷.

Dicho esto, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, junto con las conclusiones del profundo debate ético que en paralelo se había generado en la sociedad, habida cuenta la alta proporción de embriones congelados y la idoneidad de su destino⁸, propiciaron la reforma legal de la Ley 35/1988, que llegaría, tras un intento fallido un año antes, el 21 de noviembre de 2003, con la aprobación de la Ley 45/2003. En efecto, esta norma nació con el propósito de solucionar el conflicto del destino de los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro (FIV), pero pronto vio frustrado su fin, toda vez que la solución parcial que ofrecía para reducir el número de preembriones congelados y para darles un destino que no fuese irremediamente la destrucción, no satisfacía los intereses científicos, médicos y políticos que, en aquellos momentos de efervescencia en lo tocante a descubrimientos biomédicos, primaban en una sociedad que, se recordará, terminaba siglo habiendo obtenido con éxito la clonación del primer mamífero animal⁹ y comenzaba el siguiente descubriendo la posibilidad de aislar en el laboratorio

⁷ En esta línea, Romeo Malanda 2006: 129; Lorenzo Copello 2003: 113 y ss. En un sentido opuesto, sin embargo, Serrano Ruiz-Calderon 2003: 231, (...) de ello se deduce que son preembriones utilizables para reproducción que no pierden su estatus, y además, que si la técnica no requiriese o desaconsejase la criopreservación, lo que a nuestro parecer ocurre ya hoy día, no sería precisa la congelación de embriones (...).

⁸ Para un estudio a fondo sobre el debate ético de los embriones sobrantes de las técnicas de FIV y las conclusiones alcanzadas; I INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (CNRHA), de 1998; II INFORME ANUAL DE LA CNRHA, de 2000, sobre la investigación con embriones humanos sobrante; (...) La Comisión Nacional de Reproducción Asistida considera mayoritariamente que debe hacerse posible la investigación con embriones congelados «sobrantes» de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida como alternativa a su destrucción. El criterio mayoritario de la Comisión es que esa autorización debe hacerse posible mediante la modificación de las leyes que regulan en la actualidad esa cuestión y, en concreto, de la Ley 35/1988, de Reproducción Humana Asistida (...); INFORME DEL COMITÉ ASESOR DE ÉTICA PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA, relativo a la «Investigación sobre células troncales», de 2003.

⁹ Campbell KN; Mac Whir J; Ritchie, WA; Wilmut, I. 1996: 380. Y Wilmut, I, Schinckel, AE, Mc Whir, King, AJ, Campbell, KH. 1997: 810-3.

células embrionarias humanas¹⁰ y elucubrando las posibilidades de utilizarlas con fines terapéuticos¹¹.

Como consecuencia de este rechazo, surgió la actual Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que derogó finalmente la Ley 35/1988 y la Ley 43/2003, y que a diferencia de su antecesora, no limitaba el destino para investigación de los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, abriendo de esa manera el campo de posibilidades de experimentación no sólo con los preembriones congelados con anterioridad a noviembre de 2003 –fecha que fijaba la Ley 43/2003– sino también a todos aquellos que resultaran sobrantes de una fecundación in vitro para fines de procreación.

Sin embargo, la verdadera relevancia jurídica de la reforma, no se encontraba en que las parejas, o las mujeres, que desde entonces se sometieran a un procedimiento de fecundación in vitro, tenían a su alcance la opción de donar los preembriones sobrantes a fines de investigación o experimentación¹², o que los investigadores dispusieran de material adecuado y suficiente para sus proyectos, sino al hecho de que permitir la utilización de dichos organismos sin limitaciones temporales o biológicas implica que aquellos, en el momento de decidir sobre su destino para investigación, pueden tener capacidad de

¹⁰ Este hallazgo fue compartido entre dos prestigiosos científicos y sus equipos. Thomson, James A. publicaba los resultados de su equipo el 6 de noviembre de 1998, en un artículo aparecido en la revista *Science* (Thomson, J.A., Itskovitz-eldor, J., Shapiro, S.S., Watznits, M.A., Swiergiel, J. J., Marshall, V.S. y Jones, J. M., «Embryonic stem cells lines derived from human blastocyst», *Science*, 282 (1998) 1145-7). Y GEARHART, John D., publicó los hallazgos de su grupo el mismo mes, en un artículo aparecido en la revista *Proceedings of the National Academy of Sciences USA* (Shambloott, M. J., Axelman, J., Wang, S., Buug, E. M., Littlefield, J. W., Donovan, P.J. Blumenthal, P.D., Huggins, G.R. y Gearhart, J.D., «Derivation of pluripotent stem cells from cultured human primordial germ cells», *Proc. Natl. Acad. Sci. USA*. 95 (1998) 13726).

¹¹ La propia Exposición de Motivos de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su expositivo I, así lo reconoce: (...) cabe destacar especialmente los descubrimientos que se están produciendo en el ámbito de las células troncales procedentes de diferentes tipos de tejidos. Los primeros descubrimientos realizados en este campo están abriendo enormes expectativas en la investigación biomédica y farmacológica, así como en relación a su potencial terapéutico para tratar graves enfermedades que ahora son incurables (...).

¹² Art. 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; (...) 3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello (...) 4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son: (...) c) La donación con fines de investigación (...).

desarrollo o viabilidad. En definitiva, que se abriera la puerta a la investigación no sólo con embriones inviábiles sobrantes de las técnicas de fecundación –como hasta la fecha había sido– sino también con preembriones que, de ser transferidos a un útero materno, pueden tener las mismas posibilidades de desarrollo que aquellos que fueron utilizados en el procedimiento para cuyo fin se crearon.

En efecto, esta posibilidad, contemplada implícitamente en la citada norma, propició un debate sobre la constitucionalidad de los preceptos que la autorizan, no resuelto en la actualidad. Aunque los argumentos que se han opuesto son varios, se resumen en la tradicional infracción del deber constitucional de protección de la vida humana en todas sus fases de su desarrollo¹³. En este sentido, se afirma que este deber de salvaguarda de la vida humana incipiente es infringido por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, toda vez que, al permitir la utilización de preembriones viables para fines de investigación, se está reduciendo la protección otorgada a los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro* y los está convirtiendo en meros objetos de laboratorio. Por tanto, se contradice con la doctrina constitucional establecida al respecto, habida cuenta que cuando el Tribunal Constitucional autorizó el destino para experimentación de dichos organismos, lo hacía únicamente respecto a los no viables, no autorizando que la vida humana en sus orígenes estuviese privada de amparo jurídico alguno según la Constitución¹⁴.

A pesar de ello, y pese al clima de escepticismo o rechazo existente en parte de la comunidad científica por la efectividad práctica de los resultados obtenidos en la investigación con embriones humanos¹⁵, en el año 2007 surgió la norma con mayor incidencia y repercusión en la investigación con estos organismos, orientada a la medicina regenerativa. Así, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica –en adelante LIB–, además de nacer con el fin de aclarar el panorama legal, actualizando y trasladando el contenido de la obsoleta Ley 42/1988, de 28 de diciembre, en lo tocante a

¹³ Recordemos; STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. Quinto: (...) la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental la vida humana garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección se encuentra en dicho precepto constitucional (...); F.J. Séptimo: (...) debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta Sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de Nuestra Norma fundamental (...). Y STC 212/1996, de 19 de diciembre, F.J. Tercero y STC 116/1999, F.J. Quinto y Noveno.

¹⁴ Por todos, Abellan-García Sánchez 2008: 59-83; Germán Zurriarán 2009. A su vez, el autor cita a Serrano 2009: 209, donde afirma, a propósito de las novedades introducidas por la Ley 14/2006, que pueden ser objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional.

¹⁵ En este sentido, Moratalla 2007: 367-385.

investigación con embriones y fetos humanos¹⁶, tuvo como objetivo principal el alcanzar conocimiento científico para aprovechar sus resultados en la salud y bienestar colectivo, ofreciendo o proporcionando un marco legal que permitiera cubrir las necesidades y demandas investigadoras de los científicos. Sin embargo, junto con ello y como contrapunto, consciente de los retos científicos a los que se enfrentaba la sociedad y de los riesgos que implica la manipulación genética, su propósito ha sido intentar conciliar aquel fin con los derechos, principios, valores o intereses que puedan verse afectados por las investigaciones realizadas sobre los seres humanos o los organismos titulares de aquellos bienes.

Precisamente, sobre esta balanza de intereses contrapuestos se ha situado una de las técnicas biomédicas que más polémica ha suscitado desde que fuera expresamente regulada en la LIB, bajo el nombre de *activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*. Con esta denominación, la citada norma se ha referido al procedimiento científico consistente en transferir el núcleo de una célula adulta a un óvulo previamente enucleado con el propósito de crear un embrión y convertirlo en fuente de células embrionarias¹⁷. Teóricamente, las bondades de este método radican en que, con las células obtenidas, dada su naturaleza regenerativa, pueden ser tratadas diversas enfermedades, que afecten al donante del núcleo celular, evitándole problemas de incompatibilidad en el trasplante. No obstante, como contrapartida, para la obtención de dichas células es imprescindible la creación y destrucción de embriones humanos, lo que genera profundas dudas sobre la moralidad y licitud de su práctica.

Aun así, el legislador, en una clara apuesta por la investigación en medicina regenerativa, en el artículo 33.2 de la LIB, permitía «*la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*». No obstante, lo hacía con reservas y creando una dualidad normativa errónea, habida cuenta que la norma, por una parte, permite la citada técnica («incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear»), mientras que, por otra, niega que el producto del procedimiento sea un preembrión o embrión humano («que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión»).

¹⁶ Romeo Casabona 2007: 22-28.

¹⁷ Para conocer las características de la técnica, consultar INFORME SOBRE CLONACIÓN, «En las fronteras de la vida», elaborado por el Comité de Expertos en Bioética y Clonación del Instituto de Ciencias de la Salud de Madrid, España, 1999; Por su parte, para una conceptualización de la clonación no reproductiva, incluida la técnica de transferencia nuclear, véase; Junquera De Estéfani 2011: 355-364.

Las razones de dicha contradicción tienen su ser, en mi opinión: primero, en una concepción ontológica equivocada del estatuto embrionario que califica al embrión humano por el hecho biológico de la fecundación y no por el de su potencialidad intrínseca para convertirse en persona; Motivo por el cual, niega a aquellas entidades que no sean producto de una fecundación entre un gameto masculino y femenino, la naturaleza de embrión humano propiamente dicho¹⁸. Y segundo, por una cuestión jurídico formal, toda vez que si permitiera la creación de embriones/activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, bajo la premisa de que dichos entes son de la misma naturaleza que los embriones resultantes de una fecundación entre un gameto masculino y femenino, toparía con la prohibición establecida en el artículo 18.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina de «crear embriones humanos para fines de experimentación», que la propia LIB incluye en el inciso 1 del citado artículo 33¹⁹.

Expuesto todo lo anterior, y llegado a este punto, se alcanzarían las siguientes conclusiones: 1) El legislador español, progresivamente, ha ido permitiendo mayores intervenciones sobre los embriones humanos en beneficio de la investigación científica; 2) No ha regulado un estatuto jurídico del embrión humano, ni ha conseguido identificar o definir con precisión cuáles son los valores o intereses que poseen estas entidades que los haga merecedores de la protección que luego les otorga; 3) No obstante, el límite al derecho a la investigación científica lo ha situado en aquellas intervenciones que tengan como fin exclusivo la creación de embriones humanos para dichos fines.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, en el plano estrictamente constitucional, y bajo la premisa de que tanto el embrión creado tradicionalmente como el resultante de la técnica descrita tienen idéntica naturaleza, la pregunta

¹⁸ Dicha tesis es contraria a la concepción jurídica actual del embrión humano sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof – Alemania) – Oliver Brüstle/Greenpeace (Asunto C34/10), y por cuya consideración: «constituye un embrión humano todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y **todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse mediante partenogénesis**»; Lacadena, Juan Ramón, «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y dignidad del ser humano», Derecho y Genoma Humano, núm. 35/2011, pp. 145-180.

¹⁹ Véase, Lacadena 2007: 13-35; Abellan-García Sánchez 2008; «(...) Si se observa, la redacción de este precepto de la ley parte de un postulado ciertamente discutible, como es el descartar que el resultado de la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear sea un embrión propiamente dicho. Y ello se hace por pura necesidad formal absoluta, ya que, en otro caso, toparía de bruces su legalidad con lo establecido en el citado Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 1997, ratificado por España (...).

fundamental que se plantearía es la siguiente: ¿Contiene el embrión preimplantatorio un valor o interés constitucional digno de protección que limite el derecho fundamental a la investigación científica? o por el contrario, habida cuenta los beneficios que para la salud de las personas lleva aparejada la investigación biomédica, debe primar el derecho fundamental a la investigación científica frente a aquellos valores o intereses que puedan poseer los embriones humanos objeto de experimentación.

Analizada la jurisprudencia que sobre el inicio de la vida humana ha dictado el Tribunal Constitucional, en particular, la STC 53/1985, y las citadas SSTCC 212/1996 y 116/1999, y aunque no se haya pronunciado expresamente sobre esta cuestión, de los razonamientos que ha ido pergeñando, en atención a los avances científicos en esta materia y a los beneficios que, previsiblemente, se obtendrán para la salud y el bienestar de las futuras generaciones, la respuesta debe ser la preponderancia del derecho fundamental. Si bien se comparte la tesis de la gradual protección del embrión desde la fecundación, ello no quiere decir que la protección otorgada al embrión preimplantatorio tenga que venir necesariamente impuesta desde la Constitución, aunque sea titular de ciertos intereses que encuentren en aquella su último fundamento. Esta tesis sería acorde con otras manifestaciones del Tribunal Constitucional en las que admite la constitucionalidad de ciertos preceptos que *de facto* suponen una desprotección absoluta del embrión *in vitro* viable, en tanto que justifican su destrucción. Así sucede claramente con la declaración de conformidad constitucional del art. 12.1 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, donde se admitió expresamente, desde entonces, y hasta la actualidad²⁰, la posibilidad de que ciertos embriones *in vitro* viables fueran desechados y no utilizados para la procreación –F.J. 12 116/1999–²¹.

En la base de tal decisión latía una clara ponderación de intereses resuelta a favor del legítimo interés de las personas con problemas de fertilidad para aprovechar los avances científicos con el fin de alcanzar la procreación, de tal manera que se justificaría de esta forma la legitimidad de aquellas prácticas en la relativización del valor de la vida embrionaria en su fase más temprana. Si esto es así, lógicamente, tampoco se encuentran obstáculos para autorizar la creación de embriones *in vitro* mediante fecundación tradicional o través de técnicas novedosas, como la descrita, cuyo objetivo sean la investigación orientada a mejorar las condiciones de vida de personas que padecen enfermedades incurables o extremadamente graves.

²⁰ La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, autoriza la creación de embriones para la realización de las técnicas de fecundación y permite la utilización de los sobrantes para la investigación o directamente su destrucción (art. 11.4).

²¹ *Op. Cit.* Romeo Malanda 2006; Lorenzo Copello 2003

En definitiva, a falta de un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre si la creación de embriones humanos con fines de experimentación –por cualquiera de las técnicas descritas– sería contraria a la Constitución, por incumplir el deber constitucional de protección de la vida humana en todas sus fases de desarrollo, de una ponderación de los intereses en conflicto, se debe concluir la primacía del derecho fundamental a la investigación científica como actividad que proyecta sus resultados sobre la salud y la dignidad de las personas aquejadas con graves enfermedades y la necesidad de que, en un estado del bienestar futuro, se cumpla con el mandato constitucional de protección de la salud, y en consecuencia, se promueva de manera efectiva la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, a través de una mayor inversión económica en investigaciones biomédicas, así como con la eliminación de todas aquellas trabas legales que impidan desarrollar a nuestros científicos experimentos, cuyo fin último sea terapéutico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLAN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. «El estatuto jurídico del embrión en España: de la Ley de Reproducción de 1988 a la clonación terapéutica de nuestros días», *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 28/2008.
- BELLVER CAPELLA, V. *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, *Revista Derecho y Genoma Humano* (1999).
- CÁMARA ÁGUILA, M.^a del P. «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida: Comentario a la SRC 116/1999, de 17 de junio», *Revista Derecho y Constitución*, núm. 13 (1999).
- CAMPBELL KN; MAC WHIR J; RITCHIE, WA; WILMUT, I. «Sheep cloned by nuclear from a cultured cell line», *Nature*, 1996, Mar 7; 380 (6569): 64-6;
- GEARHART, J. D. (Shamblott, M. J., Axelman, J., Wang, S., Buug, E. M., Littlefield, J. W., Donovan, P.J. Blumenthal, P.D., Huggins, G.R. y Gearhart, J.D.), «Derivation of pluripotent stem cells from cultured human primordial germ cells», *Proc. Natl. Acad. Sci. USA*. 95 (1998) 13726.
- GERMÁN ZURRIARÁIN, R. «La progresiva desprotección jurídica de la vida humana en España: de la Ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007», *Cuad. Bioét.* (2009).
- GONZÁLEZ MORÁN, L. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de diciembre de 1996» (Parte I), *Revista Derecho y Genética*, núm. 9/1998.
- INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (CNRHA) (1998).
- INFORME DEL COMITÉ ASESOR DE ÉTICA PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA, relativo a la «Investigación sobre células troncales», (2003).
- INFORME SOBRE CLONACIÓN. «En las fronteras de la vida», elaborado por el Comité de Expertos en Bioética y Clonación del Instituto de Ciencias de la Salud de (Madrid, España, 1999).

- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. «Clonación no reproductiva» (jurídico), en AA.VV. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, al cuidado de Carlos María Romeo Casabona, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao (Granada, 2011), Tomo I.
- LACADENA, J. R. «La ley de investigación biomédica: algunos comentarios sobre aspectos éticos y científicos. Revista Derecho y Genoma Humano, núm. 27/2007 y «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y dignidad del ser humano», Derecho y Genoma Humano, núm. 35/2011.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P. «La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos», Cuad. Bioét. XVII, 2006/2º.
- LAURENZO COPELLO, P. «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo» en AA.VV. «Jornadas: las células embrionarias y la clonación no reproductiva: un enfoque multidisciplinar» al cuidado de Alberto Omar y Gabriel bello, Universidad de la Laguna, (2003).
- MORATALLA, N. «¿Qué hay de nuevo sobre las células troncales? la utopía de la clonación terapéutica?»; Cuadernos de Bioética, Vol. XVIII, núm. 3, (2007).
- ROMEO CASABONA, C. «La Ley de Investigación Biomédica: pros y contras»; Revista Bioética & Debate, Ed. Especial, núm. 50, Inst. Borja de Bioética, (2007).
- ROMEO MALANDA, S. «Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal», Comares, (2006).
- RUIZ LA PEÑA, R. «La libertad de investigación científica», en AA.VV. Enciclopedia de Derecho y Bioética, al cuidado de Romeo Casabona, Carlos, Comares, (Granada, 2011).
- SERRANO RUIZ-CALDERON, J. M. «Sobre la regulación de la investigación con células troncales, clonación de embriones humanos y utilización de embriones congelados sobrantes de la FIVET en España», en AA.VV. «Células Troncales Humanas: aspectos científicos, éticos y jurídicos», al cuidado de Julio L. Martínez, Desclée de Brouwer, (2003).
- THOMSON, J. A. (Thomson, J.A., Itskovitz-eldor, J., Shapiro, S.S., Watnitz, M.A., Swiergiel, J. J., Marshall, V.S. y Jones, J. M., «Embryonic stem cells lines derived from human blastocyst», Science, 282 (1998) 1145-7).
- WILMUT, I., SCHINIEKE, AE., MC WHIR, KING, AJ, CAMPBELL, KH. «Viable offspring derived from fetal an adult mammalian cells». Nature, 1997, Febr. 27;385 (6619): 810-3.

LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE ESPAÑA Y FILIPINAS RELATIVA A LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE RESERVAS*

The Conventional Practice of Spain and The Philippines concerning reservations to Human Rights Treaties

Alicia María Pastor-García

Universidad de Málaga

ampastor@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp303-316](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp303-316)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

El presente artículo se centra en el análisis de las reservas de España y Filipinas a distintas convenciones internacionales que tienen como finalidad la protección efectiva de los Derechos Humanos. De esta manera, hemos considerado que el estudio de las reservas hechas a un elevado número de convenciones multilaterales destinadas a la protección de los Derechos Humanos, así como las objeciones formuladas a las mismas, representa una forma idónea de constatar la práctica de España y Filipinas en la salvaguardia de estos derechos.

Palabras clave

Reservas, Derechos Humanos, Convenciones, España, Filipinas.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Pastor García, Alicia María. 2018. «La práctica convencional de España y Filipinas relativa a los tratados sobre Derechos Humanos en materia de reservas». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 303-316. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp303-316](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp303-316).

Abstract

The present study focuses on analyzing the reservations of Spain and the Philippines to different international conventions that aim to effectively protect Human Rights. In this sense, we have considered that the analysis of the reservations, as well as the objections made to them, made to a large number of multilateral conventions destined to the protection of Human Rights represents a suitable way to verify the practice of Spain and the Philippines towards safeguarding these rights.

Keywords

Reservations, Human Rights, conventions, Spain, the Philippines.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. PRÁCTICA CONVENCIONAL DE ESPAÑA Y FILIPINAS. 1. *Práctica relativa a los tratados sobre Derechos Humanos*. 2. *Práctica relativa a los protocolos facultativos*. III. REFLEXIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La protección de los Derechos Humanos representa en la actualidad una de las funciones principales del Derecho Internacional, cuyo desarrollo se lleva a cabo esencialmente a través de instrumentos convencionales de carácter multilateral. No obstante, no resulta extraño en la práctica que estos convenios vean limitado su alcance por medio de las reservas¹ manifestadas por los Estados Partes a los mismos, aunque esto facilite su ámbito espacial de aplicación. Esta práctica da lugar a las tensiones surgidas en torno al binomio universalidad-integridad de los convenios cuyo objeto es la protección de Derechos Humanos.

En este sentido cabe señalar que, mientras que algunos Estados optan por no ratificar aquellos tratados cuyo objeto es la protección de los Derechos Humanos, otros Estados deciden ser partes de los mismos haciendo uso del mecanismo jurídico de las reservas². Una práctica que podría limitar el ámbito de aplicación material del tratado, en la medida en que el consentimiento de un Estado en obligarse por una convención de estas características se encontraría condicionado por el establecimiento de ciertas reservas, las cuales podrían, llegado el caso, comprometer el principio de integridad del convenio y su alcance jurídico.

El presente estudio se centra en el análisis de las reservas de España y Filipinas a distintas convenciones internacionales que tienen como finalidad la protección efectiva de los Derechos Humanos. De esta manera, hemos considerado que el análisis de las reservas hechas a un elevado número de convenciones multilaterales destinadas a la protección de los Derechos Humanos representa una forma idónea de constatar la posición de España y Filipinas hacia la salvaguardia de estos derechos, así como el examen de las objeciones formuladas a reservas de otros países.

¹ Definidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 2.1.d. establece que «Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado». Convenio adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el BOE de 13 de junio de 1980.

² En este sentido, vid., por todos: Horn, 1988: 514; Imbert 1979: 503 y Riquelme Cortado 2004: 434.

Por lo que se refiere al ámbito espacial de estos tratados hemos de destacar que cuentan, en su mayoría, con una amplia ratificación. No obstante, también se han formulado un considerable número de reservas, algunas de las cuales podrían considerarse contrarias al objeto y fin del tratado, con el perjuicio resultante para la debida protección de los Derechos Humanos contenidos en estos instrumentos convencionales. Por este motivo, entendemos que la práctica de España y Filipinas en este contexto representa un buen elemento para valorar el compromiso de ambos Estados respecto de la protección de los Derechos Humanos.

Así, dentro de los tratados con un mayor número de ratificaciones, destaca la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, con un total de 196 Estados partes³. Igualmente, encontramos otros muchos convenios con un alcance significativo, como es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, de la que actualmente son partes 189 Estados; del Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1966, con un total de 178; o de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006⁴, con 174 Estados partes. Pues bien, todos estos convenios⁵ cuentan con un elevado número de reservas y declaraciones interpretativas⁶.

Igualmente, dentro de los tratados a los que se han formulado un mayor número de reservas también figuran: el Pacto internacional de derechos civiles y políticos⁷; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales⁸ y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁹.

Por su parte, entre los tratados internacionales con un menor número de ratificaciones se encuentran: la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus

³ Estos datos, al igual que los demás, disponibles en: https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en

⁴ Se trata de la convención de Naciones Unidas que mayor número de signatarios tuvo el día de su apertura a firma. Asimismo, fue el primer convenio de Derechos Humanos en abrirse a la firma de organizaciones regionales de integración. Vid, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>

Tanto es así, que la Unión Europea es parte de este tratado, con la formulación de una amplia declaración y de una reserva.

⁵ De todos ellos son partes España y Filipinas.

⁶ Declaraciones que en muchos casos esconden verdaderas reservas bajo esta denominación.

⁷ Con un total de 169 Estados partes.

⁸ Que cuenta en la actualidad con 165 Estados partes.

⁹ Con 162 Estados partes.

familiares¹⁰, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹¹, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹², y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid¹³. En efecto, todas ellas con un número de reservas bastante inferior al de aquellas convenciones que cuentan con un mayor alcance espacial. Si bien cabe hacer especial referencia en este contexto al Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe¹⁴ y a la Convención internacional contra el apartheid en los deportes¹⁵, a las que se ha formulado apenas una declaración, respectivamente¹⁶.

A la luz de estos datos cabe afirmar que el mayor alcance de los tratados puede traer aparejado un mayor número de reservas. Tanto es así, que los tratados enumerados con carácter previo cuentan con más reservas y declaraciones interpretativas que aquellos tratados que tienen un menor alcance internacional. Unos datos que evidencian la relación directamente proporcional existente entre el número de reservas y la universalidad de los convenios multilaterales.

II. PRÁCTICA CONVENCIONAL DE ESPAÑA Y FILIPINAS

1. *Práctica relativa a los tratados sobre derechos humanos*

Con el objetivo de constatar la posición de España y Filipinas hacia la protección de los Derechos Humanos, nuestra atención se ha dirigido a la práctica convencional que han generado ambos Estados tanto sobre las reservas como las objeciones a las mismas. En este sentido, la práctica convencional de Filipinas es bastante uniforme, ya que este Estado es parte de la práctica totalidad de los tratados que han sido analizados. No obstante, a pesar de su alta participación en los convenios internacionales cuyo objeto es

¹⁰ De la que España no es parte y que cuenta con 51 Estados partes.

¹¹ De la que son partes 55 Estados, entre los que no se encuentra España.

¹² De la que Filipinas no es parte y que tiene 57 Estados partes.

¹³ Con un número de Estados partes sensiblemente mayor al de los anteriores, en concreto 109, entre los que no está España.

¹⁴ Del que Filipinas no es parte.

¹⁵ De la que España no es parte.

¹⁶ El Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe consta de 23 Estados partes y una declaración formulada por la República Bolivariana de Venezuela. Por su parte, la Convención internacional contra el apartheid en los deportes, a pesar de contar con un mayor alcance, en concreto con 60 Estados partes, sólo tiene una declaración formulada por la República de Cuba.

la protección de Derechos Humanos, hemos de decir que la formulación de reservas por parte de este Estado es muy escasa.

Efectivamente, en el estudio llevado a cabo sólo se ha observado una reserva formulada por parte de este país, en concreto al artículo IV del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio¹⁷, relativo al castigo del delito de genocidio cometido por cualquier persona, incluidos los gobernantes. En este caso, el Gobierno de Filipinas establece que no puede sancionar ninguna acción que someta a su Jefe de Estado, de manera que queden anuladas ciertas inmunidades garantizadas por la Constitución de Filipinas. Asimismo, esta reserva hace referencia al artículo VII, cuyo efecto queda subordinado a que la legislación de este Estado establezca la definición y sanción del delito de genocidio, así como a los artículos VI y IX del citado convenio, con el objetivo de no privar de su competencia a los juzgados y tribunales de Filipinas para aquellos casos de genocidio cometidos en su territorio:

«1. With reference to article IV of the Convention, the Philippine Government cannot sanction any situation which would subject its Head of State, who is not a ruler, to conditions less favorable than those accorded other Heads of State, whether constitutionally responsible rulers or not. The Philippine Government does not consider said article, therefore, as overriding the existing immunities from judicial processes guaranteed certain public officials by the Constitution of the Philippines.

2. With reference to article VII of the Convention, the Philippine Government does not undertake to give effect to said article until the Congress of the Philippines has enacted the necessary legislation defining and punishing the crime of genocide, which legislation, under the Constitution of the Philippines, cannot have any retroactive effect.

3. With reference to articles VI and IX of the Convention, the Philippine Government takes the position that nothing contained in said articles shall be construed as depriving Philippine courts of jurisdiction over all cases of genocide committed within Philippine territory save only in those cases where the Philippine Government consents to have the decision of the Philippine courts reviewed by either of the international tribunals referred to in said articles. With further reference to article IX of the Convention, the Philippine Government does not consider said article to extend the concept of State responsibility beyond that recognized by the generally accepted principles of international law»¹⁸.

Por lo que respecta a España, también es parte de un número significativo de tratados multilaterales cuyo objeto es la protección de Derechos Humanos.

¹⁷ Una convención de la que son partes un total de 147 Estados.

¹⁸ El texto de esta reserva, al igual que el de las restantes reservas citadas en el presente documento, se encuentra disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#EndDec

De hecho, este Estado ha formulado determinadas reservas y declaraciones a algunos de ellos¹⁹, aunque las mismas no representan un número muy elevado. En concreto, España formuló la siguiente reserva a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

«La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española»²⁰.

Además hizo las siguientes declaraciones a la Convención sobre los Derechos del niño:

«1. Con respecto al párrafo d) del artículo 21 de la Convención, España entiende que de la interpretación del mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país.

2. España, deseando hacerse solidaria con aquellos Estados y organizaciones humanitarias que han manifestado su disconformidad con el contenido de los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención, quiere expresar asimismo su disconformidad con el límite de edad fijado en ellos y manifestar que el mismo le parece insuficiente, al permitir el reclutamiento y participación en conflictos armados de niños y niñas a partir de los quince años»²¹.

Por otro lado, resulta igualmente interesante tratar de evaluar la posición de España y Filipinas en lo que se refiere a la formulación de objeciones a aquellas reservas que consideran incompatibles con el objeto y finalidad del convenio. No obstante, cabe decir que es habitual que las objeciones establezcan que las mismas no impiden la entrada en vigor del tratado entre el país que formula la reserva y el que formula la objeción. Una posición que no siempre puede llevar a la solución de la controversia surgida al respecto, salvo en aquellos casos en los que el Estado que formula la reserva opta por retirarla como resultado de las presiones ejercidas por parte de la comunidad internacional²².

¹⁹ Aunque algunas de ellas fueron posteriormente retiradas, como las reservas formuladas a la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en concreto a su artículo XXII, que fue retirada en 1999. Publicada en BOE 282, de 25 de noviembre de 1999. Así como la reserva formulada a la totalidad del artículo IX del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, una reserva que había recibido objeciones y que fue retirada en 2009. Publicada en BOE 297, de 10 de diciembre de 2009.

²⁰ Vid. El instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de esta convención, publicado en BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

²¹ Vid. El instrumento de Ratificación de la convención, publicada en BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

²² Como hicieron, por ejemplo, Chile o Alemania. Ambos países retiraron sus reservas a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tras recibir objeciones por parte de varios Estados, entre los que se encontraba España.

En este sentido, cabe destacar que la práctica convencional de Filipinas en relación con las objeciones es bastante escasa. Tanto es así, que en el desarrollo de este estudio no se ha observado objeción alguna por parte de Filipinas. Sin embargo en el caso de España sí es muy significativo el número de objeciones formuladas a aquellas reservas que considera incompatibles con el objeto y fin del tratado, una tendencia acorde con la de otros países europeos²³.

Es más, España ha formulado objeciones a multitud de reservas de otros países en aquellos tratados de Derechos Humanos de los que este país es parte. De hecho, existe alguna objeción por parte de España en la práctica totalidad de los convenios que han sido analizados.

En algún caso se ha llegado a observar la elevada cifra de siete objeciones de España en un mismo tratado multilateral, concretamente a reservas formuladas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En otros casos el número de objeciones formuladas ha sido algo inferior, como en el caso del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, respecto del cual se han formulado cuatro objeciones, o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que consta de tres objeciones por parte de España a algunas de las reservas que han sido formuladas. Así pues, en este estudio se han analizado un total de 19 objeciones por parte de este Estado²⁴, formuladas principalmente a reservas de países de Oriente Medio²⁵, aunque no son las únicas reservas que han recibido objeciones por parte de España²⁶.

Sin embargo, resulta llamativo sobre el particular el hecho de que una convención con un alcance internacional tan amplio como es la Convención sobre derechos del niño, y por consiguiente con un elevado número de

²³ Se trata de «la práctica internacional más reciente de una tendencia contraria al silencio mostrada por la mayoría de los Estados partes en los tratados sobre derechos humanos, demostrativa de una postura más firme respecto de unas reservas que ponen en peligro la integridad y los objetivos fundamentales de los tratados normativos». García Rico 2010: 237.

²⁴ Por lo que respecta a los demás tratados internacionales examinados, en la mayoría de ellos hay sólo una objeción por parte de España a alguna reserva. En el caso de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, son dos las objeciones formuladas.

²⁵ Siete objeciones en total: dos objeciones a reservas de Arabia Saudita, dos a reservas de Qatar, y una objeción respectivamente a reservas por parte de la República Árabe Siria, Emiratos Árabes Unidos y Omán.

²⁶ También hay objeciones a reservas formuladas por parte de países del Sudeste Asiático, como Tailandia y Brunei Darussalam. Igualmente encontramos objeciones a reservas de: Estados Unidos de América (en concreto, a dos reservas), Pakistán (tres objeciones), las Maldivas, Botswana, Corea (dos objeciones) y Bangladesh.

reservas, no ha recibido objeción alguna por parte de España. Asimismo, este país tampoco ha formulado ninguna objeción a las reservas o declaraciones formuladas a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ni al Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe. Aunque no sorprende en estos casos la ausencia de objeciones por parte de España ya que, como ya se puso de manifiesto en páginas precedentes de este estudio, se trata de dos convenios con un reducido alcance internacional y que, por consiguiente, cuentan con un mínimo número de reservas²⁷.

No obstante, llegados a este punto cabe preguntarse la importancia de las relaciones bilaterales de los Estados en el contexto de la protección de los Derechos Humanos²⁸, máxime teniendo en cuenta que una objeción por parte de un Estado a una reserva no impide la entrada en vigor del tratado entre el Estado objetante y el Estado autor de la reserva, salvo que así se estipule expresamente.

Finalmente cabe hacer referencia a aquellas disposiciones contenidas en el propio texto convencional de determinados tratados internacionales, destinadas a asumir la competencia de un Comité, previa declaración de reconocimiento. Una disposición de estas características se encuentra contenida en el texto de los siguientes tratados: la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²⁹, en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Todos estos Comités han sido reconocidos por España, mientras que Filipinas sólo ha reconocido la competencia del Comité del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, si bien hemos de decir que la declaración por la que un país decide someterse a la supervisión de un Comité se puede hacer en cualquier momento. No obstante, cabe destacar que en la mayoría de los casos estudiados la competencia de estos Comités

²⁷ En el caso de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, sólo cinco de sus 57 Estados partes han formulado alguna reserva o declaración. Por otro lado, como ya se dijo con carácter previo, al Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe sólo se le ha formulado una declaración por parte de uno de sus 23 Estados partes. Por tanto, no es de extrañar en estos casos la ausencia de objeciones por parte de otros países.

²⁸ Como bien apunta Marín Aís 2015: 20.

²⁹ Filipinas no ha hecho una declaración de reconocimiento del Comité, puesto que no es parte de este convenio.

no viene determinada en el texto de los tratados, sino en los denominados protocolos facultativos³⁰ a los que a continuación nos referimos.

2. *Práctica relativa a los protocolos facultativos*

Por último, se ha considerado conveniente ocuparse del análisis de los protocolos facultativos de estas convenciones, en los que se establece la creación de Comités como órganos de control en la aplicación de estos convenios³¹. En este caso la tendencia apunta a un menor número de Estados partes, en comparación con el número de países que han ratificado el correspondiente tratado multilateral del que emana cada uno de estos instrumentos internacionales. Por consiguiente, las declaraciones y las reservas en este caso no serían tan abundantes, aunque seguimos encontrando importantes objeciones a algunas de ellas³².

En este sentido, podemos destacar algunos protocolos que cuentan con un elevado número de ratificaciones, como es el caso del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, del que son partes 116 Estados. Sin embargo, el otro protocolo derivado de este convenio: el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte, tiene en la actualidad un número de Estados partes sensiblemente menor que el anterior, en concreto 84 países. Además, el menor número de ratificaciones de este protocolo ha dado lugar sólo a cinco reservas³³ y dos declaraciones,

³⁰ De cuya ratificación por parte del Estado depende el reconocimiento de la competencia del Comité.

³¹ Se trata de órganos de vigilancia «con el mandato de supervisar la aplicación de los tratados que los crean. (...) un control para asegurar que los Estados cumplen con las obligaciones previstas en los tratados internacionales que reconocen derechos humanos». Alija Fernández y Bonet Pérez 2016: 22.

³² Pues, al igual que ocurre con los tratados internacionales, también encontramos algún caso en el que se han retirado determinadas reservas como respuesta a las presiones ejercidas por otros Estados partes del protocolo, como hiciera El Salvador respecto de su reserva al Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ante la objeción de Alemania. El Estado alemán advertía de que la ambigüedad de la reserva formulada por El Salvador, cuyo contenido genérico e impreciso hacía una referencia en sentido amplio a su normativa interna, era contraria al objeto y fin del tratado. Vid., https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_en#4

³³ Además de tres reservas que fueron posteriormente retiradas por parte de: Chipre, Malta y España. Asimismo, cabe destacar que se han formulado 15 objeciones a estas reservas, una de ellas por parte de España, de las cuales 14 son a la reserva de El Salvador y una a la de Brasil. Reservas y objeciones disponibles en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4&clang=_en#9

frente a la multitud de reservas y de declaraciones interpretativas formuladas al primer protocolo³⁴.

Por otro lado, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer también tiene un gran alcance internacional, específicamente son 109 sus Estados partes, a pesar de lo cual sólo se han formulado seis declaraciones, ninguna de las cuales ha recibido objeción alguna por parte de otro Estado. En este caso las cifras contrastan con los datos correspondientes a la convención internacional de la que deriva este protocolo facultativo, puesto que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer cuenta con un elevadísimo número de reservas y declaraciones interpretativas, así como de objeciones a las mismas.

Algo similar sucede con el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del que son partes 92 Estados, entre los que no se encuentra Filipinas. Sin embargo, sólo se han formulado tres declaraciones, por parte de: Azerbaiyán, la República Árabe Siria y Turquía³⁵.

Por lo que respecta a los protocolos facultativos derivados de la Convención sobre los Derechos del niño, en concreto: sobre la participación de niños en conflictos armados³⁶ y el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el número de Estados partes es muy superior al de otros protocolos, en concreto 166 y 173 partes respectivamente³⁷. No obstante, los datos obtenidos en este sentido no

³⁴ Una de ellas formulada por España, concretamente:

«El Gobierno Español se adhiere al Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, interpretando el artículo 5, párrafo 2, de este protocolo, en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerara ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales». Vid, Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo, BOE 79, de 2 de abril de 1985.

Además, dos de las reservas formuladas a este Protocolo han recibido objeciones, en concreto la formulada por la República de Trinidad y Tobago y por Guyana (una de las objeciones formuladas por parte de España).

³⁵ A la que se han formulado tres objeciones, por parte de Austria, Chipre y Grecia.

³⁶ Al que tanto España como Filipinas formularon una declaración, en ambos casos estableciendo que la edad mínima de reclutamiento voluntario en sus Fuerzas Armadas es de 18 años.

³⁷ Entre los que se encuentran Filipinas y España. Este último ha formulado una objeción en cada uno de estos Protocolos: en el primer caso a la reserva formulada por Omán y en el segundo a la reserva formulada por Qatar.

Es interesante que los protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del niño permiten a todos los Estados ratificarlos o adherirse a ellos, con independencia de

resultan especialmente sorprendentes teniendo en cuenta que se trata de protocolos cuyo objeto no es la creación de un Comité como órgano de control, sino de ámbitos de protección concretos derivados de una convención con un gran alcance internacional³⁸. Sin embargo, el número de Estados partes de estos protocolos contrasta con los escasos 34 países³⁹ que son partes del tercer protocolo facultativo que deriva de esta convención, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, cuyo objeto es reconocer la competencia del Comité de los derechos del niño así como establecer un sistema de comunicaciones y un procedimiento de investigación.

Por su parte, entre los protocolos que cuentan con un menor número de ratificaciones a la fecha de redacción de este artículo, se encuentran el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con el escaso número de 22 Estados partes⁴⁰, y el Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, con 83 Estados partes. En este último caso, Filipinas hizo la siguiente declaración:

«In accordance with Part V, Article 24 of the Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, the Republic of the Philippines hereby declares the postponement of the implementation of its obligations under Part III of the Optional Protocol, specifically Article 11 (1)(a) on the visitations by the Subcommittee on Prevention to places referred to in Article 4 and for them to make recommendations to States Parties concerning the protection of persons deprived of their liberty against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.»⁴¹

Como se puede observar, la práctica de Filipinas y España en lo que respecta al número de reservas o declaraciones formuladas a estos Protocolos facultativos guarda similitud con la práctica de estos Estados relativa a los textos convencionales. Del mismo modo, el número de objeciones se puede equiparar en ambos casos puesto que, si bien seguimos sin encontrar

que sean partes o no de la Convención. Por ejemplo, Estados Unidos es parte de estos protocolos pero no ha ratificado la Convención, simplemente procedió a su firma en 1995.

³⁸ De hecho, de todos los convenios sobre Derechos Humanos examinados en el desarrollo de este trabajo, la Convención sobre los Derechos del niño es la que más ratificaciones ha recibido por parte de los Estados.

³⁹ Entre ellos España. Sin embargo, a día de hoy, Filipinas no es parte de este protocolo, al igual que otros muchos Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención sobre los derechos del niño.

⁴⁰ Entre los que no se encuentra Filipinas.

⁴¹ Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&clang=_en

objeciones por parte de Filipinas a ninguna reserva formulada a estos protocolos por parte de otro Estado, en el caso de España encontramos un total de cuatro objeciones: un descenso lógico en el número de objeciones si tenemos en cuenta que el número de reservas formuladas a los protocolos facultativos es inferior que en el caso de las convenciones.

III. REFLEXIONES FINALES

De todo lo expuesto se deduce que la práctica convencional de Filipinas en lo que respecta a los tratados destinados a la protección de Derechos Humanos es muy homogénea: prácticamente todos los convenios analizados en el desarrollo de este estudio han sido ratificados por Filipinas y apenas se han encontrado reservas por parte de este Estado, lo que representa una práctica conforme a la salvaguardia de los Derechos Humanos contenidos en estos tratados multilaterales de carácter universal. Sin embargo, no se han observado objeciones a reservas formuladas por otros Estados partes, lo que deja entrever una actitud pasiva por parte de este país hacia la protección de la integridad del texto convencional.

Por otro lado, en cuanto a los Comités como organismos de control y supervisión del tratado, hemos de decir que Filipinas no reconoce la competencia de muchos de ellos, lo que contrasta con el elevado número de tratados internacionales del que este Estado es parte.

En el caso de España, su práctica convencional es algo más variada. España es parte de diez de los catorce tratados que han sido analizados, aunque no se caracteriza por formular reservas o declaraciones interpretativas a estos instrumentos convencionales. No obstante, sí destaca el número de objeciones formuladas a aquellas reservas que este Estado considera incompatibles con el objeto y fin del tratado, en aras de preservar el principio de integridad de estos convenios. Asimismo, cabe destacar que España ha aceptado la competencia de los Comités de todos aquellos convenios que han sido objeto de estudio, lo que representa una práctica acorde con la debida protección de los Derechos Humanos contenidos en los tratados de los que este país es parte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÍJA FERNÁNDEZ, R.A. y BONET PÉREZ, J., *El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites. Una aproximación a la labor de los órganos de expertos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Atelier (Barcelona, 2016): 22.
- GARCÍA RICO, E.M., «Algunas reflexiones en torno a la práctica española sobre reservas a los tratados de Derechos Humanos de ámbito universal», *los derechos hu-*

- manos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, nº16, (2010): 237.
- HORN, F., *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, (North-Holland, 1988): 514.
- IMBERT, P.H., *Les Réserves aux Traités Multilatéraux*, Publications de la Revue Générale de Droit International Public, Editions A. Pedone, (Paris, 1979): 503.
- MARÍN AÍS, J.R., «Incompatible reservations with the object and purpose of the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. The case of Islamic States», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 29 (2015): 20.
- RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, (Murcia, 2004): 434.

NUEVAS MEDIDAS CONTRA LOS COMBATIENTES
TERRORISTAS EXTRANJEROS EN EUROPA:
¿UN MODELO PARA FILIPINAS?*

*New measures against foreign terrorist fighters in Europe:
a model for the Philippines?*

Alejandro Sánchez Frías

Investigador Predoctoral FPU en Derecho Internacional Público
Universidad de Málaga
asanchezfrías@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp317-333](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp317-333)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

Los combatientes terroristas extranjeros se han convertido en una dolorosa realidad para la comunidad internacional en los últimos años. El Consejo de Seguridad de

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Sánchez Frías, Alejandro. 2018. «Nuevas medidas contra los combatientes terroristas extranjeros en Europa: ¿un modelo para Filipinas?». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 317-333. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp317-333](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp317-333).

Doctorando en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga, Máster en Estudios de la Unión Europea (Universidad de Salamanca) y Máster en Derecho Europeo (Colegio de Europa, Brujas). El presente artículo se enmarca en el programa de ayudas de investigación FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (FPU-2015/06775), así como en el proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad «Los muros en el Derecho Internacional contemporáneo: consecuencias para la seguridad, la dignidad humana y la sostenibilidad» (DER-2015-65486-R) y el Grupo de Investigación «Protección Internacional de los Derechos Humanos, Seguridad y Medioambiente (SEJ-593)» del Plan Andaluz de Investigación.

Naciones Unidas ya ha solicitado a los Estados que adapten sus ordenamientos legislativos para hacerles frente. Europa ha sido una de las víctimas de este fenómeno y ya se han adoptado medidas por el Consejo de Europa y la Unión Europea en diversos ámbitos, siendo uno de los principales el de la armonización de tipos penales para criminalizar las conductas típicas de los combatientes terroristas extranjeros. Filipinas, también acosada por este problema, no ha adoptado aún medidas específicas y puede prestar atención a las iniciativas europeas. Sin olvidar, eso sí, que las injerencias que conllevan en los derechos humanos y las libertades fundamentales deben estar sujetas a controles y garantías.

Palabras clave

Combatientes; terroristas; extranjeros; Consejo de Seguridad; conductas típicas.

Abstract

Foreign terrorist fighters have become a painful reality for the international community in recent years. The United Nations Security Council has asked the States to adapt their legislation to combat this issue. Europe has been one of the victims of this phenomenon and the Council of Europe and the European Union have already taken action in different areas, one of the main being the harmonization of criminal codes to punish the criminal acts of these foreign terrorist fighters. The Philippines, also harassed by this problem, hasn't adopted any specific step and can pay attention to the european initiatives. Of course, we cannot forget that the interference in human rights and fundamental freedoms needs to be subject to controls and guarantees.

Keywords

Fighters; terrorists; foreigners; The United Nations Security Council; criminal acts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS: UNA AMENAZA COMÚN PARA EUROPA Y FILIPINAS. III. LA RESPUESTA JURÍDICA INTERNACIONAL. 1. *El recurso a las medidas penales en el Ámbito Europeo*. 2. *El impacto de la criminalización de ciertas conductas en las libertades fundamentales*. 4. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

La participación cada vez mayor de nacionales y residentes de países europeos en las filas de grupos terroristas en el extranjero, así como la comisión de atentados a su retorno, ha evidenciado la necesidad de adoptar medidas comunes en la lucha contra una amenaza que no conoce de fronteras. Siguiendo las líneas directrices de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU), tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea (UE) han desarrollado instrumentos para combatir este fenómeno. Entre ellos se encuentra la armonización de las legislaciones penales para criminalizar las conductas relacionadas con lo que el antiguo director del FBI, James Comey, ha identificado con una «terrorist diaspora» tras la pérdida cada vez mayor de territorios por el Daesh¹. Al igual que muchos países europeos, Filipinas también ha sido víctima de los denominados «combatientes terroristas extranjeros», hasta el punto de tener una de sus ciudades asediada por grupos afines al Daesh. Pero al contrario que las organizaciones regionales europeas, Filipinas no ha tomado medidas expresas para implementar la Resolución 2178. En las siguientes páginas se examinará brevemente el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros en Europa y Filipinas y el contenido de los instrumentos adoptados en Europa y las críticas que reciben, lo cual permitirá valorar su utilidad en el territorio insular y los retos que plantearía desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

II. COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS: UNA AMENAZA COMÚN PARA EUROPA Y FILIPINAS

La primera organización internacional en expresar sus preocupaciones sobre la integración de los combatientes extranjeros en organizaciones terroristas fue la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL,

¹ GERSTEIN y SCHOLTES 27 de septiembre de 2016.

por contracción de la expresión inglesa)². Pero el término «combatiente terrorista extranjero» dio el salto a la fama en la esfera internacional con la conocida Resolución 2178 del CSNU, que lo define como aquella persona que «viaja a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados»³.

Los atentados que tuvieron lugar en Francia y Bélgica durante el año 2015 hicieron que el combatiente terrorista extranjero pasase de riesgo a realidad para la sociedad europea⁴. Y es que a los más de quince mil combatientes extranjeros que ya se encontraban en zonas de conflicto durante el año 2016 hay que sumar los denominados «foreign fighter wannabes», es decir, aquellos que no forman parte de una organización terrorista pero se inspiran en ellas para la comisión de atentados⁵. En ese mismo año Europa ocupaba el tercer puesto en el envío de combatientes extranjeros a las zonas de conflicto en Siria e Irak (alrededor de 5,000 nacionales o residentes) con Francia, Reino Unido, Alemania y Bélgica a la cabeza de este aciago ranking⁶.

Pero la sociedad europea no es la única afectada por el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros. La situación de las Filipinas es también delicada en este aspecto. El fracaso en la aprobación de la *Bangsamoro Islamic Law* a principios de febrero de 2016 fue vista por algunos analistas como un alimento más de esa sensación que tiene la comunidad musulmana de ser víctimas de continuas injusticias y que la acercaría al terrorismo del Daesh, algo enseñado y repetido a una juventud que es testigo diario de la violencia⁷.

De hecho, ciertos grupos terroristas filipinos han mostrado su apoyo a la causa del Daesh. Los conocidos como *Bangsamoro Islamic Freedom Fighters* (BIIF) declararon su pleitesía al Daesh a través de vídeos⁸, así como miembros del *Abu Sayyaf Group* (ASG) en los siguientes términos: «We pledge bay'ah to Caliph Sheikh Abu Bakr al-Baghdadi Ibrahim Awwad Al-Qurashi Al-Husseini for loyalty and obedience in adversity and comfort. We

² INTERPOL, «Los combatientes extranjeros, eje central de una reunión de INTERPOL sobre la lucha contra el terrorismo».

³ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 2178 de 24 de septiembre de 2014, Doc. S/RES/2178.

⁴ LÓPEZ-JACOISTE 2016: 51.

⁵ PAULUSSEN 2016: 3.

⁶ Munich Security Conference, «Munich Security Report 2016: Boundless Crises, Reckless Spoilers, Helpless Guardians», p. 21. Disponible en: https://www.securityconference.de/fileadmin/MunichSecurityReport/MunichSecurityReport_2016.pdf (Consultado el 24 de agosto de 2017).

⁷ KORUTH SAMUEL 2016: 81-100.

⁸ CHARITHIE Agosto de 2015: 6-7.

pledge to obey him on anything which our hearts desire or not and to value him more than anyone else. We will not take any emir other than him unless we see in him any obvious act of disbelief that could be questioned by Allah in the hereafter»⁹.

A la presencia de grupos terroristas en territorio filipino y la influencia que ejercen en la población se ha sumado el miedo a que algunos de los nacionales filipinos que trabajan cerca de zonas de conflicto sean reclutados por el Daesh y enviados de vuelta a Filipinas para aplicar las técnicas aprendidas¹⁰. En 2016 fueron accesibles al público los primeros informes alertando de la presencia de nacionales filipinos que estaban siendo entrenados por el Daesh en territorio iraquí¹¹. No obstante, las declaraciones oficiales del momento pedían prudencia a la hora de conectar el terrorismo en Filipinas con el de Daesh: «the Philippines still faces the same problems: terrorist groups like the Abu Sayyaf and the Bangsamoro Islamic Freedom Fighters which are doing basically the same things, but now attributing it to their joining IS, which doesn't necessarily mean that they are IS»¹².

Existían dudas en un principio sobre esta conexión entre los grupos terroristas filipinos y el Daesh. Y, junto a ello, sobre la amenaza de nacionales filipinos que retornaran a su lugar de origen tras haber sido radicalizados, así como de combatientes terroristas extranjeros que se dirigieran a este país insular para cometer sus atentados. Los acontecimientos ocurridos más recientemente obligan por desgracia a confirmar estos temores. Desde el punto de vista propagandístico, la presión a la que está sometida el Daesh en Siria e Irak ya había llevado a algunos de sus miembros a pedir que «if you cannot go to Syria, join up and go to the Philippines» y a la proclamación de una *wilayah* (provincia) del Daesh en abril de 2016¹³. Desde el punto de vista fáctico, se añade en mayo de 2017 el asedio por parte de terroristas tanto nacionales como extranjeros de la ciudad de Marawi en lo que algunos han llegado a comparar con las batallas de Aleppo, Mosul y Raqqa¹⁴.

III. LA RESPUESTA JURÍDICA INTERNACIONAL

En la ya citada Resolución 2178 el CSNU expresó su preocupación por «el hecho de que los combatientes terroristas extranjeros aumentan la intensidad, duración e insolubilidad de los conflictos y también pueden

⁹ RESSA 4 de agosto de 2014

¹⁰ KORUTH SAMUEL, cit. Supra: 95-96.

¹¹ SALUDO 8 de octubre de 2016.

¹² ESMAQUEL 25 de septiembre de 2014.

¹³ SINGH y RAMAKRISHNA 2016.

¹⁴ GUNARATNA 2017: 4.

representar una seria amenaza para sus Estados de origen, los Estados por los cuales transitan y los Estados a los que viajan, así como para los Estados vecinos de las zonas de conflicto armado en las que los combatientes terroristas extranjeros realizan sus actividades y que se ven afectados por graves problemas de seguridad»¹⁵. Y, en consecuencia, instaba a los Estados Miembros a tomar medidas penales y administrativas en la lucha contra este fenómeno¹⁶.

Las medidas solicitadas por el CSNU pueden agruparse en varias categorías¹⁷: impedir la libre circulación de los terroristas mediante controles fronterizos eficaces y controlar la falsificación de documentos de identidad y de viaje, así como la utilización fraudulenta de dichos documentos; reforzar la coordinación entre los Estados en el intercambio de información sobre las actividades o los movimientos de combatientes terroristas extranjeros, especialmente con sus Estados de residencia o nacionalidad, por medio de mecanismos bilaterales o multilaterales; una mayor cooperación para prevenir la radicalización de potenciales combatientes, así como el apoyo para frenar la financiación y el reclutamiento de tales combatiente y, por último, la tipificación como delitos graves no sólo la financiación o el apoyo logístico y financiero a los grupos terroristas, sino también: a) el viaje o la tentativa de viaje a un tercer país con el propósito de colaborar en la comisión de actos terroristas o proporcionar o recibir adiestramiento; b) la financiación de tales viajes y; c) la organización o facilitación de dichos viajes.

Junto a la «desconcertante simbiosis» que se produce entre los términos «combatiente» y «terrorista» hasta ahora excluyentes¹⁸, la Resolución 2178 ha sido objeto de crítica por otras dos razones. La primera de ellas es que constituye una suerte de «resolución normativa instantánea» con la que se crean para los Estados obligaciones *ex novo* que no están basadas en una práctica previa¹⁹. La segunda es que, pese a reiterar la importancia del respeto de los derechos humanos, supone un adelantamiento de la acción punitiva en términos tan genéricos que deja la puerta abierta para que los Estados desarrollen legislaciones demasiado restrictivas o desproporcionadas²⁰.

¹⁵ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 2178, *cit. supra*.

¹⁶ GARRIDO MUÑOZ 2014: 303-307.

¹⁷ LÓPEZ-JACOISTE, *cit. Supra*: 49.

¹⁸ JIMÉNEZ GARCÍA 2016: 284.

¹⁹ JIMÉNEZ GARCÍA, *cit. supra*: 279.

²⁰ MARRERO ROCHA 2016: 587; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Doc. A/70/371, pp. 8-9. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/371&referer=http://www.un.org/es/documents/index.html&Lang=S (Consultado el 24 de agosto de 2017).

1. El recurso a las medidas penales en el ámbito europeo

El tercer informe sobre la aplicación de la Resolución 2178²¹ destaca la falta de tipificación de los delitos referentes a los combatientes terroristas extranjeros y la falta de cooperación entre los Estados de Asia Sudoriental (incluida Filipinas). Además, muestra su preocupación por nuevas leyes anti-terroristas que buscan evitar los viajes al extranjero de presuntos terroristas mediante detenciones y arrestos domiciliarios sin acusación penal ni revisiones judiciales por periodos de hasta 2 años que pueden ser alargadas indefinidamente²².

En el ámbito europeo, por el contrario, encontramos un amplio desarrollo normativo en aplicación de la resolución onusiana. Apenas transcurridos dos meses desde la publicación de la Resolución 2178, el Comité de Expertos sobre Terrorismo del Consejo de Europa (CODEXTER) iniciaba el examen del fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros. Como primera sugerencia al Comité de Ministros de esta organización, el CODEXTER planteó la creación de un comité *ad hoc* encargado de elaborar el borrador de un Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo²³. La idea fue acogida favorablemente y el 21 de enero de 2015 el Comité de Ministros creaba el *Committee on Foreign Terrorist Fighters and Related Issues* (COD-CTE) «with a view to the possible adoption of the draft Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism»²⁴.

Tras varios meses de negociaciones se adopta en Riga el Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (en adelante, Protocolo de Riga)²⁵. En este instrumento se criminalizan ciertas conductas asociadas a los combatientes terroristas extranjeros tales como la participación en una asociación o grupo con fines terroristas (art. 2), recibir entrenamiento para cometer actos de terrorismo (art. 3), viajar al extranjero con fines de terrorismo (art. 4), la financiación de dichos viajes (art. 5) y, por

²¹ Tercer Informe sobre la aplicación de la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad por los Estados afectados por los combatientes terroristas extranjeros, Doc. S/2015/975. Disponible en: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1545990_ES.pdf (Consultado el 24 de agosto de 2017).

²² Véase *ibid.*, p. 38.

²³ Véase Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (ETS núm. 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

²⁴ Council of Europe action against radicalisation leading to terrorism, Doc. SG/Inf (2015) 4, CM (2015) 19-rev, DD (2015) 95, de 21 de enero de 2015. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c4600 (Consultado el 24 de agosto de 2017).

²⁵ Para un análisis del borrador del Protocolo véase PIACENTE 2015: 12-15.

último, la organización o facilitar de cualquier otra forma estos viajes (art. 6). A ello se suman las previsiones de intercambio de información entre los Estados en la persecución de estos delitos (art. 7) y de respeto de los derechos humanos en la aplicación de este instrumento (art. 8).

En cuanto a la UE, el Consejo de Asuntos de Justicia e Interior apoyaba en junio de 2013 un paquete de 22 medidas sugeridas por el Coordinador de lucha contra el terrorismo de la UE para hacer frente al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros²⁶. Este paquete de medidas fue la base de posteriores avances en el reforzamiento del Marco Schengen, en el famoso sistema PNR (*Passenger Name Record*), el intercambio de información, la cooperación operacional y, en el mismo camino que el Protocolo de Riga, en la armonización de tipos delictivos para criminalizar las conductas típicas de los combatientes terroristas extranjeros²⁷.

Precisamente es este último aspecto, el de las medidas de justicia penal, el que llevó al Consejo Europeo a solicitar a la Comisión Europea una revisión de la entonces Decisión marco sobre lucha contra el terrorismo, en línea con las advertencias de Eurojust sobre lagunas en el enjuiciamiento de los combatientes terroristas extranjeros y la necesidad de un enfoque penal común en los Estados miembros²⁸. Fruto de esta revisión es la Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo aprobada el 15 de marzo de 2017²⁹. Con la vista puesta en la Resolución 2178 y el Protocolo de Riga, esta Directiva «establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los delitos de terrorismo, los delitos relacionados con un grupo terrorista y los delitos relacionados con actividades terroristas, así como medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas del terrorismo» (art. 1).

La nueva Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo tiene su base legal en el art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)³⁰ según el cual «el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo

²⁶ Consejo de la Unión Europea, reunión en Asuntos de Justicia e Interior, Press Release, 6 y 7 de junio de 2013, p. 17. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ue-Docs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/137407.pdf (Consultado el)

²⁷ DE KERCHOVE y HÖHN 2016: 305-319.

²⁸ Anti-terrorism: Eurojust in the European Parliament – Foreign Fighters in Focus, Press Release. Disponible en: http://www.eurojust.europa.eu/press/News/News/Pages/2014/2014-11-06_LIBE-Committee-debate.aspx (Consultado el 24 de agosto de 2017).

²⁹ Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DOUE L 88/6.

³⁰ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2012, DOUE C 326/47.

ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo [...].».

Las conductas a criminalizar por los Estados miembros son agrupadas en tres categorías: delitos de terrorismo (art. 3), delitos relacionados con un grupo terrorista (art. 4) y delitos relacionados con actividades terroristas (arts. 5 a 12). Es en esta última categoría donde aparecen las principales novedades de la Directiva: la recepción de adiestramiento para el terrorismo (art. 8), viajar con fines terroristas (art. 9), organizar o facilitar viajes con fines terroristas (art. 10) y la financiación de dichos actos (art. 11). A ello se suma una nueva previsión para la asistencia y apoyo a las víctimas del terrorismo (art. 24) en línea con la Directiva sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos³¹.

2. *El impacto de la criminalización de ciertas conductas en las libertades fundamentales*

Al comienzo de este apartado ya se mencionaba la crítica al «adelantamiento de la acción punitiva» que supone la Resolución 2178 y el efecto dañino que puede tener en los derechos humanos. Las obligaciones que impone a los Estados (y que pueden verse reflejadas en los instrumentos del Consejo de Europa y de la UE ya mencionados) pueden interferir gravemente en un amplio catálogo de derechos y libertades: la libertad de movimiento; el derecho a volver al país de tu nacionalidad; la libertad de entrada en un Estado conforme a las normas de asilo y refugio; la retirada de la nacionalidad; el derecho a la vida privada y la familia en tanto que estas medidas pueden afectar a individuos que se vean privados de entrar en el territorio de su residencia y en el cual habitan sus familias; el derecho a la privacidad por el almacenamiento y uso de información en las actividades de control de fronteras; la prohibición de discriminación en las actividades de «profiling»; la prohibición de detenciones arbitrarias; la violación del principio de *non-refoulement*; los principios de legalidad, no retroactividad y doble incriminación del ordenamiento penal, así como los derivados del derecho a un juicio justo³².

³¹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE L 315/57.

³² CONTE 2016: 286.

Para algún autor estos efectos se acentuarían a la hora implementar el «sloppy drafting» de la Resolución 2178 en los ordenamientos regionales³³. Como no tarda en recordar, ciertas conductas que los Estados deben criminalizar forman parte de la rutina diaria de muchas personas con objetivos legítimos, tales como viajar al extranjero³⁴. Algunas organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional o la Comisión Internacional de Juristas comparten también el temor de que estas medidas, redactadas en términos demasiado generales y poco precisos, desemboquen a la hora de ser aplicadas por los Estados en una violación de la libertad de movimiento y del principio de legalidad penal «which requires that laws are clear and accessible and that their application in practice is sufficiently foreseeable, and which has been affirmed by the European Court of Human Rights as an essential element of the rule of law and an important protection against arbitrariness»³⁵.

Los participantes en el proceso de creación de los dos instrumentos europeos ya comentados eran desde luego de que estas medidas podían contribuir a «la tendencia a objetivar la responsabilidad penal que ha dado lugar a que en ocasiones algunos Estados eludan la intencionalidad del acto y basen la sanción penal en el mero hecho de viajar a zonas calificadas como conflictivas o prohibidas a menos que se invoquen motivos legítimos, como la prestación de ayuda humanitaria, la realización de labores de periodismo o visitas de familiares»³⁶.

Tal y como como indica algún autor, no queda claro cómo distinguir entre quienes viajan al extranjero con fines legítimos de quienes lo hacen con un fin terrorista aún por manifestar sin recurrir a un «profiling» étnico³⁷. La implementación de la Resolución 2178 puede así llevar a la prohibición *de facto* de viajar a ciertos países con áreas afectadas por actividades terroristas³⁸. Esta preocupación no es meramente teórica. Si acudimos a las últimas modificaciones de la ley antiterrorista australiana (y en concreto la conocida como «Foreign Fighter Bill»), cualquier persona que «enters, or remains, in an area of a foreign country» que sea declarada por el Ministerio de Asuntos Exteriores como una zona en la cual «a listed terrorist organisation is engaging in hostile activity» comete una ofensa criminal, a no

³³ SCHEININ 2015.

³⁴ Véase *ibid.*

³⁵ Amnistía Internacional, Submission of Amnesty International and the International Commission of Jurists to the Council of Europe Committee of Experts on Terrorism (CO-DEXTER): Draft Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, AI Index: IOR 60/1393/2015, 7 de abril de 2015, p. 2.

³⁶ JIMÉNEZ GARCÍA, *cit. supra.*: 290.

³⁷ AMBOS 2 de octubre de 2014.

³⁸ Véase *ibid.*

ser que la persona adopte esta conducta por razones legítimas, como las indicadas anteriormente³⁹.

En el caso del Protocolo de Riga, a lo largo de su articulado se repite que el acto debe ser cometido «unlawfully and intentionally». Más concretamente, el Consejo de Europa reconocía las implicaciones para la libertad de movimiento y el principio de legalidad penal en el Informe explicativo de este protocolo⁴⁰. Ya en sus primeras páginas, referidas al preámbulo, recuerda que «while there are possible restrictions to some of these rights provided by the aforesaid international human rights instruments, a number of rights, such as prohibition against the retrospective operation of criminal laws and freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, are absolute and non-derogable»⁴¹.

Tras aclarar que la obligación de tipificar las conductas incluidas no implica que se creen crímenes específicos (basta con que sean incluidas como actos preparatorios o tentativas), el informe pasa a explicar en qué consiste la expresión «unlawfully and intentionally». En primer lugar, con respecto a la ilegalidad (*unlawfulness*) se refiere a las conductas realizadas sin ninguna autoridad o que no están cubiertas por previsiones legales u otros principios o intereses que justifiquen la exclusión de la responsabilidad criminal en el ordenamiento doméstico de que se trate⁴².

En segundo lugar, la ofensa criminal debe ser cometida «intencionalmente» (*intentionally*). Aquí se indica que el contenido exacto de la «intencionalidad» debe ser dejado, conforme a la práctica habitual del Consejo de Europa en la redacción de instrumentos de derecho penal, a la interpretación de los ordenamientos nacionales⁴³. A lo cual se sumaría un elemento subjetivo adicional: el fin terrorista (conforme a los artículos 2 a 4) o el conocimiento del fin terrorista (conforme a los artículos 5 y 6). Una redacción que recuerda de algún modo al esquema general de los crímenes del derecho internacional penal que distingue, dentro del elemento subjetivo del crimen (*mens rea*) entre la intención criminal general en la perpetración del acto (*dolus*) y la intención específica del autor (*dolus specialis*)⁴⁴. Y termina

³⁹ Counter-Terrorism Legislation Amendment (Foreign Fighter) Act 2014, Núm. 116. Disponible online en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014A00116/Download> (Consultado el 24 de agosto de 2017).

⁴⁰ Council of Europe, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (ETS núm. 217), de 22 de octubre de 2015. Disponible en: <https://rm.coe.int/168047c5ec> (Consultado el 24 de agosto de 2017).

⁴¹ Véase *ibid.*, p.3.

⁴² Véase *ibid.*, p.4.

⁴³ Véase *ibid.*, p. 4.

⁴⁴ Para un análisis más profundo de estos elementos en el caso del terrorismo véase WILMSHURST 2010: 347.

recordando el informe que los Estados «shall take into account that Articles 2 to 6 criminalise behaviour at a stage preceding the actual commission of a terrorist offence but already having the potential to lead to the commission of such acts. The conditions under which the conduct in question is criminalised need to be foreseeable with legal certainty [...]. As always, the principle of the presumption of innocence should be respected, and the burden of proof lies with the State»⁴⁵.

Los arts. 3 y 4 del Protocolo de Riga, relativos a la recepción de adiestramiento y al viaje con fines terroristas, merecen una especial atención por el impacto que tienen en las libertades civiles. El Consejo de Europa se muestra consciente de que el adiestramiento puede tener lugar bien en persona bien a través de medios electrónicos como Internet y los graves perjuicios que puede ocasionar un exceso en la criminalización en el derecho a la libertad de expresión⁴⁶. Es por ello que en el informe se señala que «the mere fact of visiting websites containing information or receiving communications, which could be used for training for terrorism, is not enough to commit the crime of receiving training for terrorism under the Protocol. The perpetrator must normally take an active part in the training. An example would be the participation of the perpetrator in interactive training sessions via the Internet».

El impacto que tiene la criminalización de los viajes al extranjero en el derecho a la libertad de movimiento es más que evidente. El Consejo de Europa tomó nota de la protección de este derecho por el art. 2 del Protocolo nº4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁷ y por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸. No obstante, «the seriousness of the threat posed by foreign terrorist fighters» justificaría una restricción de este derecho en aras de la protección de la seguridad⁴⁹. Para asegurar la compatibilidad de estas restricciones con los derechos humanos y el imperio de la ley, el Consejo de Europa indica que deben cumplirse dos requisitos para criminalizar esta conducta⁵⁰. En primer lugar, el propósito real del viaje debe ser cometer o participar en actos terroristas, o recibir o proveer adiestramiento para el terrorismo, en un Estado distinto al de la nacionalidad o residencia. En segundo lugar, el

⁴⁵ Explanatory report, *cit. supra.*: 4-5.

⁴⁶ Véase *ibid.*, p. 6.

⁴⁷ Véase Protocolo nº4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ETS Núm. 046), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1965.

⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 23 de marzo de 1976, UNTS 999. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280004bf5&clang=_en (Consultado el 24 de agosto de 2017).

⁴⁹ Explanatory report, *cit. supra.*, p.7.

⁵⁰ Explanatory report, *cit. supra.*, p. 7.

crimen debe ser cometido de forma «intencional e ilegal», en los términos expuestos anteriormente. Y enfatiza: «Article 4 does not contain an obligation for Parties to introduce a blanket ban on, or criminalisation of, all travels to certain destinations»⁵¹.

Estas consideraciones fueron también abordadas por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (Comisión LIBE). La mayor claridad posible en la intencionalidad de quienes realizan un viaje al extranjero con supuestos fines terroristas fue uno de los principales focos de atención. Se insistía así en incluir que «pueda demostrarse objetivamente que la finalidad prevista de dicho viaje era cometer o colaborar en la comisión de cualquiera de un acto terrorista [...] cuando se cometa dolosamente»⁵². Como puede verse en la redacción final del art. 9, se hace un especial hincapié en que el hecho se produzca «intencionadamente» pero se omite la referencia a que «pueda demostrarse objetivamente» la finalidad terrorista. De hecho, para encontrar esta referencia a las circunstancias objetivas hay que dirigirse a los considerandos de la Directiva y, en particular, a los números 8 y 17.

Las injerencias en la libertad de expresión, y particularmente en relación con la eliminación y bloqueo de contenidos en línea, fue otro de los caballos de batalla de la Comisión LIBE. Ella misma estuvo bloqueada por las distintas posiciones de sus miembros en cuanto a la dureza de las medidas de vigilancia y censura, lo cual fue superado con la inclusión expresa del «control judicial» en la propuesta⁵³. La versión definitiva de la Directiva incluye que estas medidas «deberán establecerse por procedimientos transparentes y ofrecer garantías adecuadas, sobre todo para garantizar que se limiten a lo necesario y proporcionado y que los usuarios estén informados de su justificación. Las garantías relativas a la eliminación o al bloqueo incluirán asimismo la posibilidad de recurso judicial»⁵⁴.

El intento de incluir un artículo sobre los *Principios fundamentales relativos a la libertad de expresión* no tuvo éxito⁵⁵, si bien se contempla un genérico art. 23 relativo al respeto de los derechos y libertades fundamentales. En este ámbito el texto más claro de la Directiva no se encuentra en su articulado

⁵¹ Explanatory report, *cit. supra.*, p. 7.

⁵² Parlamento Europeo, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo sobre lucha contra el terrorismo (COM(2015)0625-C80386/2015-2015/0281/COD)), de 12 de julio de 2016. p. 40.

⁵³ LÓPEZ-JACOISTE, *cit. supra.*: 65.

⁵⁴ Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo, *cit. supra.*, art. 11.

⁵⁵ Informe de la Comisión LIBE, *cit. supra.*, p. 56.

sino en su Considerando 35, en el cual se menciona la necesidad de respetar el derecho a la libertad y la seguridad; la libertad de expresión y de información; la libertad de asociación y de pensamiento, conciencia y religión; la prohibición de discriminación; así como los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas.

Las críticas sobre el impacto que tienen estos dos instrumentos en los derechos y libertades fundamentales parecen perder fuerza una vez que se examina la totalidad de estos textos, las garantías que en ellos se establecen y las explicaciones que los acompañan. Sin embargo, los riesgos no desaparecen. Una parte nada desdeñable sobre la forma y el sentido de la criminalización de estas conductas se encuentra en los considerandos de la Directiva y el informe explicativo del Protocolo. Las primeras líneas del informe nos recuerdan que «the text of this Explanatory Report does not constitute an instrument providing an authoritative interpretation of the Additional Protocol, although it may be of such nature as to facilitate the application of the provisions contained therein». El respeto a las libertades y derechos fundamentales dependerá así de cómo se implementen estas normas a nivel doméstico, y la supervisión política y judicial posterior que contribuya a encontrar el balance entre libertad y seguridad⁵⁶. Y, desde luego, no falta quienes se muestran escépticos sobre el respeto de estos principios y derechos a la hora de implementar a nivel nacional un instrumento que, en sí mismo, no ofrece suficiente claridad al respecto⁵⁷.

IV. CONCLUSIONES

La amenaza de los combatientes terroristas extranjeros se ha convertido en una dolorosa realidad para Europa, al igual que para Filipinas. La respuesta normativa a nivel internacional contra este fenómeno ha sido liderada por el CSNU con la Resolución 2178, aunque hasta la fecha Filipinas no ha tomado medidas expresas para su implementación. Sí lo han hecho, a nivel regional europeo, el Consejo de Europa y la UE. Entre las principales novedades cabe destacar un refuerzo en la armonización de los tipos penales para incluir ciertas conductas típicas en las que incurren los combatientes terroristas extranjeros tales como los viajes al extranjero con fines terroristas o la recepción de adiestramiento en técnicas terroristas, ya sea en persona o a través de Internet. Esta respuesta normativa ha sido duramente criticada por ser un adelantamiento de la acción punitiva que permitiría a los Estados, a la hora de implementar estos instrumentos, restringir numerosos derechos humanos y libertades fundamentales, y en especial la libertad de movimiento

⁵⁶ GARRIDO MUÑOZ 2016. 351.

⁵⁷ SCHEININ, *cit. supra.*; BOBEK 2014: 268.

y la libertad de expresión. En este aspecto la labor de los tribunales nacionales en el control del balance entre libertad y seguridad, y en última instancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se revela más importante que nunca. En el caso de Filipinas estas medidas pueden resultar útiles en la lucha contra un fenómeno que está azotando duramente su sociedad, pero debe tener en cuenta las restricciones que comporta y desarrollar las garantías adecuadas que permitan cumplir con los compromisos de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K., «Our Terrorists, Your Terrorists? The United Nations Security Council Urges States to Combat Foreign Terrorist Fighters, But Does Not Define Terrorism», *EJIL Talk*, (2 de octubre de 2014). Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/our-terrorists-your-terrorists-the-united-nations-security-council-urges-states-to-combat-foreign-terrorist-fighters-but-does-not-define-terrorism/> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- BOBEK, M., «The Fight against Terror and the Space of Individual Freedom: A (Classical) Word of Caution», en *Govaere, I. y Poli, S., EU Management of Global Emergencies: Legal Framework for Combating Threats and Crises*, Leiden, (Brill Nijhoff, 2014): 268.
- CHARITHIE, J., «Daesh and the Philippines: Distant but virulent Inspiration» en *Asian Conflicts Report: The Geopolitics of Extremisms: ISIS and Asia*, Geneva Center for Security Policy, (Agosto de 2015): 6-7. Disponible en: <http://www.gcsp.ch/download/4450/104352> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- CONTE, A., «States' Prevention and Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters against the Backdrop of International Human Rights Obligations», en De Guttry, A., Capone, F. y Paulussen, C., *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Springer, T.M.C Asser Press, La Haya, 2016, p. 286.
- DE KERCHOVE, G. y HÖHN, C., «The Regional Answers and Governance Structure for Dealing with Foreign Fighters: The Case of the EU», en De Guttry, A., Capone, F. y Paulussen, C., *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Springer, T.M.C Asser Press, La Haya, 2016, pp. 305-319.
- ESMAQUEL, P., «Philippines offers help in US war against ISIS», *Rappler*, 25 de septiembre de 2014. Disponible en <http://www.rappler.com/nation/70162-philippines-help-united-states-isis> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- GARRIDO MUÑOZ, A., «Additional Protocol to the Council of Europe Convention of the Prevention of Terrorism», *European Papers, Highlight*, Vol. 1, Núm. 1, 2016, p. 351.
- «Un nuevo cortocircuito legislativo en Naciones Unidas: la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a los combatientes terroristas extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67, Núm. 2, 2014, pp. 303-307.

- GERSTEIN, J. y SCHOLTES, J., «Comey Warns of Post-ISIL Terrorist Diaspora», *Político*, 27 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://www.politico.com/story/2016/09/islamic-state-diaspora-james-comey-228782> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- GUNARATNA, R., «Marawi: a Game Changer in Terrorism in Asia», *Counter Terrorist Trends and Analyses: A Journal of the International Centre for Political Violence and Terrorism Research*, Vol. 9, Núm. 7, 2017, p. 4.
- KORUTH SAMUEL, T., «Radicalisation in Southeast Asia: A Selected Case Study of Daesh in Indonesia, Malaysia and The Philippines», *The Southeast Asia Regional Centre for Counter-Terrorism*, 2016, pp. 81-100. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/Publications/2016/Radicalisation_SEA_2016.pdf (Consultado el 24 de agosto de 2017)
- LÓPEZ-JACOISTE, E., «La Unión Europea ante los Combatientes Terroristas Extranjeros», *Revista de Estudios Europeos*, Núm. 67, 2016, p. 51.
- MARRERO ROCHA, I., «Los Combatientes Terroristas Extranjeros de la Unión Europea a la Luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 54, (2016): 587; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Doc. A/70/371: 8-9. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/371&referer=http://www.un.org/es/documents/index.html&Lang=S (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- PAULUSSEN, C., «Repressing the Foreign Fighters Phenomenon and Terrorism in Western Europe: Towards an Effective Response Based on Human Rights», *ICCT Research Paper*, (2016): 3. Disponible en: <https://icct.nl/wp-content/uploads/2016/11/ICCT-Paulussen-Rule-of-Law-Nov2016-3.pdf> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- PIACENTE, N., «The Contribution of the Council of Europe to the Fight Against Foreign Terrorist Fighters: The Draft Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism 2005», *The European Criminal Law Associations' Forum*, Núm. 1, (2015): 12-15.
- RESSA, M.A., «Senior Abu Sayyaf leader swears oath to ISIS», *Rappler*, (4 de agosto de 2014). Disponible en: <http://www.rappler.com/nation/65199-abu-sayyaf-leader-oath-isis> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- SCHEININ, M., «The Council of Europe's Draft Protocol on Foreign Fighters is Fundamentally Flawed», (2015). Disponible en: <https://www.justsecurity.org/21207/council-europe-draft-protocol-foreign-terrorist-fighters-fundamentally-flawed/> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- SINGH, B. y RAMAKRISHNA, K., «Islamic State's Wilayah Philippines: Implications for Southeast Asia», *RSIS Commentary*, Núm. 187, (2016).
- WILMSHURST, E., «Transnational Crimes, Terrorism and Torture», en Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. Y Wilmshurst, E. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, (2010): 347.
- ANTI-TERRORISM: Eurojust in the European Parliament – Foreign Fighters in Focus, Press Release. Disponible en: <http://www.eurojust.europa.eu/press/News/News/>

- Pages/2014/2014-11-06_LIBE-Committee-debate.aspx (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución 2178 de 24 de septiembre de 2014, Doc. S/RES/2178. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/548/02/pdf/N1454802.pdf?OpenElement> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PREVENCIÓN DEL TERRORISMO (ETS núm. 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- COUNCIL OF EUROPE ACTION AGAINST RADICALISATION LEADING TO TERRORISM, Doc. SG/Inf (2015) 4, CM (2015) 19-rev, DD (2015) 95, de 21 de enero de 2015. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c4600 (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on te Prevention of Terrorism (ETS núm. 217), de 22 de octubre de 2015. Disponible en: <https://rm.coe.int/168047c5ec> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- COUNTER-TERRORISM LEGISLATION AMENDMENT (Foreign Fighter) Act 2014, Núm. 116. Disponible online en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014A00116/Download> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- INTERPOL, «Los combatientes extranjeros, eje central de una reunión de INTERPOL sobre la lucha contra el terrorismo». Disponible en: <https://www.interpol.int/es/Centro-de-prensa/Noticias/2013/N20130712/> (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- MUNICH SECURITY CONFERENCE, «Munich Security Report 2016: Boundless Crises, Reckless Spoilers, Helpless Guardians», p. 21. Disponible en: https://www.securityconference.de/fileadmin/MunichSecurityReport/MunichSecurityReport_2016.pdf (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, hecho en Nueva York el 23 de marzo de 1976, UNTS 999. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280004bf5&clang=_en (Consultado el 24 de agosto de 2017).
- PROTOCOLO N° 4 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (ETS Núm. 046), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1965.
- TERCER INFORME SOBRE LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 2178 (2014) del Consejo de Seguridad por los Estados afectados por los combatientes terroristas extranjeros, Doc. S/2015/975. Disponible en: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1545990_ES.pdf (Consultado el 24 de agosto de 2017).

MIGRATION FROM THE SPANISH AND THE PHILIPPINES PERSPECTIVE*

La migración desde la perspectiva de España y Filipinas

María Isabel Torres Cazorla

Profesora titular de Derecho Internacional Público,
Relaciones Internacionales y Derecho Comunitario
Universidad de Málaga
mtorres@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp335-348](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp335-348)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 26.06.2018

Resumen

El objetivo de este trabajo es, en pocas palabras, analizar la situación de la migración en Filipinas y España. En particular, la perspectiva de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) nos proporcionará datos relevantes sobre esta materia.

Actualmente, 169 Estados son miembros de la OIM, España y Filipinas incluidos. Se estudiará, en primer lugar, la participación de ambos países en las labores de la OIM. A continuación, se analizarán separadamente las condiciones particulares de ambos Estados en relación con el fenómeno de la migración (referida tanto a la emigración como a la inmigración). Un tercer aspecto a tratar será la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios; Filipinas es parte de esta Convención, aunque España no. También se estudiarán los motivos de estas diferentes posiciones en la Convención internacional antes mencionada, junto con la práctica internacional en la materia.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Torres Cazorla, María Isabel. 2018. "Migration from the Spanish and the Philippines perspective". *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 335-348. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp335-348](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp335-348).

Palabras clave

OIM; migración; España; Filipinas.

Abstract

The aim of this paper is, briefly speaking, the analysis of the situation of the Philippines and Spain concerning migration. In particular, the perspective of the International Organization for Migration (IOM) will provide relevant data about this topic.

Nowadays, 169 States are members of the IOM¹; Spain and the Philippines are included in the list provided by the Organization. Firstly, the participation of both countries in the labour of the IOM will be studied. After that, particular conditions of both States concerning the migration phenomenon (referred to outward and inward migration) will be analysed separately. A third aspect to be covered will be that concerning the United Nations Convention on Migrant Worker's Rights; the Philippines is a State party to this convention, but it is not the case of Spain. The reasons of these different positions about the aforementioned international instrument will be studied, together with international practice on the subject.

Keywords

IOM; Migration; Spain; the Philippines.

¹ See <https://www.iom.int/member-states>.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ESPAÑA Y FILIPINAS COMO MIEMBROS DE LA OIM. II. ESTADÍSTICAS SOBRE MIGRACIÓN EN AMBOS PAÍSES. III. ¿QUÉ PASA CON LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES? PROBLEMAS CONCERNIENTES A ESPAÑA Y FILIPINAS. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN: ESPAÑA Y FILIPINAS COMO MIEMBROS DE LA OIM

Both States are members of this International Organization, founded in 1951,² the same year as the United Nations High Commissioner for Refugees.³ The situation of Spain is something original, being admitted as a new member the 8th of June 2006.⁴ The Philippines is a member of this Organization since 19th November 1988. It is a curiosity that establishes one of the first differences, concerning migration phenomena, between Spain and the Philippines.

In Manila, the capital of the Philippines, the Organization has fixed the Manila Administrative Centre, with relevant functions to develop the labour of the Organization in the area.⁵ Two years after the admission of Spain, this country and the IOM adopted the Headquarters Agreement to set up a representation office of the Organization in Madrid (Spain).⁶ The aforementioned

² See Andrijasevic and Walters 2010: 979, where the authors explain the origin of the IOM, as affirming that “initially called Provisional Intergovernmental Committee for the Movement of Migrants from Europe, it was the product of a Belgian and US initiative”.

³ The IOM was formally linked to the United Nations in 2016, as an agency of the UN system, by an agreement signed in New York on 19 September 2016. The IOM Director General, William Lacy Swing, said that “the signature of this historic agreement brings the leading global migration agency, International Organization for Migration (IOM) – into the United Nations – the culmination of a 65-year relationship. For the very first time in 71 years, the UN now has a UN Migration Agency”. See this information in <http://www.iom.int/news/summit-refugees-and-migrants-begins-iom-joins-united-nations>. The same date, the Member States of the UN, in a Summit on this topic, adopted the New York Declaration for Refugee and Migrants (to view the text, see <https://refugeesmigrants.un.org/declaration>). The inclusion of the IOM as an agency of the UN family is a step further, because the IOM was granted Permanent Observer status to the UN General Assembly in 1992, and both Organizations signed a mutual cooperation agreement in 1996.

⁴ See *BOE (Spanish Official Journal)* núm. 255, 23.10.2012 (<http://www.boe.es/boe/dias/2012/10/23/pdfs/BOE-A-2012-13124.pdf>), including the official publication of the Constitution of the IOM, adopted the 19th October 1953, with some amendments of 20th May 1987. The Constitution, with amendments entered into force internationally the 14th November 1989.

⁵ See <https://www.iom.int/administrative-centres>.

⁶ The provisional application of this Agreement, done in Madrid on 14 July 2008, was published in *BOE* núm. 244, 9.10.2008 (<http://www.boe.es/boe/dias/2008/10/09/pdfs/>

facts may be considered starting points to advance in the field of migration issues, between the IOM, the Philippines and Spain.

But there is an unsolved question that needs to be answered: why Spain has not decided to be a member of the IOM until the 21st Century? It seems to be a complex subject matter not exempt of doubts. It is true that this Organization has increased the number of member States (in 1998, 67 member States; in 2006, 116; in 2009, 127 members and today 169). The IOM “stands at the intersection of the nation-state, international human rights regimes, and neo-liberal governance”,⁷ working “not only in the legal gray zones between domestic and international law but also in geographically ambiguous zones, where state jurisdiction remains unclear”.⁸ This institution, “strategically placed between the nation-state and international civil society”⁹ plays an essential role in the management of migration issues today.

There is a curious aspect surrounding the IOM: such as ANDRIJASEVIC and WALTERS affirm, “despite the fact that the IOM has become a major operator in the field of international borders and migration governance, there is surprisingly very little academic research that has interrogated this agency”.¹⁰ It seems to be a contradiction because, following the opinion of the aforementioned authors, “migration scholars routinely use IOM material as data and often participate in IOM research and policy programmes. But rarely has the IOM been the subject of critical scrutiny itself”.¹¹ Maybe, this situation will change after the agreement signed in 2016 with the United Nations, being considered as an agency of the UN family. To see the impact of the IOM in this area (migration in Spain and the Philippines), the next point will be devoted to the data provided by this – now – agency of the United Nations.

II. STATISTICS ABOUT MIGRATION IN BOTH COUNTRIES

The IOM provides data concerning outward migration from Spain: 1.230.415; in 2015, 2.60% of all citizens of Spain lived outside their country

A40506-40508.pdf). This entered into force the 23 March 2012, as may be seen in *BOE* núm. 91, 16.04.2012 (<http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/16/pdfs/BOE-A-2012-5089.pdf>). As a way to develop the relations with the IOM, the 17 December 2009 was done in Madrid an Agreement between the Kingdom of Spain and the IOM (see *BOE* núm. 93, 18.04.2012, <http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/18/pdfs/BOE-A-2012-5237.pdf>).

⁷ See Ashutosh and Mountz 2011: 22.

⁸ See Ashutosh, I. and Mountz, A., *loc. cit.*: 27.

⁹ See Ashutosh, I. and Mountz, A., *loc. cit.*: 34.

¹⁰ See Andrijasevic, R. and Walters, W., *loc. cit.*: 980.

¹¹ See *ibid.*: 980.

of origin¹²; most of them, to different European countries. As a curious data, 1.305 Spaniards lived in the Philippines in 2015. Following the information indicated by the web site of the *Dirección General para las Migraciones* in Spain,¹³ the number of Spaniards in the Philippines was 3.575 persons. On the contrary, Spain may be described as a reception country for migrants. The inward migration to Spain was 5.852.953 of people in 2015, following the information provided by the IOM. It means that 12.69% of the Spanish population – in 2015 – are foreigners, coming from different countries (in particular, 41.334 from the Philippines).¹⁴ We find an event related to migration in Spain: this country, “with the lowest fertility rate in the EU of only 1.25 children for every women of childbearing age, found that the immigration influx reversed the country’s population decline”.¹⁵

Dealing with the Philippines, the outward migration from these islands was about 5.315.848 in 2015; 5.01% of all citizens lived outside their country of origin¹⁶ (most of them in Japan and China). The culture of migration is present in the Philippines, as usual.¹⁷ On the contrary, the inward migration to the Philippines is about 211.862, nearly 0.21% of the total resident population (most of them coming from India, United States or China). In general, the number of Philippines women in Spain is higher (66%) than men; most of them are employed in private residences or in the tourism sector.¹⁸

A recent information concerning migration to the Philippines is related to the so-called Alien Registration Project (ARP), recently adopted.¹⁹ By this, “all foreign nationals are required to present themselves before the Bureau of Immigration for biometrics capturing and issuance of Special Security Registration Number (SSRN)”. This rule is applied to foreigners living in the Philippines (workers, students, or residents), or tourists (spending more than 59 days in this country). It plays the role of being a security control instrument and, at the same time, a way to solve all the transactions with the Bureau of Immigration.

¹² See <https://www.iom.int/world-migration>.

¹³ See <http://www.ciudadaniaexterior.empleo.gob.es/es/portada/mapa/asia/index.htm>.

¹⁴ See <https://www.iom.int/world-migration>.

¹⁵ See Arnold 2011: 90. It is true that the economic crisis after 2008 has changed some of these considerations.

¹⁶ See <https://www.iom.int/countries/philippines>.

¹⁷ See Arnold, G., *op. cit.*: 231. In the same way, see O’Neil 2004; and Asis, Maruja 2006.

¹⁸ See PE-PUA diciembre 2004-enero 2005: 57-58.

¹⁹ See the information about this, provided by the General Spanish Consulate in Manila, in http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MANILA/es/Consulado/Paginas/Articulos/20141017_NOTI.aspx.

What do these data indicate? In general, welfare conditions are an indicative of the way of live; in time of crisis (due to economic or external factors), population movements may be used as an indicator of living conditions. It is true that these data are not absolute, but they may be used as a balance to understand the context in one State or region particularly considered.

If we compare the data referred to the year 2015 – provided by the IOM – some conclusions may be detailed:

- a) The number of migrants that came to Spain (inward migration) was similar to those that left the Philippines (outward migration), at least more than 5 million of people. Nowadays, more than 10 million of Filipinos live abroad.²⁰
- b) The Philippines may be qualified as a country of migrants, taking into account the number of persons that left their country of origin and the percentage of them, comparing these data with the global population of this State (more than 103 million of people²¹). If we compare some of the States of this region (for example Singapore, Malaysia, Thailand, Indonesia and the Philippines), the last – that is to say, Indonesia and the Philippines – may be considered as migrant-sending States, without doubt.²²
- c) Spain has a changeable context, depending of the evolution of the economic situation. In the 20th century, migration to South America in the 30's (as a consequence of the Spanish civil war and due to political reasons) was frequent; similarly, during the 60's to the 80's, migration of Spanish people to surrounding European countries (France, Switzerland, Germany, the Netherlands) was usual. In the former decades of the last century, the situation of Spain changed: people coming from African countries, Asia and America – in particular – considered our country as a “welfare State”, because of “good economic conditions”. As everybody knows, this context was dramatically transformed when the global economic crisis appeared in the 21st century.²³ Once again, the Spanish population is forced to migrate – in particular,

²⁰ See <https://www.iom.int/news/philippines-report-tracks-rise-migration>.

²¹ See <http://www.worldometers.info/world-population/philippines-population/>.

²² See *Migration and Integration in Europe, Southeast Asia, and Australia: A Comparative Perspective*, Pietsch, J. and Clark, M., 2015, IIAS Publications, Amsterdam, Amsterdam Univ. Press, p. 82, with a table comparing the situation of the aforementioned States. A relevant data is that concerning the percentage of population below the poverty line that in the case of the Philippines was about 34%.

²³ As a result of this crisis, Spanish policy establishes “migration focus on voluntary assisted return and reintegration programmes for those in social exclusion situations”; see more information in <https://www.iom.int/es/countries/spain>.

young people – trying to find their first employment and better living conditions. This situation remains today.²⁴

- d) The population of Spain is about 46 million people. Nothing to do with the Philippine's global rate. Another interesting data to be compared is the medium age of both countries: 24.4 in the case of the Philippines and 43.7 in the case of Spain.²⁵

Is the welfare state leaving Europe and Western countries? This is a relevant question to be answered, to understand migration and the consequences of this phenomenon in these countries, so different in essence, but involved in the “atmosphere” of those States directly concerned with this event. For this reason, the next paragraph will study the role played by both countries about one of the most recent international instruments adopted on this field.

III. WHAT ABOUT MIGRANT WORKERS' RIGHTS? SURROUNDING PROBLEMS CONCERNING SPAIN AND THE PHILIPPINES

- a) The United Nations Convention on the subject

An international instrument that may prove the awareness of a country about migration phenomena is the International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their families. It was adopted in New York, the 18th of December 1990, and entered into force the 1st of July 2003.²⁶ The Convention may be defined as “the most comprehensive international treaty in the field of migration and human rights”, and “as a vital instrument to ensure respect for migrants' human rights”.²⁷

Unfortunately, the Convention cannot be described by its success. On the contrary, “it suffers from marked indifference”.²⁸ Only 52 States have ratified it – most of them Asian, American and African countries – and no major immigration country has done so. Spain is not an exception to this tendency, and it is not a Party to the Convention. The Spanish position is described as follows by DE GUCHTENEIRE and PÉCOUD:

²⁴ See the evolution of the Spanish context regarding migration in García San José 2012: 421-440. Some recent problems may be seen in the document “Razones para el cierre de los CIE: del reformismo a la abolición”, 26 June 2017, in <https://ocspi.wordpress.com/2017/06/26/descarga-aqui-el-informe/>.

²⁵ See <http://www.worldometers.info/world-population/spain-population/>.

²⁶ See UNTS, vol. 2220, p. 3.

²⁷ See De Guchteneire and Pécoud 2009: 1.

²⁸ *Op. cit.*: 1.

“More paradoxical is the situation in Spain, where members of the Socialist Party called for ratification just a few months before coming to power in 2004; but did not follow up once in the majority”.²⁹

A similar position was adopted – in general – by developed countries (such as European Union member States, United States, Australia, Canada, China, France,³⁰ Japan, Norway, New Zealand, Gulf States, Russia, Switzerland, merely as examples...) together with destination States; on the contrary, the Philippines – as an origin country – signed the convention the 15 November 1993 and it was ratified the 5 July 1995.³² Such as PIPER explains:

“The Philippines was among the early signatories (1993) and was the first Asian country to ratify. This is not surprising considering that it participated in the deliberations during the Convention’s drafting process in the early 1980s and had been a significant labour exporter since the mid 1970s”.³³

The Philippines has been, together with Japan, the only Asian country “that joined the working group deliberations at least during the final phase of the drafting process”³⁴ of the Convention. This interest of the Philippines on migration may have historical reasons; this country have “the longest history of labour export in Asia”.³⁵ This case may be considered unique in the Asian context, introducing the so-called Migrants’ Workers Act in 1995,³⁶ around the time of the ratification of the Convention. More recently, voting rights for overseas Filipinos were implemented.³⁷

²⁹ *Op. cit.*: 15-16.

³⁰ Dealing with the EU members, some authors have qualified this negative to ratify the Convention as erratic, saying, for example, that “the French Government using as a pretext for non-ratification the fact that competence in the field of migration was exclusive to the Union according to the *AETR doctrine*”; see Iglesias Sánchez 2015: 177.

³¹ See the opinion of González Vega enero-abril 2017: 27-75, in particular p. 32. The author considers this Convention a resounding failure because although it has formally entered into force, it has only received the support of the countries from which the migratory flow comes.

³² See https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en.

³³ See Piper 2009: 171.

³⁴ See Piper, N., *op. cit.*: 176.

³⁵ See Piper, N., *op. cit.*: 184. This author argues that “the Philippines Government began to involve itself in labour emigration when President Marcos launched an overseas employment programme in 1974 to address problems of unemployment, among others”.

³⁶ See Republic Act n. 8042, Migrant Workers and Overseas Filipinos Act of 1995 on the website: [http://www.poea.gov.ph/laws&rules/files/Migrant%20Workers%20Act%20of%201995%20\(RA%208042\).html](http://www.poea.gov.ph/laws&rules/files/Migrant%20Workers%20Act%20of%201995%20(RA%208042).html).

³⁷ See Piper, N., *op. cit.*: 184. More information about the rights of Filipinos migrants on Philippine Migrant Rights Watch website: <http://www.pmrw.org.ph/>. See the Acts – of

The circumstances in the Philippines explain the level of awareness of these issues in this country. Such as PIPER says: “the very large number of Filipinos going overseas to work over a sustained period of time makes “labour export” a very contentious issue within the country. (...) Filipinos (...) constitute a far more diverse migrant labour force in terms of occupation, skill level and geographical destination. Thus, the relatively better protection enjoyed by Filipinos is not the direct result of ratification of the UNRMW but the result of a complex set of issues”.³⁸ The role of the NGOs is significant.³⁹

b) Bilateral Cooperation between Spain and the Philippines

What is the role of bilateral relations between Spain and the Philippines in order to facilitate migration and labour conditions of their mutual nationals?⁴⁰ The *Spanish Official Journal* offers a lot of instruments where this idea – increasing Spanish and Philippines bilateral relations – is present.⁴¹

2003 and 2013 – and all the information about voting procedure for migrants abroad, at <http://www.dfa-oavs.gov.ph/>.

³⁸ See Piper, N., *op. cit.*: 185-186. This author argues that “Filipinos emerge as the best protected and politically most active migrant workforce. This has to do with the social profile of the migrants themselves (skills and education level); duration of the state-driven migration programme; diversification of destinations (not dependent on just a few countries); a vibrant civil society at home; and the most widespread civil society networks resulting in high levels of mobilization”, *ibid.*, p. 190.

³⁹ As an example, see *Migrante International*, a global alliance of oversea Filipinos, with information concerning them, in <https://migranteinternational.org/>. The role of civil society organizations in the Philippines is quite clear; the response to emergencies (for example, in 2013, due to the Typhoon Haiyan/Yolanda) is essential. See SIMM 2016. The project “One Safe Future” is another example to be cited; see Ranque and Quetelio-Navarra June 2015: 50-52.

⁴⁰ For example, in order to ameliorate labour conditions, by the adoption of bilateral agreements on this subject. See Pe-Pua, R., “Los vínculos...”, *loc. cit.*: 63-64.

⁴¹ The bilateral conventions – adopted in last two decades – between Spain and the Philippines deal with different subjects, trying to cover cooperation as a whole; some examples of them may be the following: a) on judicial matters: the Extradition Treaty between the Kingdom of Spain and the Republic of the Philippines, done in Manila (2 March 2004) and published in <http://www.boe.es/boe/dias/2014/05/13/pdfs/BOE-A-2014-5048.pdf>; the Treaty on Judicial Assistance on Criminal Matters, done in Manila (2 March 2004) and published in <http://www.boe.es/boe/dias/2009/03/26/pdfs/BOE-A-2009-5029.pdf>; or the Treaty on Transfer of Sentenced Persons, done in Madrid (18 May 2007) and published at <http://www.boe.es/boe/dias/2008/01/15/pdfs/A02608-02610.pdf>. b) General cooperation agreements: the Cooperation Agreement on Culture, Sports and Education, done in Madrid (3 December 2007) and published in <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/24/pdfs/BOE-A-2009-6771.pdf>; the General Friendship and Cooperation Treaty done in Manila (30 June 2000), published at <http://www.boe.es/boe/dias/2000/06/30/pdfs/BOE-A-2000-6771.pdf>.

Trying to solve problems related to Spanish citizens, some new honorary consular offices have been established in the Philippines (for example in Bicol, Cebú, Lloilo, Davao and Zamboanga).⁴²

Another aspect to be considered is the following: the consciousness of the State – Spain and the Philippines – of being a country of migrants. The conclusion to be adopted is different in both countries, such as has been said above: an important percentage of the Philippines' population live abroad, for generations; the Filipinos assume migration as part of their culture and their life.⁴³ This topic is described by the IOM on its 2013 Report⁴⁴; more than thirty years ago, the migration policy was assumed as a reality by the society of this country as a whole.⁴⁵ Natural disasters⁴⁶ and political instability are factors to be assumed, forcing people to migrate to another countries

www.boe.es/boe/dias/2001/06/14/pdfs/A20962-20965.pdf. c) Mutual cooperation agreements to facilitate mutual exchange of citizens: the Convention on Social Security, done in Manila (12 November 2002), published at <http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/03/pdfs/BOE-A-2012-8848.pdf>; the Exchange of Notes on mutual recognition and exchange of driving licences, done in Madrid (28 November 2007 and 23 April 2008), published at <http://www.boe.es/boe/dias/2008/11/25/pdfs/A47016-47016.pdf> and <http://www.boe.es/boe/dias/2008/08/14/pdfs/A34476-34479.pdf>; the Protocol on International Adoption, done in Manila (12 November 2002) published and provisionally applied in <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/05/pdfs/A39253-39253.pdf> and <http://www.boe.es/boe/dias/2003/01/24/pdfs/A03127-03131.pdf>. d) Referred to economic aspects: the Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, done in Madrid (19 October 1993) published in <http://www.boe.es/boe/dias/1994/11/17/pdfs/A35272-35275.pdf> and <http://www.boe.es/boe/dias/1995/10/05/pdfs/A29253-29253.pdf>; the Convention for the Avoidance of double taxation and prevention of fiscal evasion on income taxes, and Protocol signed in Manila (14 March 1989) published in <http://www.boe.es/boe/dias/1994/12/15/pdfs/A37746-37755.pdf>.

⁴² See the publication, setting up these offices at <http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/20/pdfs/BOE-A-2013-6708.pdf>; <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/27/pdfs/BOE-A-2013-5533.pdf>; <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/21/pdfs/BOE-A-2013-5315.pdf>; <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/14/pdfs/BOE-A-2013-5001.pdf>; <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/14/pdfs/BOE-A-2013-5002.pdf>.

⁴³ See Brillantes, J.S., “Políticas y mecanismos filipinos en torno a la migración y el empleo en el extranjero”, in http://rimd.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/relaciones-estado1/RelacionesEstado1_2politicas.pdf; in the same way, see the Report of the IOM <https://www.iom.int/news/philippines-report-tracks-rise-migration>, saying that Filipinos are the world's second largest population of migrants living abroad, after Mexico.

⁴⁴ See *Country Migration Report. The Philippines 2013*, <https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/Country/docs/CMReport-Philippines-2013.pdf>.

⁴⁵ See Durand, J., “El modelo migratorio filipino”, in <http://www.jornada.unam.mx/2010/07/04/opinion/014a1pol>.

⁴⁶ See Naik, Stigter and Laczko 2007: 13-15.

or, sometimes, to leave their homes (such as in the case of the internally displaced persons).⁴⁷

c) Surrounding aspects of Migration in both countries

The awareness of Filipinos about migration is clearly reflected on the migration policies and the information that may be easily found in the *Philippines Bureau of Immigration*.⁴⁸ Migration abroad, together with visa requirements for foreigners in the Philippines is provided on this website. On the other side, the Spanish Ministry for Foreign Affairs and Cooperation provides information about living and working in the Philippines.⁴⁹

Migration from the Philippines to OECD countries is a phenomenon that must be taken into account:

- If we analyse the top 15 OECD Countries for Asian Migration in 2013, this idea should be highlighted: Spain occupies the number nine on the list, being the Filipinos one of the main countries of origin (with a 7% of the global amount of migrants), under the Chinese (39%), Pakistani (28%) and Indian (11%).⁵⁰
- The vision of the Department of Labour and Employment of the Philippines is that “Every Filipino worker attains full, decent and productive employment”. The mission of this Department is to “promote gainful employment opportunities, develop human resources, protect workers and promote their welfare and maintain industrial peace”.⁵¹
- Since the beginning of this decade, the migrant remittance inflows in the Philippines have been increased (from 21.369 \$ million in 2010 to 28.403 in 2014).⁵² It is quite important in this country (9.8 % of the GDP).⁵³

⁴⁷ See <https://www.iom.int/news/iom-joins-philippine-government-and-echo-rapid-needs-assessment-displaced-persons-mindanao>.

⁴⁸ See <http://www.immigration.gov.ph/>.

⁴⁹ See <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MANILA/es/VivirEnFilipinas/Paginas/Trabajar-en-Filipinas.aspx>.

⁵⁰ See Hervé and Arslan 2016: 68 y 79-82.

⁵¹ See Baruah, N., “Labour Migration Infrastructure and Services in Countries of Origin in Asia”, in *Labor Migration in Asia: Building Effective Institutions*, *op. cit.*, p. 19.

⁵² See *Labor Migration in Asia*, *op. cit.*, p. 83; the net migration rate may be seen on p. 84.

⁵³ See OECD, *Interrelations between Public Policies, Migration and Development*, OECD Publishing, 2017, Paris, p. 30.

- In the case of the Philippines, emigration can increase women's economic independence.⁵⁴ There is a strong relationship in this country between migration and development.⁵⁵ Migration is a vital attitude in this country, compared with surrounding States.⁵⁶

In the case of Spain, the perspective on migration adopted by governmental authorities – and by the Spanish population itself – changes from time to time, depending of the international context and the evolution of the economic crisis. This situation is not exclusive for Spain, such as some authors have pointed out (studying the similarities with some European Union countries such as Italy or Portugal). Such as ARTAL-TUR, PALLARDÓ-LÓPEZ and REQUENA-SILVENTE states:

“Italy, Spain and Portugal have historically been emigration countries, sending people towards Latin American and European destinations from the very beginning of the past century, until the decade of the 1960s. Nowadays, however, they have become net receptors of migration flows, mainly because of labour supply shortcomings faced in their recent economic expansions”.⁵⁷

Dealing with Spain, the number of immigration sending countries has been increased, comparing the data of years 1980 (24), 1990 (42), 2000 (157) and 2007 (198)⁵⁸; the rules governing migration aspects have been transformed from time to time.⁵⁹ The last data provided by the *Instituto Nacional de Estadística (National Institute for Statistics)* of Spain show a provisional perspective about this subject: the global numbers of inward migration (in 2016, data published in June 2017) is 417.033 (65.572 Spanish people and 354.461 foreigners); on the contrary, the outward migration amount is

⁵⁴ See OECD, *Interrelations between Public Policies, Migration and Development*, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁵ See OECD, *Interrelations between Public Policies, Migration and Development*, *op. cit.*, pp. 52-53. In the Philippines, there are three governmental bodies concerned with migration (the Foreign Affairs, the Labour and Employment Departments, together with the Commission of Filipinos Overseas).

⁵⁶ See OECD, *Interrelations between Public Policies, Migration and Development*, *op. cit.*, p. 211 and the comparison between some Asian countries and their culture to migrate.

⁵⁷ See Artal-Tur, Pallardó-López and Requena-Silvente 2014: 5.

⁵⁸ See Ortega, F., and Peri, G., “The Aggregate Effects of Trade and Migration: Evidence from OECD Countries”, in the *Socio-Economic Impact of Migration Flows. Effects on Trade, Remittances, Output and the Labour Market*, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁹ See Spanish applicable rules on this official website: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general_extranjeria/index.html and the administrative procedures and rules in http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgie/index.html.

327.906 (86.112 Spanish people and 241.795 foreigners).⁶⁰ Today, with a population of 46.528.966, there are 4.424.409 foreigners living in Spain.⁶¹

For the aforementioned reasons, the role of Spain is not clear on the field of migration: we are a country of migrants (in the reality, but this situation is not accepted by the authorities) and, at the same time, Spain may be described as a receiving migration State (in most cases migrants coming from North African countries, Latin-America and Asia). Dealing with the Philippines, the population of this country see migration as a route to get a better life and they consider this phenomenon as a realistic way to progress. The different perspective adopted by both States explains the role played by them in the international context about surrounding aspects of migration and, at the same time, as members of the IOM.

BIBLIOGRAPHY

- ANDRIJASEVIC, R. and WALTERS, W., “The International Organization for Migration and the international government of borders”, *Environment and Planning D: Society and Space*, vol. 28, (2010): 977-999.
- ARNOLD, G., *Migration: Changing the World*, Pluto Press Ed., (Northampton, November 2011): 90.
- ARTAL-TUR, A., PALLARDÓ-LÓPEZ, V. and REQUENA-SILVENTE, F., “Immigrants’ Networks, Distance and Trade Creation Effects: An (sic.) Study Employing Province-Level Data for Italy, Spain and Portugal”, in *the Socio-Economic Impact of Migration Flows. Effects on Trade, Remittances, Output and the Labour Market*, Artal-Tur, A., Peri, G., and Requena-Silvente, F. (eds.), Springer, (London, 2014): 5.
- ASHUTOSH, I. and MOUNTZ, A., “Migration management for the benefit of whom? Interrogating the work of the International Organization for Migration”, *Citizenship Studies*, vol. 15, n. 1, (February 2011): 21-38.
- ASIS, Maruja M.B., “The Philippines’ Culture of Migration”, *Migration Information Source*, (January, 2006).
- DE GUCHTENEIRE, P. and PÉCOUD, A., “Introduction: The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights”, in Cholewinski, R., De Guchteneire, P. and Pécoud, A. (eds.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights*, Unesco Publishing, (Cambridge University Press, 2009): 1.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., “Detention of Illegal Aliens in Spain in a European Context of Migrants Concern”, in *Liber Amicorum Professor José Manuel Peláez Marón*.

⁶⁰ See this information on the website http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177000&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

⁶¹ Following the official statistics published at http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultiDatos&idp=1254735572981 (data published in June 2017).

- Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea, M. Hinojo Rojas (coord.), Servicio de Publicaciones, (Universidad de Córdoba, 2012): 421-440.
- GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la Protección Internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados)””, *56 Revista de Derecho Comunitario Europeo* (enero-abril 2017): 27-75.
- HERVÉ, Ph. and ARSLAN, C., “Trends in Labor Migration in Asia”, in *Labor Migration in Asia: Building Effective Institutions*, (Asian Development Bank Institute, International Labour Organization and Organization for Economic Co-operation and Development, 2016): 7, 68, 79-82.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “Migration Agreements between the European Union and Third States”, in *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle, aspects de droit international/Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects*, Goodwin-Gill, G.S. y Weckel, P. (eds.), (Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 2015): 167-194.
- NAIK, A., STIGTER, E., and LACZKO, F., “Migration, Development and Natural Disasters: Insights from the Indian Ocean Tsunami”, *IOM Migration Research Series*, number 30, (Geneva, 2007).
- O’NEIL, K., “Labour Exports or Government Policy: The Case of the Philippines”, *Migration Information Source*, (2004).
- PE-PUA, R., “Vínculos entre Filipinas y España: migraciones y relaciones bilaterales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 68, (diciembre 2004-enero 2005): 53-65.
- RANQUE, Ll. and QUETULIO-NAVARRA, M., “Un futuro seguro en Filipinas”, in *Migraciones Forzadas*, n. 49, (June 2015): 50-52, in <http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/ranque-quetulionavarra.pdf>.
- SIMM, G., “Disaster Response in Southeast Asia: The ASEAN Agreement on Disaster Response and Emergency Management”, *Asian Journal of International Law* (2016), in <https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-international-law/article/disaster-response-in-southeast-asia-the-asean-agreement-on-disaster-response-and-emergency-management/FD77A7CB07AE-4F4232A69237F521C450/core-reader>.

EL ESTADO DE BIENESTAR. UN RETO PARA LA DEMOCRACIA *

The Welfare State. A challenge for democracy

Ángel G. Valenzuela Serrano
Profesor asociado de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga
avalenzuela@uma.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp349-374](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp349-374)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 25.06.2018

Resumen

En este trabajo se abordará el origen y evolución del Estado del bienestar, se expondrá su crisis y, por último, se hará referencia a los nuevos retos presididos por las desigualdades sociales que se han ido asentando en nuestra sociedad.

Palabras clave

Estado del bienestar; crisis; retos; desigualdades sociales.

Abstract

In this paper we will address the origin and evolution of the Welfare State, as well as its crisis and the new challenges chaired by the social inequalities that have been setting in our society.

Keywords

Welfare State; crisis; challenges; social inequalities.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Valenzuela Serrano, Ángel G. 2018. «El estado de bienestar. un reto para la democracia». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 349-374. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp349-374](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp349-374).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR. III. ETAPAS Y MODELOS DEL ESTADO DE BIENESTAR. IV. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR. V. LOS NUEVOS RETOS PARA LA DEMOCRACIA. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, todo el mundo conoce que nos encontramos como denomina la Constitución Española en un Estado Social y Democrático de Derecho, encaminado a prestar un bienestar a la sociedad, pero en ningún caso se prestan soluciones factibles a los problemas que han surgido a raíz de la Crisis de este Estado de bienestar.

Nos encontramos con un Estado en el que todo individuo tiene derechos sociales y económicos encaminados a disfrutar de un Estado de bienestar.

Para hablar del Estado de bienestar tenemos que remontarnos para determinar su origen, desarrollo económico y político-social a momentos posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

El término «Estado social» fue acuñado por primera vez por Emile Olliver en 1864. Posteriormente en 1870, es el aparecido Wohlfahrtsstaat que se usó para describir un sistema el que anunció las políticas bismarckianas en materia social.

En la comunicación se van a plantear la hipótesis de que es un Estado de bienestar con sus actividades tanto Económicas, sanitarios, educacionales, y puramente sociales. En este sentido se abordará el origen y evolución del Estado de bienestar. Pero los tiempos han cambiado y desde sus inicios hasta ahora los retos son de alguna forma diferentes siendo planteado este ámbito.

Posteriormente al análisis del origen y evolución de las diferentes etapas o momentos históricos como el Estado asistencial, o el Estado providencia entre otros serán expuestos los Modelos de Estado de bienestar.

En otro apartado, se expondrá la Crisis del Estado de bienestar donde se analizarán los periodos de crisis cuando surge la necesidad de reformar el Estado de bienestar. A consecuencia de la crisis disminuyen los recursos públicos y entonces tanto la viabilidad financiera como la económica y la política se ven afectadas y merman los regímenes de protección social. A partir de esos momentos tanto las pensiones como la sanidad sufren los recortes que derivan de la crisis y hay también una repercusión en el resto de los componentes del estado de Bienestar.

De todas formas y a pesar de esto hay que considerar que el Estado del Bienestar necesita reformas, pero no las destinadas solamente a recortar sobre el gasto publico social. Y nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Por qué hacen falta reformas?

Expuesto todo ello, lleva al planteamiento de que nuevas acciones estratégicas debe de desarrollar el Estado del bienestar en el futuro, hechos que se analizarán y se expondrán en la comunicación.

Y me planteo ¿Qué factores se pueden considerar detonantes de esta crisis del Estado de Bienestar? Estos factores serán argumentados en este último apartado.

También se planteará como problema en el Estado moderno, si existe conexión entre la crisis económica que actualmente sacude a todo el mundo y la crisis del Estado de bienestar y ello con las consecuencias derivadas de influencia en gastos sociales, y económicos que influyen en el bienestar general de la población.

Al ver que la influencia del Estado de bienestar tiene connotaciones económicas se plantea la siguiente cuestión ¿Cual es la mejor opción para la financiación del Estado del Bienestar? Esta pregunta se desarrollará planteando soluciones económicas que hagan viable el Estado de bienestar.

Por último, en los Nuevos retos para la democracia se explicarán algunos aspectos fundamentales que retan actualmente a la democracia y que van a consistir en las desigualdades sociales que se van asentando dentro de nuestra sociedad, el tema cada día más acuciante de la precariedad laboral y el que la tecnología en el trabajo irrumpe cada vez más progresivamente y que influyen en los nuevos sistemas tecnológicos de producción.

Las desigualdades socioeconómicas van a ir produciendo unos efectos erosivos sobre los aspectos democráticos de la sociedad y hay que tener en cuenta al respecto que la democracia no es sólo articular representantes políticos e instituciones, sino que además debe ir encaminada a conseguir las mejores soluciones a los problemas sociales que se van a plantear paulatinamente dando lugar a problemas en la convivencia a la que habrá que conseguir las mejores soluciones posibles.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Para hablar del Estado de Bienestar tenemos que remontarnos para determinar su origen y su desarrollo económico y político social a momentos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. T.H. Marshall definió el estado del bienestar como una combinación especial de la democracia, el bienestar social y el capitalismo¹.

Es el término «Estado social» acuñado por primera vez por Emile Olliver en 1864 el que llegado a 1870 aparece como Wohlfahrtsstaat el que se usó

¹ Fernández García 2005.

para describir un sistema que anunció las políticas bismarckianas en materia social benefactoras para el individuo.

El término es una traducción del inglés «welfare state» que literalmente es Estado de bienestar aunque debíamos de considerarlo como una denominación ambigua porque es bienestar ¿físico?, ¿Psíquico?, ¿Fisiológico?, ¿Familiar? etc., pero esta definición toma cuerpo para que de aquí surjan estas prestaciones futuras englobadas en el término del que nos ocupamos y por tanto por estado de bienestar se entiende el buscar por parte de los distintos gobiernos partiendo de los Presupuestos Generales del Estado el llevar a cabo determinadas actividades que se pueden enmarcar en los siguientes puntos clasificatorios²:

1. Económicos (subsidios de desempleo y de vejez)
2. Sanitarios (salud universal y gratuito)
3. Educativos (cubriendo la formación sociocultural de los ciudadanos)
4. Puramente sociales (vivienda, alimentación y otros servicios asistenciales).

Probablemente, lo que se pretendía en su momento, era dotar a la sociedad de unas prestaciones que se aproximasen mucho a darle una solución a los problemas sociales existentes en aquel momento e iniciaron su desarrollo en unas condiciones sociales, económicas, políticas, ideológicas que con el paso de los años han evolucionado profundamente.

En síntesis, lo que se desea fundamentalmente es proteger al trabajador de todas las vicisitudes que durante su vida le van a acontecer y que va a ser el propio Estado quien le va a dar unas garantías sociales y unos determinados servicios a todos los ciudadanos de un determinado país con un conjunto de programas basados en la política social del mismo.

Pero los tiempos han cambiado y desde sus inicios hasta ahora los retos son de alguna forma diferentes. Los Estados y concretamente Europa que es donde nos situamos se encuentra con una población mayor de 65 años que crece porque las condiciones higiénico-sanitarias han mejorado y al mismo tiempo que los que están en edad de trabajar disminuyen, y esto hace que incluso lleguemos a plantearnos de si este modelo es idóneo o no por sus repercusiones económicas. Esto conlleva que al aumentar los pilares fundamentales en los que el Estado de Bienestar se fundamenta como son sanidad, pensiones y cuidados de larga duración hacen que nos preocupe si se podrá mantener el Estado de Bienestar al mismo nivel que lo que disfrutamos en estos momentos.

² Urteaga 2013.

Hay que tener en cuenta que las desigualdades sociales surgen a finales del siglo XVIII a partir de la Revolución Industrial cuando se desarrolla el sistema económico liberal y a partir de aquí para compensar estas citadas desigualdades que han ido surgiendo es cuando se necesitan estas políticas sociales.

III. ETAPAS Y MODELOS DEL ESTADO DE BIENESTAR

Hay varias etapas en el origen del Estado del bienestar una primera situada entre los siglos XIX y XX que surgió en la Alemania de Bismarck en 1883 y fue extendiéndose por todos los países de Europa hasta 1920 y que obedecían fundamentalmente a una mayor igualdad social haciéndose eco la responsabilidad pública de esas necesidades de los trabajadores y donde lo más acuciante eran los problemas de desigualdad y pobreza que se habían suscitado y que no eran fáciles de resolver.

Es por estos motivos por los que son achacables en Europa a las Leyes de Bismarck el origen del Estado de bienestar.

Viene un segundo periodo comprendido aproximadamente entre los años 1930 y 1940 donde los fallos del sistema capitalista dan pie a medidas de política intervencionista y a esto le sigue otro período desde 1940 a 1960 aproximadamente donde tras la reconstrucción de los países destruidos por la Segunda Guerra Mundial se valoraron los derechos de los ciudadanos en aquellos estados naturalmente democráticos donde se legitimaron los derechos sociales y económicos de los trabajadores.

La expresión del Estado de Bienestar surge en 1942 y es con «el primer informe Beveridge»³, el Social Insurance and Allied Services de 1942 donde se dan las bases teóricas para el Welfare State o Estado de Bienestar por parte del gobierno laborista donde se dice que todo ciudadano que esté en edad laboral debe pagar unos emolumentos para tener posteriormente en casos de enfermedad, jubilación así como unas prestaciones que le cubran sus necesidades mínimas apoyando todo su informe en un seguro obligatorio que de esta forma se erigía como el padre de la seguridad social moderna.

Sus tres ejes fundamentales eran la vivienda familiar, el empleo y la salud pública, aunque actualmente el termino abarque muchas más funciones.

Fue Keynes⁴ quien apoyo a Beveridge (1879-1963) y es con el modelo de ciudadanía social de Marshall con dimensión política, social y civil para el ciudadano lo que iban a ser los grandes cimientos del Estado de bienestar para los países desarrollados.

³ López del Paso 2011: 97.

⁴ Keynes 2006.

Es al final de la Segunda Guerra Mundial cuando el estado liberal es sustituido por otro más social denominado Estado Keynesiano de Bienestar modelo que está basado fundamentalmente en:

1. Producción en masa que genera bienes masivos que crearan en el futuro la sociedad de consumo.
2. Una intervención Estatal con redistribución de renta y creación de infraestructuras y sistema sanitario y educación.
3. Un sistema de concertación social entre trabajadores y empresarios y
4. El mercado libre.

El Estado para Keynes será el único capaz de lograr el equilibrio económico y mantener la paz social y de aquí su intervencionismo estatal preconizado por sus teorías que se llevaran a cabo mediante:

1. Política monetaria.
2. Aumento de inversiones públicas.
3. Política fiscal recaudatoria y distributiva y
4. Con políticas económicas, sociales y culturales

Llegando a ser tan importante lo que se ha constituido en materia de Seguridad Social que aparece en 1948 como parte integrante de la Declaración de los derechos Humanos⁵.

En este devenir histórico hay cuatro momentos o etapas⁶:

1. El primitivo estado asistencial se conocía como estado de beneficencia cuando se demostraba la indigencia del receptor de los servicios prestados generalmente por los municipios o entidades relacionadas con la Iglesia que tienen su origen en 1946.
2. El probablemente mal llamado Estado providencia cuando se había perdido el trabajo o cuando se había tenido un accidente pero que se derivaba del pago de unos seguros contributivos y obligatorios, que había aparecido en la Alemania de finales del siglo XIX y que en España va desde 1900 a 1936 basados en la extensión de los seguros sociales profesionales y de la legislación laboral española. Finalizada la guerra Civil el Régimen emanado de la misma se hacen responsables del Auxilio Social y de los seguros profesionales.

⁵ Rodríguez Cabrero 2004.

⁶ Picó 1999.

3. Aparece el Estado de bienestar donde el Estado provee de Seguridad Social a todos los ciudadanos sin tener en cuenta ni ingresos ni relaciones laborales.
4. Posteriormente encontramos el momento de Crisis y recuperación del Estado de bienestar con voces de alarma en los años 70 (crisis denominada energética) y en los 90 donde se temió por el futuro del mismo, siendo este temor extensible en nuestros días y preconizando que hay que buscar soluciones al respecto.

El sociólogo danés Gosta Esping-Andersen definió tres tipos de Estado de Bienestar⁷. Para ello analizó tres grandes áreas: las relaciones Estado-Mercado, la estatificación y la des mercantilización. Así, el estado Central dispone de una autonomía que le permite desarrollar los sistemas nacionales de protección social, pidiendo determinar cuál será la producción de bienestar que desea para los ciudadanos.

En este sentido diferencia tres modelos, que se podrían extender a un cuarto:

- Modelo liberal anglosajón: Se desarrolla en países europeos anglosajones y en EE. UU. Canadá y Australia. En el mismo el Estado decide cubrir únicamente los riesgos que no puede asumir una sociedad decente. En este caso los riesgos se definen con carácter restrictivo y solo se conoce la protección social una vez comprobados los medios de vida e ingresos del beneficiario.
Se considera la pobreza como un problema individual de cada persona y no como derivado de la sociedad en la que vive. Es mínima la asistencia social que presta el Estado dando éste una asistencia básica al individuo porque son los propios ahorros del individuo los que sufragan los beneficios que va a recibir.
- Modelo conservador, corporativista o europeo continental. Parte del principio de subsidiariedad. El Estado interviene siempre y cuando fallen las instituciones más próximas al individuo, como la familiar. Se desarrolla en países como Alemania, Francia, Bélgica, Austria y Holanda. Refuerza la familia tradicional y los estratos sociales y las prestaciones sociales van a ir ligadas al empleo de hombres y sus familias concediéndoles los beneficios necesarios para las familias cuando estas no pueden obtenerlos por ellos mismos.
- Modelo socialdemócrata o nórdico y se desarrolla en países como Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega. Vinculado a la política de recursos humanos y con el máximo objetivo de erradicar el desempleo

⁷ Gosta Esping-Andersen 1993.

- en el que el estado cubre todos los riesgos partiendo del principio de universalidad de las prestaciones sociales. Supone la transformación de los sistemas de asistencia social tradicionales en nuevos sistemas con derechos erga omnes (frente a todos) hoy con amplios programas de servicios sociales. Implica un trabajo social y el pago de un seguro social. Intentan la reinserción rápida en el mercado de trabajo de los desempleados y se basan en una elevada recaudación fiscal derivados de los impuestos tanto del empleado como del empleador.
- El cuarto modelo cuya existencia se debate sería el mediterráneo. Este se caracteriza por la existencia de una asistencia social mínima. También se conoce con el nombre de modelo Sureño y en ellos se engloban los países que han llegado más tardíamente al Estado del Bienestar y son Grecia, Italia, España y Portugal. Está basado en las pensiones y en gastos de asistencia social bajos.

La fama norteamericana dada al Estado de Bienestar se justificaba por el mayor crecimiento económico de EE. UU. y, sobre todo por sus menores tasas de desempleo. En la actualidad esta justificación se encuentra en entredicho.

Lindert⁸, ya en el año 2004, demostró que «el mantenimiento de los gastos sociales en Europa no tiene un coste sobre el potencial de crecimiento económico, siempre que incluya una estructura impositiva que no penalice la inversión ni el trabajo, y siempre que se coordine con las políticas económicas adecuadas»

Lo que es crecimiento económico, gasto social y democracia se analiza por Lindert como variables que han interactuado reforzándose unas a otras lo que repercute en las políticas de desarrollo que no contemplan una inversión creciente en educación y salud.

Además, plantea que el gasto social no va en detrimento del aumento de la productividad.

Lindert desgrana así porque se desarrollaron las políticas sociales, porque existen tantas diferencias entre los países ricos y porque el gasto social se ha consolidado en las sociedades desarrolladas.

Surgen incoherencias en las propuestas de Lindert que derivan sin duda de su afán totalizador.

IV. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

Es durante los períodos de crisis económica cuando surge la necesidad de reformar el Estado de bienestar. A consecuencia de la crisis disminuyen los recursos públicos y entonces tanto la viabilidad financiera como la económica

⁸ Lindert 2004.

y la política se ven afectadas y merman los regímenes de protección social. A partir de esos momentos tanto las pensiones como la sanidad sufren los recortes que derivan de la crisis y hay también una repercusión en el resto de los componentes del estado de Bienestar.

Como consecuencia de esto comentado es necesario hacer determinados ajustes de políticas económicas para salir de la crisis, al mismo tiempo para crear más y mejor empleo y para financiar los gastos sociales de una forma sostenible.

Hay que considerar por tanto que:

1. El estado del bienestar no es la causa de la crisis económica.
2. El estado de bienestar puede originar que determinadas actividades económicas sean creadoras de empleo público y privado. Hay que tener en cuenta que los estados de personas dependientes y su ayuda generan puestos de trabajo.
3. Hay una relación positiva entre gasto público social y crecimiento económico.

De todas formas y a pesar de esto hay que considerar que el Estado del Bienestar necesita reformas, pero no las destinadas solamente a recortar sobre el gasto público social. Y hay que plantearse ¿porqué hacen falta reformas?

Ante esta pregunta tendríamos que plantearnos distintos puntos:

1. Fundamentalmente por los cambios demográficos (envejecimiento de la población, descenso de la natalidad, aumento de vida de las personas, flujos migratorios.)
2. Modificaciones en las nuevas tecnologías y adaptación a las mismas y el fenómeno de la globalización.
3. Las transformaciones del mercado de trabajo, aumento de desempleo incorporación con más edad al trabajo de la población actual.
4. Lo que es la entrada de la mujer en el mercado de trabajo y los diversos modos de familia.
5. Mayores de 50 años y sus carencias laborales. Y al mismo tiempo el retraso en la edad de las mujeres para tener hijos y los fenómenos derivados de la falta de conciliación familiar.

Todo esto conlleva el planteamiento de que nuevas acciones estratégicas debe de desarrollar el Estado del bienestar en el futuro.

Para Esping-Andersen y Palier⁹ esto conllevaría:

⁹ Gosta Esping-Andersen y Palier 2009: 1-26.

1. Mayores cuidados para la infancia con una mayor inversión social
2. Medidas de conciliación en la vida de la mujer con respecto a su medio laboral
3. Flexiseguridad en el mercado laboral.
4. Invertir más en capital humano en todas las edades.

De todas ellas probablemente la más acuciante sea la de dedicar una mayor inversión pública a la infancia con una construcción de una amplia red pública de escuelas o centros educativos infantiles ayudando así a la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, con aumentos de su fecundidad, aumento de ingresos fiscales¹⁰. Todo esto conlleva la necesidad de un incremento del gasto público, así como el acuerdo de una voluntad política encaminada a este fin.

¿Qué factores se pueden considerar detonantes de esta crisis del Estado de Bienestar? Existen múltiples clasificaciones en el tratamiento de este tema¹¹. Sin embargo, intentando esquematizarlas de la forma más entendible posible, tendríamos las siguientes causas:

- Políticas: Se necesita una administración estable, fuerte dispuesta a pagar mucho dinero para subvencionar todo lo que conlleva el estado del bienestar.
- Económicas: el dinero que en un futuro muy próximo tendrá el Estado que poner a disposición de los ciudadanos para poder pagar todos los servicios de bienestar se verán comprometidos seriamente por lo que tendrán que buscar nuevas financiaciones generalmente cuando se hablan de pensiones, sanidad y educación.
- Sociodemográficas: Donde influye considerablemente una caída de la natalidad y un aumento de la esperanza de vida con un envejecimiento considerable de la población y un incremento en protección social y asistencial.
- Financiero-fiscales: con la obtención de los recursos económicos mediante impuestos directos o indirectos.
- Organizativos: con una gran repercusión en la estructura ocupacional, con la influencia que las nuevas tecnologías han tenido repercutiendo seriamente en la estructura ocupacional.
- Culturales e ideológicos: con una contestación importante por los movimientos sociales.
- El proceso de globalización con la pérdida del poder de los mercados nacionales ante el mercado mundial, el aumento de tecnología y al mismo tiempo del paro laboral.

¹⁰ Ochando Claramunt 2002.

¹¹ Rodríguez Cabrero 2004.

Pero en todo este problema que se nos plantea en el Estado moderno de la crisis del Estado de Bienestar ¹² tenemos que pensar un poco entre la conexión que puede existir entre la crisis económica que actualmente sacude a todo el mundo y la crisis del Estado de bienestar.

Tenemos que plantearnos en un primer momento si la crisis económica esta dificultada por la crisis del estado de bienestar que le impide no avanzar en su recuperación actual.

Hay que considerar siendo objetivo que el estado del bienestar no es la causa de la crisis económica sino todo lo contrario y que hay que encontrarle puntos de salida y de convergencia en las soluciones de los problemas que llevan en conjunto, probablemente teniendo que reformar de forma periódica y dinámica las políticas sociales. Es por tanto de vital importancia la creación de nuevo empleo que es la única forma que hay de financiar de manera sostenible todos los gastos que entraña la política del bienestar.

El estado de Bienestar no hay que olvidar que crea también empleo impulsando actividades económicas que lo crean desarrollando evidentemente los servicios sociales que estén infradesarrollados y así se crearían empleos en el sector servicios fundamentalmente con la atención a la dependencia y al mismo tiempo también con la educación infantil en la primerísima etapa de 0 a 3 años que al mismo tiempo facilitaría la participación femenina en el mercado laboral.

En todo este tema que venimos estudiando hay algo muy importante que enunció O'Connor ¹³ lo que denominó como «Crisis fiscal del Estado» que no era más que los límites del Estado de Bienestar, sus posibilidades vendrían condicionados por los límites del propio gasto público que es simplemente la falta de ingresos tributarios que repercute en el propio Estado debido a la disminución que tiene en tiempos de crisis la recaudación del propio Estado.

Siempre que entra en juego los momentos de crisis se plantea la necesidad de una reforma en el estado de bienestar y entonces los riesgos que surgen de la mundialización, de la globalización, de la producción, de los cambios demográficos, sociales, de feminización, migratorios o de la segmentación del mercado de trabajo recuerdan nuevamente la necesidad de una reforma recordando que los nuevos problemas que surgen de las nuevas estructuras sociales sobre todo del entorno familiar y laboral son los que actúan como detonantes de la economía cada vez más internacionalizada.

Es la problemática coyuntural la que afecta a los países desarrollados y la globalización la que mundialmente condiciona a los países estructuralmente.

¹² Rosanvallon 1995.

¹³ O'Connor 2002.

Según Rodríguez Cabrero¹⁴ el Estado de bienestar ha sido históricamente un mecanismo institucional de regulación del capitalismo en su fase de expansión, pero a finales de los setenta, comienza a ser considerado por una parte como un obstáculo para la globalización, pero por otra, sigue siendo un mecanismo compensador de los costes sociales.

Aun siendo todos estos temas que estamos tratando importantes pensamos que donde el Estado de Bienestar tiene más repercusión es en el momento actual en el tema de las pensiones y de los gastos sociales que van a influir en el cuidado de la dependencia y evidentemente en todo el proceso sanitario y educacional que en el país se plantea continuamente. Quizás todo derive de que la población europea se estanca y envejece y eso hace que repercuta de una manera importante en todo lo que hablamos de gastos sociales y el hecho de que haya bajas tasas de actividad y ocupación hacen que haya miedo en lo que es la supervivencia en el futuro del Estado del bienestar.

Según Naciones Unidas¹⁵ la población mundial paso de 3000 millones en 1960 a 6100 millones en el año 2000. Actualmente se estima en 7300 millones y se prevé que siga aumentando hasta superar los 9.700 millones a mitad de esta centuria.

Pero ¿qué ocurre que cada vez hay menos jóvenes y más mayores?

La Unión Europea tenía a uno de enero de 2015 una población de 507 millones de habitantes, situada después de China e India y por delante de EE. UU. Y fue precisamente en Europa donde en los cinco últimos años la población menos creció (0,1%).¹⁶

Son las tasas de Natalidad, fertilidad y mortalidad las que van a condicionar estos movimientos de población y así entre 1960 y 2015 el número de jóvenes entre 0 y 14 años en Europa paso de 163 millones a 127 millones y los mayores de 65 años pasaron de 53 millones a 107¹⁷.

La esperanza de vida ha pasado a 83,3 años para las mujeres y 77,8 para los hombres en 2013, y se prevé 91 para las mujeres y 87 para los hombres en 2080, esto conlleva un menor gasto en educación, pero con menos personas que puedan contribuir a mantener el estado de bienestar y evidentemente el pago de pensiones.

¹⁴ Rodríguez Cabrero 2004.

¹⁵ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance Tables. Working Paper No. ESA/P/WP.241 en https://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key_findings_wpp_2015.pdf.

¹⁶ Vid. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015), op. cit.

¹⁷ Vid. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015), op. cit.

En la U.E. se estima que si actualmente hay 3,6 personas en edad de trabajar por cada persona mayor de 65 años en el año 2080 solo habrá dos personas.

La Comisión Europea en marzo de 2015¹⁸ refiere que en 2060 los europeos pasarán de 507 millones a 523. La esperanza de vida será de 84 años para los hombres y de 89,1 para las mujeres y los mayores de 65 años pasarán de 18 al 28 %¹⁹. La Comisión en su estudio ha delimitado que « Los problemas de financiación que encontrara la Seguridad Social debido al envejecimiento de la población aconsejan hacer más atractivos los sistemas privados como complemento, insistimos como complemento, no como sustitutivos de los sistemas públicos para garantizar una renta suficiente que consolide la seguridad financiera de los mayores»²⁰.

Es muy probable que si el Estado se planteara el dejar libremente la edad de jubilación y no obligadamente a partir de una determinada edad y sobre todo a partir de unos determinados años de cotización y al mismo tiempo se dotasen de incentivos como podrían ser el aumento por cada año de un porcentaje sobre el valor de la jubilación y al mismo tiempo la supresión del IRPF para los jubilados que accediesen a ese nuevo sistema probablemente el gran problema que se está planteando ya con el pago de pensiones se mitigara de una forma espectacular.

Debemos de recordar también que en el tema del Estado de Bienestar no es solamente el tema de las pensiones, sino que hay otros capítulos que son extremadamente importantes como son:

1. Enfermedad y cuidados sanitarios.
2. Vivienda.
3. Exclusión social (drogodependencias).
4. Desempleo
5. Supervivencia: como pueden ser las pensiones derivadas de la pensión general del cabeza de familia como son viudedad y orfandad.
6. Invalidez
7. la de vejez que venimos enumerando
8. Familia e hijos (embarazo, parto maternidad).

¿Cuál es la mejor opción para la financiación del Estado del Bienestar?

¹⁸ The 2015 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060) en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2015/pdf/ee3_en.pdf

¹⁹ García-Margallo y Fernando Eguidazu: Europa y el Porvenir. Ed. Península. Madrid. 2016.

²⁰ Vid, García-Margallo y Fernando Eguidazu, op. Cit.: 101.

Teniendo en cuenta que cada vez habrá más pensionistas y menos contribuyentes por el problema del envejecimiento de la población y considerando también que los gastos derivados de los pagos correspondientes al Estado del Bienestar se van a ir incrementando debemos de pensar en que fuente de financiación resultaría más idónea.

Consultando con distintos autores llegamos al libro que venimos citando donde sugieren sus autores cuando dicen: «¿es posible seguir confiando en el impuesto sobre sociedades para atender a las nuevas necesidades? ¿O es mejor recurrir al Impuesto sobre el valor añadido?» Resuelven la pregunta diciendo «la opción se resuelve a favor del Impuesto sobre el valor añadido que parece más adecuado que el impuesto sobre sociedades para estimular la inversión, favorecer la eficiencia impositiva o crear un clima fiscal más favorable para los exportadores europeos»

Igualmente citan que «son varios los autores que se han preocupado de analizar los efectos que tendría una subida del tipo del Impuesto sobre el valor añadido y una paralela reducción de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, lo que ha dado en llamarse «devaluación fiscal»²¹ ya que se estima que esta modificación fiscal tiene unos efectos sobre la economía similares a la devaluación de la moneda.

La problemática de las pensiones es muy difícil de solucionar, al respecto el economista chileno José Piñera que visitó España en la década de 1990 ya aconsejó sobre nuestro sistema de pensiones que iba a la quiebra si no se reformaban las mismas.

José Piñera promueve la adopción de un sistema de capitalización de las pensiones en el que las cotizaciones de los trabajadores se invierten durante toda su vida laboral, con ánimo de crear el capital necesario para una jubilación digna. «Chile adoptó este sistema a finales de la década de 1970, y su crecimiento ha sido espectacular» (...) «De cada 100 euros ahorrados, 30 corresponden a las aportaciones mensuales de los trabajadores y 70 al interés compuesto que han generado las inversiones realizadas por los fondos que administran los ahorros»²²

En España evidentemente hay también preocupación con respecto al pago del Estado de Bienestar, la forma de subvencionarlo y así podemos ver en el diario Málaga Hoy en la Sección de Economía del día 26 de abril de 2017 un artículo en el que se hace referencia que la seguridad Social espera superar los 18 millones de afiliados durante este mes esperando el Gobierno una mejora de la recaudación del sistema de pensiones en 2017 el propio secretario de Estado el que refiere dicho artículo el que destaca que se elevara el umbral de disposición del Fondo de Reserva.

²¹ Bosca, Domenech y Ferri 2013.

²² Sánchez de la Cruz 2017: 233

Era basado en la mejoría de la afiliación que es el componente fundamental que nutre los ingresos de la Seguridad Social de la que emanaba el optimismo. Es por tanto la mejoría del empleo y de la elevación de las bases mínimas en el 8 % y de la máxima al 13% lo que también se añade a la «conversión de las reducciones en bonificaciones». El objetivo del déficit se estima en el 1,44% del PIB para 2017. Así mismo, añadió que el Tesoro hará un préstamo de 10.192 millones de euros con el objetivo de garantizar el pago de las pensiones sin agotar el fondo de reserva.

Además, el Estado en 2017 aportará el 16,07% del sistema a través de dos vías, que una será las transferencias para hacer frente al gasto no contributivo basado en el 9,04% y el préstamo previsto el 7,03%. Respecto a las subidas anuales a pensionistas se pretende que vuelvan a hacerse de acuerdo con el IPC anual. Pero hay que tener muy en cuenta que en abril de este año por ejemplo el gasto en pensiones contributivas ha aumentado un 3,13% con respecto al mismo período del año pasado hasta haber alcanzado los 8.709 millones de euros. Es muy importante también el considerar que actualmente el sistema público cuenta en abril de este año con 9.490.771 de pensiones contributivas, un 1,20% más que el mismo mes del año anterior todo esto es importante de poder prever con tiempo suficiente para conseguir un estado donde la financiación de las pensiones se haga de una forma en que nunca peligran como se solucionan con lo cual el estado de Bienestar no estaría mermado, por eso la gran preocupación que sobre la misma tienen todos los economistas pensantes de su solución. Es de tanta importancia el tema que en el diario de El Mundo del día 24 de abril de 2017 podemos ver un artículo que dice textualmente «urge acordar un nuevo modelo para las pensiones» y hace ver que entre 2012 y 2017 el déficit acumulado de la seguridad social alcanzara los 80.000 millones de euros, si se cumplen las previsiones del proyecto de Presupuestos que se va a debatir en el congreso. Así mismo respecto al déficit se refiere que el año pasado el desfase alcanzo el record de 18.000 millones de euros y aunque en 2017 será de 16.400 millones de euros el déficit sigue siendo alarmante.

Todo el mundo es coincidente en decir que la situación de la Seguridad Social desde el punto de vista financiero es insostenible. Por un lado, la caída salarial provocada por la crisis y por otro el progresivo envejecimiento de la población española ha hecho que el Fondo de Reserva se resienta de una forma alarmante. El Fondo de Reserva se creó en el año 2000 para que en momentos determinados el Estado pudiese pagar las prestaciones ante una desviación presupuestaria pero lo que iba a ser una excepcionalidad es ahora casi habitual de tener que recurrir a él para hacer frente al pago de las pagas extras y así en estos últimos cinco años el Estado tuvo que sacar del citado fondo de reserva más de 50.000 millones contando en este momento lo que se conoce como hucha de las pensiones con un haber solo de 15.000 millones.

Otro problema a resolver dentro del Estado del Bienestar es el tema sanitario. Bien es verdad que tenemos uno de los mejores sistemas sanitarios del mundo, pero también lo es que el costo es muy difícil de sostener. El mantenimiento desde el punto de vista público es realmente insoportable para las arcas de un Estado que no son de lo más boyantes posibles. En 2012 se introdujeron determinadas medidas de racionalización en el gasto farmacéutico que realmente fueron un acierto para agilizar algo la economía en lo que a sanidad se refiere. Así y todo, se prevé que para la próxima década el gasto se puede situar entre los 120 y 130 mil millones. La reducción de estas cantidades previstas solamente sería posible partiendo de la participación en la asistencia por parte del sector privado dentro del público, aunque esto no es tarea fácil y también tenemos que pensar en que determinados tratamientos por lo costosos que son se impiden su correcta realización por parte del individuo enfermo. Con ello, llegamos a una afirmación muy para tener en cuenta: «Gracias a este tipo de acuerdos, la Comunidad de Madrid tiene un coste sanitario de 1050 euros por habitante, frente a la media española de 1750 euros». ²³

V. LOS NUEVOS RETOS PARA LA DEMOCRACIA.

El dominio que la actual crisis económica hace hoy en día sobre la democracia hace que no sólo sea la crisis financiera internacional la que dirige el actual modelo de crecimiento económico, sino que actúa en general sobre la gobernanza global. Partiendo por tanto de la crisis económica se desarrolla una crisis política que acaba poniendo en cuestión los sistemas democráticos.

La democracia es un sistema de garantías ciudadanas, pero todos los movimientos actuales sobre la misma han hecho que exista actualmente un deterioro importante por parte de los ciudadanos hacia los partidos políticos por distintas motivaciones.

Pero los partidos políticos son importantes en la democracia porque sería inimaginable una democracia sin partidos políticos fuertes y consistentes con una vitalidad importante.

A consecuencia de la crisis económica, el Fondo Monetario Internacional ha impuesto unas medidas englobadas en el capítulo de ajustes en los que había que recortar todos los gastos y entrar en un estado de austeridad con indudables repercusiones sobre el estado del bienestar, que hacen que los conceptos de justicia que habían derivado de los pactos derivados de los acuerdos después de la Segunda Guerra mundial haya que revisarlos para entrar positivamente en el contexto de globalización que domina la sociedad

²³ Ibidem.

internacional actual de nuestros días, ya que si el Estado en determinados momentos de austeridad no puede garantizar los derechos que la ciudadanía puede considerar en algunos momentos como básicos estos pactos pierden su contenido y el ciudadano se encuentra en momentos como que su protección ha quedado vacía.

Históricamente debemos recordar que fue el presidente americano Roosevelt al finalizar la segunda guerra mundial el que decide establecer un sistema de acciones Unidas con una serie de organizaciones unas especializadas en el trabajo como la OIT, otras en la alimentación como la FAO, otras en la salud como OMS, otras en lo que es educación, ciencia y cultura como UNESCO, otra el desarrollo como PNUD, otra que se va a encargar de la infancia como UNICEF que van entre todas a dar la seguridad del cumplimiento de lo que en la ONU se decida y que va a ser una gobernación democrática y pacífica a escala global quienes van a garantizar todos los acuerdos efectuados anteriormente y todo esto siguió perfectamente hasta 1989 donde tanto el Presidente Reagan como la Primera Ministra Thatcher impulsaron lo que se entendió como un movimiento de globalización neoliberal donde las leyes del mercado iban a tener una preponderancia total.

Si recordamos la Declaración Universal de la Democracia²⁴ en el artículo 1º dice «La Democracia es un régimen político, económico, social, cultural e internacional, fundado en el respeto de la persona humana, cuyos derechos y deberes son indivisibles, en la supremacía y la independencia de la justicia y el derecho, así como en la posibilidad de toda persona de participar en la vida y en el desarrollo de la sociedad en libertad y paz, siendo plenamente consciente de la igual dignidad y de la interdependencia de los seres humanos, en un medio cultural y natural favorable. Todos los derechos humanos deben ser pronunciados y protegidos».

Son fundamentalmente algunos aspectos los que retan actualmente a la democracia y que van a consistir en las desigualdades sociales que se van asentando dentro de nuestra sociedad, el tema cada día más acuciante de la precariedad laboral y el que la tecnología en el trabajo irrumpe cada vez más progresivamente y que influyen en los nuevos sistemas tecnológicos de producción.

A tenor de los nuevos sistemas tecnológicos es interesante lo publicado en el diario La Razón con fecha 8 de mayo de 2017 en el que su autor Juan Scaliter²⁵ se hace la pregunta de si habrá que tener miedo a que nos quiten el empleo los aparecidos robots y hace referencia a que los robots van a crear

²⁴ Se ha consultado la Declaración Universal de la Democracia, versión mayo 2013 en [http://www.fund-culturadepaz.org/declaracion/declaracion Universal Democrfacia.pdf](http://www.fund-culturadepaz.org/declaracion/declaracion%20Universal%20Democrfacia.pdf).

²⁵ Scaliter 8 de mayo de 2017: 44.

tantos puestos de trabajo como van a destruir, pero resalta que en una década harán el 60% aproximadamente de nuestros trabajos.

Dice de la misma forma que los robots vivirán con nosotros de tal forma que se ocuparan tanto de nuestros hijos como de nuestros ancianos y hasta participaran en las tareas educativas. Cita en su artículo a dos economistas de la Universidad de Boston y del MIT Daron Acemoglu y Pascual Restrepo y dicen que los robots se extenderán y harán tareas propias de los humanos y han calculado que cada robot desarrollara el trabajo de 5,6 puestos humanos y calculan también que reducirán los salarios correspondientes entre un 0,25 y un 0,5%. Y habrá 54,25 robots por cada mil empleados. Esto que estamos hablando puede también crear un problema importante en el estado de bienestar al disminuir las cotizaciones.

Aquí surge un problema importante porque hay quien piensa que deberán de cotizar para garantizar la viabilidad de la Seguridad Social y hay quien por el contrario advierten que el gravar su actividad empobrecería al desarrollo.

En el mismo semanario y en otro artículo firmado por Raúl Salgado²⁶ el mismo día se publica sobre el tema un informe presentado en Davos donde si bien se dice que la llegada de la robótica fulminara los empleos más intensivos en mano de obra, empleos poco cualificados regenerarán 2,2 puestos nuevos en otros ámbitos como matemáticas o tecnología. Pero también advierte sobre las repercusiones que ya se ven de venir sobre la seguridad social y su empobrecimiento por falta de cotizaciones.

Un informe del Centro Europeo de Investigación Económica de Mannheim (ZEW) y de la Universidad de Utrecht analizando el impacto de la robótica en 238 regiones de 27 países de la UE. Este informe es algo más alentador porque dice que la robótica creará tantos puestos de trabajo como destruirá. Tenemos a la vista lo que ya se está denominando como la cuarta revolución industrial. La firma Forrester Research relatan también que en EE. UU. surgirán 15 millones de puestos de trabajo, pero también dice que se eliminaran aprox. 25 millones de estos, aunque se verán compensados por la aparición de nuevas profesiones para repararlos y construirlos. Pero estos robots no pagarán impuestos ni cobrarán salarios por lo que habrá que ir pensando en de que manera revierten a la sociedad esos ahorros y al mismo tiempo no crearan conflictos laborales. Hay que tener en cuenta que al tener más beneficios las empresas también tributarán más. De todas formas, esto generara nuevos problemas al tema de los retos que ante la democracia se presenta en el mantenimiento del Estado de bienestar.

Las desigualdades socioeconómicas van a ir produciendo unos efectos erosivos sobre los aspectos democráticos de la sociedad y hay que tener en

²⁶ Salgado 8 de mayo de 2017: 44 y 45.

cuenta al respecto que la democracia no es sólo articular representantes políticos e instituciones, sino que además debe de ir encaminada a conseguir las mejores soluciones a los problemas sociales que se van a plantear paulatinamente y que van a dar lugar a problemas en la convivencia a la que habrá que conseguir las mejores soluciones posibles.

La crisis actual del trabajo y los efectos colaterales derivados del mismo crean unas desigualdades sociales con claras influencias sobre lo que es la corresponsabilización de los individuos.

Esto conlleva sino se consiguen resultados positivos el que se cuestionara la credibilidad de los sistemas de representación.

Es necesario porque la opinión pública así lo está demandando, por ejemplo con unos parlamentos más receptivos a las opiniones de los ciudadanos y al mismo tiempo unos parlamentos más dinámicos, estando más en contacto con los votantes y que hagan a los políticos el ir cumpliendo todas las promesas electorales y cambiar aquella frase famosa de que las promesas electorales son para no cumplirlas en lo que sería todo lo contrario porque de eso van a depender que el ciudadano se fidelece cada vez más o reniegue del estado democrático.

Es asimismo los procesos de democratización del trabajo, la mejor redistribución de rentas y riqueza y un mejor uso de los presupuestos lo que va a establecer unas líneas de prioridades del gasto público.

Gran influencia también va a tener todo lo que es la referencia socio cultural donde los valores de una nueva fase de ideales democráticos que influyan fundamentalmente en el sistema educativo tienen que ir afianzando cada vez más los valores propios del individuo.

Es de esperar que el desarrollo político que se espera para el siglo XXI influya en un enriquecimiento institucional que abarque todas las facetas de lo social incluyendo los movimientos sociales y las plataformas de pertenencia.

La democratización del trabajo y de la vida económica en general con los partidos políticos en fase de regeneración, con la libertad informativa actual y con la puesta en marcha de iniciativas institucionales de democracia liberal.

El Estado tendrá que armonizar sus compromisos sociales y que también los poderes públicos tendrán que conseguir su alfabetización tecnológica de amplio alcance para el conjunto de la población al mismo tiempo que garantizar las terapias génicas y las técnicas de ingeniería genéticas eliminando así que solo sean accesibles los ciudadanos más ricos y privilegiados a ellas y al mismo tiempo las bases democráticas tendrán que ir intentando que no se amplíen las brechas sociales entre los países más ricos y avanzados tecnológicamente y los que tienen menos recursos.

Esto va a ser el futuro de la democracia y estos planteamientos serán lo que la validaran recomponiendo las bases de igualdad y equiparando

socialmente en todas las condiciones que se aproximan en un futuro no muy lejano superando los retos insalvables en algunos momentos y de esta forma no dar pie a que los populismos sigan asentando y no sigan avanzando las opciones antisistema evitando así la rebelión del malestar²⁷.

Teniendo en cuenta que todo lo que concierne al Estado del Bienestar es un estudio dinámico que va a ir muy emparejado con la economía del país si consultamos semanarios o estudios económicos de la situación de nuestra nación podemos ver por ejemplo en la sección de Economía del día 26 de abril de 2017 en el diario Málaga Hoy como nos presentan un trabajo en el que se cita que el Gobierno espera una mejora de la recaudación del sistema de pensiones para este año 2017 esperando que se va a elevar el umbral de disposición del fondo de Reserva, y así de esta forma la Seguridad Social espera superar los 18 millones de afiliados durante este mes de abril y siguiendo esta tónica durante este año la recaudación de ingresos podría ser histórica. Considerando que la mejoría de la afiliación es lo que repercute fundamentalmente en los ingresos de la Seguridad Social y esperando que las cuotas vayan a crecer en un 6,68% se hacen los cálculos pensando que 2017 va a superar las recaudaciones de 2008. Estos resultados surgen por la mejoría del empleo y por la elevación de las bases la mínima en el 8% y la máxima en el 3%. Así de esta forma, el objetivo del déficit estimado en el 1,44% del PIB creará un punto de inflexión en el déficit. Así mismo se observa el préstamo de 10.192,00 millones de euros que emitirá el Tesoro para pagar las pensiones sin agotar el Fondo de Reserva. Aportando de esta forma el Estado en 2017 el 16,07% de las necesidades del sistema a través de dos vías, una las transferencias para hacer frente al gasto no contributivo estimado en 9,04% y por otra parte en el préstamo previsto que cubrirá el 7,03%.

Frente a estas consideraciones, hay que tener en cuenta que en el mes de abril de 2017 se ha marcado un nuevo reto en el gasto en pensiones al alcanzar los 8.709 millones lo que representa un aumento con respecto al mismo mes del año pasado de un 3,13% quedando así la pensión media de jubilación cifrada en 1.060,09 euros que representa un aumento interanual de 2,04%.

Hay que tener en cuenta igualmente cifras importantes como son que en abril el número de pensiones contributivas está estimado en 9.490.771 que constituye un 1,20% más que el mismo mes del año anterior (2016) siendo un 61,14% por jubilación; un 24,87% por viudedad; un 19,96% por incapacidad permanente, un 3,59% por orfandad²⁸.

El Gobierno al mismo tiempo nos reconforta transmitiendo que el paro bajara al 11,2% en cuatro años y mejorara el crecimiento en 2017 hasta un 2,7%, afirmándose que España ha recuperado ya el 99,6% del PIB precrisis.

²⁷ Tezanos 2002

²⁸ Burgos 26 de abril de 2017): 34 y ss.

Con un crecimiento de la tasa anual de la economía del 3%, todo ello basado en la aportación creciente de las exportaciones con un arranque espectacular en 2017 estimándose así que la situación financiera de familias y hogares reducirán su deuda de 166,1% de 2016 al 158% en 2017 para acabar en 2020 en un 135,7% del PIB, que de todas formas quedan lejos del máximo del 216% del PIB de 2010.

Resulta de todas formas muy halagüeñas las previsiones del Gobierno cuyo reto es volver a veinte millones de puestos en 2019 que no se habían alcanzado desde 2008²⁹.

Hasta aquí en este estudio que denominamos dinámico va lo positivo pero frente al Estado del bienestar precisamente y partiendo de países de sobra calificados como democráticos están surgiendo ideas que vienen a disminuir de forma ostensible este estado que se ha venido consiguiendo durante muchos años y así en Estados como en Francia se empieza preconizar una bajada de pensiones en un 20% y así encontramos en el Observatorio francés de Coyunturas Económicas (OFCE) el economista Henri Sterdyniak que es director del Departamento del OFCE y uno de los mayores especialistas en sistemas de jubilación explica en el artículo que hemos consultado el funcionamiento francés de pensiones y las propuestas para su reforma basado en el crecimiento demográfico del país. Además en dicho artículo se recoge que hay que volver al sistema de 60 años de edad tras cuarenta de trabajo mientras que Fillon preconiza el volver a los 65 años de edad para la jubilación. Macron sin embargo se orienta a reemplazar el actual sistema de cotizaciones por un sistema nacional de puntos. De todas estas declaraciones pensamos que el actual sistema del estado de bienestar se puede estar viendo «tocado» en lo concerniente al sistema de pensiones por los problemas derivados de los altos costos que representan³⁰.

En este estudio dinámico que estamos efectuando sobre el Estado del bienestar y la crisis del estado de bienestar vamos incorporando los distintos artículos que en esta puesta al día vamos encontrando en los diferentes diarios tomados como fuentes de actualización y lo último encontrado ha sido la reseña que viene en el diario ABC del día 9 de mayo de 2017 en la sección de economía a propósito de unas declaraciones del Gobierno y concretamente del Ministro de Economía y Hacienda el Sr. Montoro declara que el Gobierno aumenta en 2500 millones sus previsiones de déficit de las pensiones puntualizando que la Seguridad Social registrará un agujero de 18.600 millones este año 2017 el «mayor de su historia según admite el Ejecutivo ante Bruselas.»

Se da igualmente la paradoja de lo que venimos reiterando, de la problemática que supondrá el estado del bienestar del futuro si no se estudian y se

²⁹ Tahiri 29 de abril de 2017: 35-36.

³⁰ Poch 1 de mayo de 2017: 4.

revisan de una forma concienzuda el tema de las pensiones lo que podría ocurrir con las mismas y así se define en el citado artículo que la Seguridad Social inicio la crisis con superávit es la única Administración que va a terminar con déficit.

Según el citado artículo el Gobierno ha comunicado a la Comisión Europea que espera que el déficit de la Seguridad Social alcance este año los 18.609 millones de euros esto representa 513 más que el año anterior, y considerando que el gobierno está obligado dos veces al año a remitir a Bruselas sus estimaciones de déficit esto es importante ya que parece que es el mayor agujero de deuda, que aumentara su objetivo de déficit de 1,4 % a 1,6% esto representa 2500millones más de los anunciados anteriormente a Bruselas hace pocos días originando un déficit de 36148 millones de euros lo que representa un 3,1% del PIB. Con todas estas cifras el Ejecutivo prevé que la deuda pública alcance los 1.146.000 billones de euros en el objetivo del 99,8% del PIB. Con todo esto las citadas fuentes dan como déficit del Estado 17.500 millones un 1,5% del PIB esto es cuatro décimas más del 1,1% estimado.

Todo esto conlleva un peligro acuciante para el estado del bienestar y más concretamente para el tema de las pensiones de todos los jubilados españoles y los acogidos a estas prestaciones, y esto teniendo en cuenta que el fondo de Reserva ha pasado de 66.815 millones en 2011 a los 15.915 millones con los que acabo el año pasado. Para no agotar el citado Fondo el Ejecutivo dice en que será el Estado el que se endeude en nombre de la Seguridad Social y después le transfiera los fondos a la misma.

Es de suma importancia actualizar y poner en marcha nuevamente el pacto de Toledo antes de que el tema sea imparable. Hay que tener en cuenta que el mercado laboral que es el que determina los ingresos que la Seguridad Social va a ir teniendo, perdió tres millones de trabajadores entre 2008 y 2013, todo esto vino de una mala política en la que se pensó que lo importante era jubilar a la genta que llegaba a una determinada edad que eran los 65 años cuando tenían que haber seguido cinco años más y todo esto que se hizo fundamentalmente con la aquiescencia de las centrales sindicales hoy día se ponen en cierto paréntesis de si fue lo más ideal lo que se ejecutó en momentos determinados aunque curiosamente ninguna de estas centrales ha dado marcha atrás y haya pedido disculpas tanto a esos fondos como a los trabajadores que estuvieron descontentos con esas actuaciones y no tuvieron otros medios para hacer frente a esas decisiones totalmente injustas y antieconómicas.

Desde Bruselas Claudi Pérez³¹ menciona que «Mas crecimiento, menos paro, menos déficit. La economía española acelera y empieza a sacar la cabeza de la gran Crisis tras protagonizar una década perdida, que va

³¹ Pérez 11 de mayo de 2017: 37.

camino de alargarse en el mercado laboral y el endeudamiento. Bruselas revisa al alza hoy los pronósticos de España por encima de los del resto de Europa: la económica crecerá el 2,8% este año (medio punto más que la anterior previsión, el 2,4 en 2018)». España ya no es el problema del euro», resumen las fuentes consultadas. Ni siquiera en el déficit que cerrará este año en el 3,2 % del PIB, apenas una décima (1000 millones de euros) por encima del objetivo.

En el mismo artículo enunciado anteriormente y acerca de Dudas en torno al déficit se dice también «La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Alref), el órgano público encargado de velar por la sostenibilidad de las cuentas públicas considera improbable que España cumpla el objetivo del déficit este año, en el 3,1% del PIB. Aunque cree factible lograr las metas fijadas por Bruselas en 2018 y 2019». La Institución avala las proyecciones económicas fijadas por el Gobierno en el Plan de Estabilidad 2017-2030 aunque ve optimista los ingresos de 2017 por estar sobrevalorando el IRPF. Advierte de la brecha entre la base imponible y la recaudación del impuesto de sociedades, que lastra los ingresos públicos.

Sin embargo, actualmente tropezamos con la gran olvidada, que ahora se inicia su mejor puesta en marcha, la Dependencia, ahora la principal contingencia es la jubilación, pero la dependencia todo el mundo la contempla ya y desde Alemania la que nuevamente se convierte en la referente. En España tenemos la Ley de Dependencia de 2006 pero con escasa financiación.

A pesar de ello, la mayor esperanza de vida endurece el acceso a las pensiones en todo el mundo y los gobiernos realizan reformas en casa cada que como en España buscan inyectar nuevos ingresos para sostener los sistemas públicos.

Es muy importante sopesar también que la despoblación agrava el desafío demográfico de las pensiones.

Para Jean Tirole³² el «(...) hacer de este mundo un mundo mejor es la primera misión del economista». Basa su pensamiento «en la buena convergencia entre el mejor liberalismo y la socialdemocracia abierta y reivindica el servicio a lo colectivo con la eficacia presupuesta a lo privado y hermana eficiencia y equidad» Según Tirole «hay que desarrollar el Estado mediante reguladores independientes; agilizar la administración con ministerios menos nutridos y emprender reformas para salvar lo público «

Además, preconiza que «la educación como elemento clave y muy especialmente la formación en economía fundamental para cualquier ciudadano al margen de su ocupación combatiendo de esta forma los populismos dando más educación en economía».

³² Tirole 2017.

VI. CONCLUSIONES

Una vez establecidas las premisas de nuestro estudio llegamos a la conclusión que en relación con el Estado del Bienestar, vemos que en múltiples ocasiones la solución que queremos dar no encajan dentro del sistema económico posible y que realmente hay que revisar junto con la demografía existente y previsible, si no queremos dilapidar el estado actual de las pensiones, una financiación de la salud y de la educación así como los factores comprendidos dentro del Estado del Bienestar como pueden ser vivienda, alimentación y otros servicios asistenciales.

Desde la óptica de los derechos comprendidos en nuestra Constitución, hay que compaginar la protección de los derechos sociales, y para ello nos basamos en lo enunciado por la profesora Díaz Crego³³ que en su artículo de una forma indirecta manifiesta el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, así como, el derecho a la Tutela Judicial Efectiva que han sido como bien lo manifiesta en su artículo de unas consecuencias positivas en la protección de los derechos laborales y del derecho a la seguridad social: «en la medida en que el Tribunal Constitucional ha puesto freno así a determinadas diferencias de trato que carecían de justificación alguna, especialmente en el ámbito laboral y especialmente las basadas en el sexo».

Respecto al factor «sexo» refiere igualmente en su artículo que «el T.C. ha sido más sensible al factor de discriminación sexo que a otros factores discriminatorios como la edad, la nacionalidad, o la pertenencia minorías religiosas o étnicas considerando adecuadas las diferencias de trato en el marco laboral o en el acceso a determinadas prestaciones de seguridad social cuando estas tenían su origen en alguno de los factores indicados mientras que cuando a diferencia de trato tenía su origen el sexo el reproche del alto Tribunal ha tendido a ser contundente».

Asimismo, la Jurisprudencia Constitucional no se ha parado en analizar el contenido de ningún derecho social concreto, ni ha deducido del reconocimiento de las mismas obligaciones positivas claras exigibles a los poderes públicos.

De esta forma nos encontramos con que las limitaciones de la jurisprudencia del T.C. parecen claras, especialmente si las asociamos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que parecen haber deducido de los derechos civiles y políticos que reconocen los textos internacionales que garantizan e interpretan claros contenidos sociales³⁴.

³³ Crego Gómez 2012: 5-30.

³⁴ *Ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ MIRANDA NAVARRO, «El Estado de Bienestar: del Consejo Posbélico al debate sobre sus crisis y reforma» *Fundación Empresa pública*, documento de trabajo nº 9505.1994.
- BOSCA, D. y FERRI, «Fiscal Devaluations in the EMU. BBVA» *Research. Working papers* nº 12/11, (septiembre de 2013).
- COMIN, F., *Historia de la Hacienda Pública*, vol. I. Ed. Crítica, (1996).
- CREGO GÓMEZ, M., «El Tribunal Constitucional Español y la protección de los Derechos sociales». *Lex social: Revista de los derechos sociales*, ISSN-e2174-6419, nº 1, (2012).
- ESPING ANDERSEN y PALIER, *Los tres grandes retos del estado de bienestar*, Ed. Ariel. (Barcelona, 2010).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, T., *Estado de bienestar y socialdemocracia: ideas para el debate*, Ed. Alianza, (Madrid, 2005).
- GARCÍA-MARGALLO y FERNANDO EGUIDAZU, *Europa y el Porvenir*. Ed. Península. (Madrid, 2016).
- GOERLICH GISBERT, F.J., *Desigualdad y bienestar social: de la teoría a la práctica*, Fundación BBVA, (2009).
- GÓMEZ BAHILLO, C., *Reflexiones sobre el estado del bienestar*, Proyecto Social 6, (1998).
- GONZÁLEZ RABANAL, M.^a de la C., «La Seguridad Social y sus posibles efectos económicos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 20, (Octubre-Diciembre 1995).
- GOODIN, R. y MITCHEL, D., *The foundations of welfare state*, Edward Elgar, (2000).
- GOSTA ESPING-ANDERSEN y PALIER, *Los tres grandes retos del estado de bienestar*, Ed. Planeta, (Madrid, 2009).
- GOSTA ESPING-ANDERSEN, *Los tres mundos del estado de bienestar*, Ed. Alfons El Magnanim, (Valencia, 1993).
- KEYNES, J. M., *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el dinero*, Ed. S.L. Fondo de Cultura Económica de España, (España, 2006).
- LINDERT, P. E., *Growing Public. Social Spending and Economic Growth since the Eighteenth Century*, Cambridge University Press (Cambridge, 2004).
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (comp.), *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza Editorial (Madrid, 1989).
- O'CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado*, Ed. Edicions 62, (Barcelona, 2002).
- OCHANDO CLARAMUNT, C., *El Estado del Bienestar, objetivos, modelos y Teorías explicativas*. Ed. Ariel, (Barcelona, 1999).
- *El Estado del Bienestar*. Ed. Ariel, (Barcelona, 2002).
- PICÓ, J., *Teorías sobre el estado del bienestar*, Siglo XXI editores, 3ªed., (1999), ISBN 84-323-0590-1.
- PIESTEAU, P., *The welfare state in the European Union: economic and social perspectives*, Oxford University Press, (2006).
- RODRÍGUEZ CABRERO, G., *El Estado de Bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Ed. Fundamentos (Madrid, 2004).
- ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado providencia*. Editorial Civitas. (Madrid, 1995).

- SÁNCHEZ DE LA CRUZ, D., *Porque soy liberal*, Ed. Deusto, (Madrid, 2017).
- SEN, A., «El futuro del Estado del bienestar»; conferencia pronunciada en el Círculo de Economía del 15 de mayo de 1997», *Círculo de Economía de Barcelona*, (1977).
- *Bienestar, Justicia y Mercado*, Ed. Paidós. (1997).
- SOCIAL, *Extoikos*, n.º 2 (2011): 97.
- STIGLITZ, *La economía del sector público*, Ed. Antoni Bosch, (2002).
- TEZANOS, J. F., *Clase, Estatus y poder en las sociedades emergentes: Quinto foro sobre tendencias sociales*, Ed. Sistema, (Madrid, 2002).
- THE 2015 AGEING REPORT. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060) en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2015/pdf/ee3_en.pdf
- TIROLE, J., *La Economía del Bien común*, Ed. Taurus, (España, 2017).
- UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance Tables. Working Paper No. ESA/P/WP.241 en https://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key_findings_wpp_2015.pdf.
- URTEAGA, E., «Welfare State and Social Investment in Europe», *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, (Enero 2013), n.º 5. ISSN: 2173-0512.

EL ORIGEN DE LA CLÁUSULA DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

The origin of the Human Rights greater protection clause

Pablo Sánchez-Molina

Investigador Predoctoral (Becas de la Obra Social «la Caixa») en Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla
psanchez12@us.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp375-391](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp375-391)

Recibido: 12.04.2018

Aceptado: 26.06.2018

Resumen

La cláusula de la mayor protección en los tratados sobre Derechos Humanos se configuró con el objetivo de conciliar la ampliación de los Estados parte de la Organización Internacional del Trabajo y el mantenimiento del nivel de protección de los derechos en los Estados industrializados. En el presente trabajo profundizamos en el origen y naturaleza de esta figura esencial para la construcción de un sistema multi-nivel de protección de los Derechos Humanos.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Sánchez-Molina, Pablo. 2018. «El origen de la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos». *Estudios de Deusto* 66, n.º 1: 375-391. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp375-391](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp375-391).

Agradezco al profesor Ángel Rodríguez sus valiosas aportaciones para la realización de este trabajo. Asimismo, al personal de biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Berkeley, en especial a Marci Hoffman (*associate director*). Esta estancia de investigación fue posible gracias a la financiación del plan propio de la Universidad de Sevilla y del proyecto de investigación «Reforma electoral y derechos de participación de los extranjeros residentes en España: el derecho de sufragio en las elecciones generales, europeas, autonómicas y locales (Votex4e)». Ministerio de Economía y Competitividad (referencia DER2012-3441).

Palabras clave

Origen; cláusula; mayor protección; DDHH; OIT; estándar de protección.

Abstract

The more favourable protection clause on Human Rights Treaties was configured to achieve this aim: reconcile the International Labour Organization enlargement and the maintenance of the level of Rights protection in the industrialized States. In this article we deepen in the origin and nature of this essential figure for the construction of a Human Rights multilevel system.

Keywords

Origin; clause; more favourable; HHRR; ILO; standard of protection.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROHIBICIÓN DE LIMITACIONES EX-TRÍNECAS Y LA CLÁUSULA DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. EL ORIGEN DE LA CLÁUSULA DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). IV. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional constituye el terreno sobre el que se construyen las sociedades contemporáneas y, dentro de este, los Derechos Humanos (en adelante, DDHH) conforman una de sus partes más imprescindibles, sin ellos no se podrían alcanzar las condiciones mínimas para que la construcción social sea viable a largo plazo. Como no puede ser de otro modo, el derecho evoluciona conforme lo hace la sociedad aunque, normalmente, con algo de retraso. La evolución del ordenamiento, bien vía interpretativa o de reforma, es, con carácter habitual, positiva debido a que a su través se facilita el acercamiento de una regulación a las circunstancias actuales. Es por ello que en la evolución de los Derechos Humanos entran en juego una gran número de factores que superan el ámbito del derecho. Un buen ejemplo lo constituye la «aculturación»¹.

En esta evolución la labor de las fuentes del derecho es esencial. Estas constituyen la vía de acceso de las posibles modificaciones en el ámbito de los DDHH a derecho aplicable. Nos encontramos, por lo tanto, ante unas fuentes que han ido incorporando la noción de globalización en el ámbito jurídico, superando el carácter nacional que tradicionalmente había imperado². En la actualidad, el derecho de producción interna interacciona con otra serie de normas, de producción externa, que han revolucionado el mundo del derecho y, por ello, la evolución en el ámbito de los DDHH cuenta con una doble perspectiva: nacional e internacional. Esta doble perspectiva, en ocasiones, produce el mismo efecto al constituirse como dos afluentes que desembocan en el río de los derechos nacionales y, presidida por el diálogo y la recepción mutua, ha llevado a la incorporación en las constituciones nacionales de mecanismos de interpretación y recepción del derecho internacional de los DDHH.

El ámbito de la protección internacional de los DDHH es considerablemente homogéneo. Al analizar los distintos tratados internacionales que

¹ Ver GOODMAN y JINKS 2004: 638 y ss.

² Una visión tradicional del derecho internacional puede verse, por ejemplo, en CABAILEIRO 1962: 105 y ss.

recogen los acuerdos mínimos en este ámbito no encontramos grandes diferencias en lo que a derechos reconocidos se refiere. Esta homogeneidad no implica una total identidad, por lo que los diferentes instrumentos están capacitados para otorgar diversos estándares de protección a un determinado derecho. Aun así, los instrumentos internacionales de protección de los DDHH no son la única vía a través de la que se configuran estos derechos esenciales, sino que la protección efectiva derivará, sobre todo, de las regulaciones de los Estados. Los preceptos reconocidos en el derecho internacional y nacional coinciden, normalmente, en su tenor y extensión pero, en ocasiones, las diferencias existen.

Con carácter general, los Convenios de protección de los Derechos Humanos otorgan una protección mínima que todos los Estados parte tienen que alcanzar y pueden superar. En este sentido, el principio de subsidiariedad, del que deriva la condición de los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos como un mínimo común de protección (lo que no obsta para que los Estados otorguen un nivel de protección mayor) constituye un concepto a tener muy en cuenta. La razón radica en la diversidad de Estados signatarios y en la necesidad de fijar unas bases comunes a todos ellos. La consideración de los Tratados Internacionales de protección de los DDHH como mínimo común ha llevado a que la mayoría de los sistemas de protección internacional de los DDHH fijen cláusulas para impedir que esta característica suponga una traba en la evolución de estos derechos. En este punto, la cláusula de la mayor protección de los DDHH se nos presenta como esencial en la correcta evolución de estos derechos imprescindibles en cualquier sociedad democrática. En este artículo, nos centraremos en analizar el origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Aún así, antes de ello, en el siguiente apartado, nos referiremos a la regulación contenida en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados así como el desarrollo de aquellos criterios contenidos en los tratados internacionales de protección de los DDHH y que limitan su propia aplicación.

II. LA PROHIBICIÓN DE LIMITACIONES EXTRÍNSECAS Y LAS CLÁUSULAS DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La proliferación de tratados internacionales sobre DDHH contribuyó al incremento de su peso específico como fuente del derecho dentro del sistema multinivel de protección³. Este incremento, que no solo afectó al ámbito de

³ Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones,

los DDHH sino a muchas otras materias, hizo necesario la configuración de una normativa que posibilitase la solución de posibles conflictos existentes. La Convención de Viena sobre derecho de los tratados recoge, a lo largo de su articulado, las normas aplicables para una correcta coexistencia de estas normativas internacionales⁴. Para ello, los propios Estados, a través de esta Convención, se han otorgado unas reglas de juego. Entre ellas encontramos un criterio aplicativo de tratados que contienen la misma materia, recogido en el artículo 30⁵. En este precepto se establecen tres reglas que podemos dividir en dos grupos: cuando el tratado indica expresamente la

sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales. Segundo considerando de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980).

⁴ Art. 1 de la Convención de Viena relativo al «alcance de la presente Convención»: «La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados».

⁵ Art. 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia):

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes. 2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último. 3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. 4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3. b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes. 5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado».

U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23 de mayo de 1969 (entrada en vigor el 27 de enero de 1980). Pueden verse algunos comentarios sobre la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en CORTEN, Oliver y KLEIN, Pier [ed.] (2011): *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Oxford University Press. Págs. 764 y ss; VILLINGER, Mark E. (2009): *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Martin Nijhoff Publishers, Leiden/Boston o VANNESTE, Frédéric (2010): *General International Law before Human Rights Courts*.

subordinación a otro (apartado segundo) y cuando esta remisión no se produce (apartado tercero y cuarto).

Dentro de la primera categoría, la Convención se refiere a aquellos tratados que indican la «subordinación» o «compatibilidad» con otros. Ello implica la prevalencia de unos tratados sobre otros porque así lo indica uno de ellos en el propio instrumento internacional. Así, siempre que en un tratado se indique una regla aplicativa en favor de otro se aplicará la disposiciones de este último⁶.

Dentro de la segunda encontramos aquellos casos en los que no se indica ninguna prevalencia en el propio tratado. Y, a su vez, dos reglas diferenciadas dentro de esta categoría. Una para aquellos supuestos en los que dos tratados sean sucesivos o, al menos, cuando nos encontremos ante dos Estados que hayan ratificado ambos. En este supuesto se aplicará el tratado posterior excepto en aquello en lo que el anterior sea compatible y siempre que este no haya quedado «eliminado» o «terminado»⁷. Y otra, en los supuestos en los que mientras que un Estado es parte de ambos tratados, el anterior y el posterior, y el otro sea parte de solo uno de ellos. En su caso, se aplicaría aquél del que ambos sean parte⁸.

De este breve comentario sobre el criterio aplicativo de la Convención de Viena nos interesa ahora el problema de la existencia de criterios similares en el texto de los tratados y preguntarnos acerca de cual debe prevalecer sobre el criterio general de aplicación del tratado posterior sobre el anterior. En efecto, los tratados internacionales de DDHH cuentan, entre su articulado, con algunos criterios que limitan la aplicación del propio instrumento internacional al que dan vida. Estos criterios limitativos tratan de imposibilitar usos de sus preceptos que vayan en contra del espíritu del tratado. Dentro de este ámbito encontraríamos dos tipos de criterios limitativos, intrínsecos y extrínsecos.

En primer lugar, los preceptos que establecen prohibiciones de limitaciones intrínsecas hacen referencia a la imposibilidad de aplicar un instrumento internacional de protección de DDHH con la finalidad de limitar o suprimir los derechos reconocidos en el mismo. La prohibición, por tanto, del abuso de derecho se nos presenta como una prohibición de aplicación o interpretación de un determinado tratado internacional que traiga como consecuencia un menoscabo del propio tratado. Así, artículos como el 30 DUDH, 17

Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland. Págs. 213 y ss.

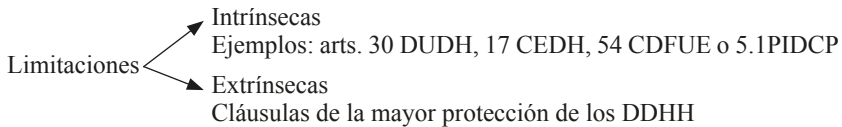
⁶ Art. 30.2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

⁷ Art. 30.3 y 30.4.a de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados.

⁸ Art. 30.4.b de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados.

CEDH, 54 CDFUE o 5.1 PIDCP, entre otros, contienen este tipo de prohibiciones⁹.

En segundo lugar, la prohibición de limitaciones extrínsecas hace referencia a la imposibilidad de que la aplicación o interpretación de un derecho reconocido en un Tratado Internacional de protección de los DDHH conlleve la limitación de otro externo que le sea igualmente aplicable a un Estado parte.



Dentro de la prohibición de limitaciones extrínsecas, como hemos indicado, encontramos las cláusulas de la mayor protección de los Derechos Humanos. Una primera conceptualización de este principio radicaría en la imposibilidad de que los Estados parte de un tratado internacional de protección de los Derechos Humanos utilizaran las previsiones recogidas en el propio tratado con la finalidad de limitar la protección nacional, esto es, que se

⁹ Art. 30 DUDH: «Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

Art. 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

Art. 54 CDFUE: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta».

Art. 5.1 PIDCP y art. 5.1 PIDESC: «Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él».

Art. 29.a CADH: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella».

produzca una regresión en el ámbito de protección. En este sentido, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha definido «medidas regresivas» como «aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido»¹⁰. Alguna doctrina ha conceptualizado la regresividad como un límite a la actuación de los poderes públicos y, a su vez, como una garantía de protección de los derechos de los individuos¹¹.

Podríamos preguntarnos si para aplicar siempre aquella perspectiva más favorable en pro de los Derechos Humanos es necesaria la existencia de una cláusula a nivel internacional o, por el contrario, es suficiente con limitaciones y garantías en el ámbito estatal o, incluso, podríamos considerar que esta situación deviene en un principio interpretativo de carácter general y cuyo argumento fundamental deriva de un hecho en concreto: la pluralidad de fuentes internas. Para dar respuesta a estas cuestiones es necesario conocer el ámbito de la mayor protección de los DDHH en toda su extensión partiendo de todos los sujetos implicados: los sistemas internacionales de protección de los DDHH y los propios Estados parte de dichos tratados.

Desde un punto de vista internacional, a primera vista, el motivo de la inclusión de estas cláusulas radicaría en condicionar la aplicabilidad de las normas. Por ello, un tratado que recoja en su texto la cláusula de la mayor protección estará limitando la propia aplicación de su normativa en los supuestos que exista otra norma más protectora¹². Estas cláusulas, también denominadas «saving clause»¹³, buscan en última instancia que no se vaya en contra de la esencia de la salvaguarda de los Derechos Humanos desde una perspectiva dinámica y evolutiva que iría más allá de la permisividad a la hora de aplicar normas más protectoras. Si a través de estas cláusulas los Estados parte, o incluso otros tribunales internacionales, gozaran de la posibilidad de elegir entre la aplicación de la normativa internacional o la suya propia esta perdería virtualidad y eficacia para una mayor protección. En esta línea, los Estados estarían legitimados tanto para proteger como limitar los DDHH en el caso que vieran oportuno. Es por ello que para conocer la tendencia de esta cláusula no solo basta con analizar el tenor literal de los preceptos que la contienen sino estudiar, en última instancia, su aplicación práctica.

El carácter extrínseco de este fenómeno lo diferencia de aquellas otras disposiciones que prohíben una limitación intrínseca y que no serán

¹⁰ AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador. A través de TORRES ZÚÑIGA 2015: 96.

¹¹ TORRES ZÚÑIGA 2015: 98.

¹² RACHOVITSA 2016: 77.

¹³ DETRICK 1999: 712.

analizadas en el presente artículo. Por ello, tras haber enmarcado nuestro objeto de estudio dentro de las prohibiciones de limitación extrínsecas, debemos probar si nos encontramos ante una cláusula aplicativa, interpretativa o bifronte (incluyendo a ambas). La doctrina analizada se ha inclinado, a través de diferentes autores, por las dos primeras posibilidades, lo que nos llevaría a tener en cuenta la tercera vía, de carácter ecléctico o, por el contrario, por la mutabilidad de la cláusula, bien como elemento interpretativo, aplicativo o, como ninguna de los dos, dependiendo del instrumento internacional de protección de los DDHH ante el que nos encontremos.

Por un lado, podríamos entender que conectando la cláusula de la mayor protección con el art. 30 de la Convención de Viena, las previsiones de limitaciones extrínsecas serían aplicativas y complementarias a estas encuadrándose, en nuestra opinión, en el segundo apartado del citado precepto¹⁴. Por otro, este tipo de cláusulas podría englobarse dentro de las interpretativas y, por tanto, complementaria a los arts. 31-33 de la Convención de Viena¹⁵.

No nos encontramos en disposición de enmarcar las cláusulas que prevén la prohibición de limitaciones extrínsecas como una regla interpretativa o aplicativa. La principal diferencia entre ambas radicaría en que mientras la técnica interpretativa impediría una lectura del precepto internacional en el sentido de restringir la normativa aplicable a un determinado Estado, la vertiente aplicativa impediría el uso, digamos, completo de aquella normativa internacional menos favorable para aplicar, en exclusiva, el estándar nacional de protección de los derechos. Por último, esta diferenciación podría responder a una construcción artificial donde aplicación e interpretación actuarían como dos caras de una misma moneda dependiendo del sistema internacional de los DDHH en el que se encuadre¹⁶. A estos, y otros, interrogantes intentaremos dar respuesta en el transcurso del presente capítulo.

¹⁴ En este sentido se muestra Alkema: «Article 60 is rather to be considered as a rule for the application of treaties itself, complementary to notably Article 30 VCLT entitled «[a]pplication of successive treaties relating to the same subject-matter». In contrast to Article 30 VCLT, Article 60 ECHR is restricted neither to the `same subject-matter` nor to `successive treaties`. Alkema, Evert. A.: «The enigmatic no-pretext clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights» en KLABBERS y LEFEBER 1998.

¹⁵ Así, Vanneste en el capítulo titulado «Special approach towards interpretation of Human Rights treaties (31-33 VCLT)»: «It is often said that human rights courts have developed “special” rules of interpretation [...] There is no specific rule in the ECHR, except for Article 53 safeguarding the existing human rights.722 And Article 29 ACHR does not clarify the distinction between creation and recognition of human rights». VANNESTE 2010: 213-214.

¹⁶ «The preparatory work and the text of the clauses do not offer conclusive evidence as far as their precise nature and function are concerned. The provisions of the ACHR and the ECHR appear to adopt a particular terminology, which relates mainly to the interpre-

Es por ello que nos encontramos ante una disposición normativa vinculante para los Estados pero sometida a condiciones para su ejercicio dependiendo del tratado internacional ante el que nos encontremos¹⁷.

Tras habernos referido a la naturaleza de las cláusulas limitativas en los tratados internacionales de protección de los DDHH, abordaremos el origen y razón de ser de la cláusula de la mayor protección de los DDHH.

III. EL ORIGEN DE LA CLÁUSULA DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

Al contrario de lo que pudiera parecer a primera vista, sobre todo a raíz de la lectura de la introducción de este trabajo, el primer antecedente de cláusula de mayor protección de los Derechos Humanos no lo encontramos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos sino en una de las reformas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁸. De hecho, en los motivos de su inclusión se encuentra una de las claves de la presente investigación que deriva de la noción de fragmentación del derecho. En este sentido, el carácter internacional de estos instrumentos de protección de los Derechos Humanos lleva a que, tras la consolidación primera en un grupo reducido de Estados, se plantee una ampliación de los sujetos implicados. Así, a la Constitución de la OIT le siguieron otras disposiciones de la mayoría de tratados internacionales de protección de los DDHH¹⁹.

tation task, whereas the wording of the ICCPR, ICESCR and CRC leans towards the application task», RACHOVITSA 2016: 82. Ver también FOROWICZ 2010: 26 y ss.

¹⁷ «First, it must be shown that a more favourable provision under an international treaty is binding on the respondent State». RACHOVITSA 2016: 99.

¹⁸ «This affects particularly the conventions of the International Labour Organisation (ILO) in which the clause is frequently included. It contains a most favoured protection clause [...]». ALKEMA 1998: 53.

¹⁹ Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos (1950), Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), Carta Social Europea (1961), Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención Americana de Derechos Humanos (1969), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), Convenio sobre Prohibiciones o Restricciones en el Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Pueden Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (1980), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), Convención de Derechos del Niño (1989), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (1990), Convención sobre los derechos

Cuatro semanas antes del Desembarco de Normandía, como se sabe, hecho histórico que fue decisivo para la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, se reunieron en Filadelfia los representantes de los 41 Estados miembros de la OIT (organización universal constituida a partir del Tratado de Versalles)²⁰. Esta fue una de las dos convenciones que organizó la OIT durante el transcurso de la contienda y cuyo resultado fue la Declaración de Filadelfia que introdujo una reforma de la versión original de la Constitución de la OIT, de 1919²¹. A través de esta reforma se añadió al texto original una serie de disposiciones, entre las que se encontraba una cláusula ideada para dar respuesta a la problemática planteada ante la expansión de la OIT al resto de continentes²².

Los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos tienen, a nuestro entender, dos objetivos principales. El primero de ellos deriva de su carácter internacional mientras que el segundo radica en su eficacia. Dentro de su ámbito de actuación, bien regional o universal, los tratados internacionales de protección de DDHH tratan de sumar en su seno a la mayoría de Estados. Esta vocación incluyente se convierte en una realidad práctica en el momento en el que la mayor parte de los Estados firman y ratifican el tratado, pero sus objetivos en pro de la protección de los derechos no tendrían ninguna relevancia si sus resoluciones no fueran respetadas. De otro modo nos encontraríamos ante un compendio de buenas intenciones sin ninguna transcendencia jurídica. Para salvar este dualismo, alcanzar una protección efectiva que, a su vez, incluya a un número significativo de Estados parte, los tratados internacionales, por lo general, se basan en el principio de subsidiariedad.

Ante esta dicotomía se encontró la Organización Internacional del Trabajo una vez acabada la Segunda Guerra Mundial: ampliar los Estados parte sin limitar la protección y el grado de cumplimiento. No solo bastaba con una limitación de los derechos consagrados en la ILO original para que la ampliación tuviese éxito sino que se tendría que evitar, a su vez, que la protección disminuyese en aquellos Estados industrializados. Mientras una disminución de los estándares podría «afectar al prestigio de la función normativa y, por lo tanto, alienar a los países industrializados», mantener los estándares de institución podría dejar «prácticamente sin sentido» el compromiso de aquellos Estados menos desarrollados que, materialmente, no pudieran alcanzar

de las personas con discapacidad (2006), Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) y Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2010), entre otros.

²⁰ Del 20 de abril al 12 de mayo de 1944. CHEBALI 1989.

²¹ Junto con la Convención de Nueva York de 1941. CHEBALI, 1989: 19.

²² MURRAY 2001: 62 y CHEBALI 1989: 19.

el nivel de protección fijado²³. El artículo 19.8 de la Constitución de la OIT pretendía conjugar esta dicotomía sin afectar a la protección nacional de los derechos, algo aparentemente contradictorio, con la siguiente previsión: «En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación».

En relación con la naturaleza de la OIT, a diferencia de otros tratados, el uso de la cláusula de mayor protección no puede verse limitado por la existencia de conflictos de derechos pues, como aparece en el texto del precepto, se refiere a aquellas condiciones más favorables para los trabajadores. Su causa deviene de la naturaleza sectorial de la OIT favorable a extensiones *favor-libertatis*. Sin embargo, su incorporación en otros tratados internacionales de protección de los DDHH que incluyen un ámbito más amplio puede provocar que una mayor protección de un derecho conlleve la limitación de otro. En estos supuestos, la cláusula contará con una problemática adicional y requerirá de una delimitación teórica muy precisa para que los órganos encargados de fiscalizarla puedan aplicarla o rechazarla.

La cláusula del art. 19.8 sirvió como contrapeso a la limitación de algunos principios fundacionales tras la reforma de la Constitución de la OIT conjugando un mínimo de protección internacional, que permitiese cumplir a los nuevos Estados parte, con otro estándar más elevado en aquellos Estados más consolidados²⁴. Y, además, su respeto se configuró como la «piedra angular»

²³ «But after the Second World War the heterogeneity of the member States and the proliferation of regional organisations raised a dilemma: should the Organisation consider lowering its standards so as to bring them within the reach of newly independent countries, or should it strive to maintain them at their traditional level? Either way, there was a risk. A lowering of standards could affect the prestige of the standard setting function and thus alienate the industrialised countries. If, on the other hand, the level of standards was maintained, in some cases at least the undertaking made by States to apply them might become largely meaningless; in particular, ratifications by newly independent States might well, in most cases, have a merely token value. In other words, the risk was either that a “regionalised” pattern of ratifications might develop, depending on the higher or lower level of the standards concerned, or that the number of member States genuinely able to comply with the legal obligations the standards entailed and to base their social policy on them would be limited». CHEBALI 1989: 205.

²⁴ «In fact, there were a number of tensions between the Declaration of Philadelphia and the rest of the ILO’s Constitution and the regulatory system it established: some of Declaration’s provisions implied *limitations* to the original ILO founding principles, while others altered the scope of ILO interests. The extension of scope to ‘all human beings’ implied that it was not just those who were capable of or willing to disrupt social stability who should receive the ILO’s protection». MURRAY 2001: 64.

en la búsqueda de un equilibrio, en los Estados, entre las reivindicaciones laborales de los trabajadores, por un lado, y las necesidades de la industria, por otro, que trató de impedir que la legislación laboral constituyese un freno al crecimiento sin que se vieran perjudicadas las condiciones laborales de los trabajadores. A esta utopía, así lo ha denominado una parte de la doctrina, se le intentó dar solución estableciendo un mínimo común de protección de los derechos laborales sobre el que los Estados construirían la protección interna²⁵.

El establecimiento de este mínimo común de protección conllevaba un riesgo, y es aquí donde la cláusula contenida en el art. 19.8 de la Constitución de la OIT adquiere la condición de «piedra angular». La expresión «the race-to-the-bottom» hace referencia a este fenómeno que supone una tendencia a la estandarización de los derechos laborales hasta el mínimo exigido y que respondería a una idea establecida en uno de los considerandos de la Convención de Filadelfia: «poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere»²⁶. En el ámbito laboral, como en otros, las mejoras de las condiciones de los trabajadores suponen un gasto para los empleadores o para el Estado. Es una relación directamente proporcional, por lo que la progresiva conquista de derechos laborales supondría un incremento de las partidas económicas destinadas a sufragarlas. Es por ello que en un campo, en muchos casos, extremadamente competitivo, el respeto de unas condiciones laborales «realmente humanas» por la gran mayoría de países del planeta tendría un efecto multiplicador para la progresiva realización de los derechos de los trabajadores. Como es sabido, la competitividad del mercado laboral tiene unos efectos decisivos en la economía nacional por lo que el respeto por los Estados de unos derechos mínimos supondría que la competitividad entre los propios Estados se igualase mientras que lo contrario supondría, como establece uno de los considerandos de la Constitución de la OIT, «un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países».

La expansión de la OIT, planteada en la Convención de Filadelfia²⁷, se materializó en las décadas posteriores al duplicarse el número de

²⁵ La decisión de disminuir el nivel de protección en ciertos ámbitos no fue unánime sino que, por el contrario, algunos Estados de Europa occidental sostuvieron una elevación de los estándares para igualarlos a lo de los países industrializados y denunciaron las presiones encaminadas a limitar los poderes o restringirlas. MURRAY 2001: 62.

²⁶ «Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países». Considerando de la Constitución de la OIT (de 1919).

²⁷ Y, como hemos apuntado, estrechamente vinculada con la fijación de un estándar de protección, con un alcance más amplio, que permitiese la ampliación efectiva del número de Estados. CHEBALI 1989: 204.

Estados parte de la organización, pasando los países en desarrollo a ser una mayoría²⁸.

La ampliación de los Estados parte de la OIT y la decisión de disminuir el nivel de protección para adecuarse a la necesidad de incluir un nuevo mínimo común de protección derivado de la inclusión de países en desarrollo con una legislación laboral mucho menos avanzada, y combinarlo, para evitar la caída de los derechos laborales de aquellos Estados más avanzados, con la cláusula de mayor protección, tuvo, en realidad, una causa mayor: la construcción de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Los mimbres de la construcción de la heredera de la Sociedad de Naciones se fraguaron en la otra costa de los EEUU al pasarse, un año más tarde, de la Convención de Filadelfia (Pensilvania) a California, concretamente, a la ciudad que encarnaba, y lo sigue haciendo, el ideal del progresismo estadounidense: San Francisco. La capital del *Bay Area*, donde se firmó, en 1945, la Carta de Naciones Unidas. Ya en Filadelfia se había buscado una fórmula que posibilitase la futura incorporación de la OIT dentro de la estructura de la ONU. Esta tuvo lugar poco menos de un año después de la Convención de San Francisco²⁹. El 30 de mayo de 1946 la OIT se convirtió en la primera agencia especializada en virtud del art. 57 de la Carta de Naciones Unidas³⁰.

²⁸ «El estadounidense David Morse fue Director General entre 1948 y 1970, período durante el cual se duplicó el número de países miembros. La Organización asumió su carácter universal, los países industrializados pasaron a ser una minoría ante los países en desarrollo, el presupuesto creció cinco veces y el número de funcionarios se cuadruplicó». Información de la web ILO, <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm> (última visita el 28 de marzo de 2017).

²⁹ La propuesta del Reino Unido de buscar un encaje a la OIT dentro de la ONU y el, todavía, embrión de la ONU, tras una primera oposición de los EEUU, China y Rusia, fue aceptada sin votos en contra. «On 15 May the British delegation moved an amendment to the Dumbarton Oaks proposals to the effect that the ILO should be 'brought into special relationship' with the proposed United Nations and 'should be an important instrument through which should be pursued the object of securing for all improved labour standards, economic advancement and social security'. [...] The amendment was opposed by the Americans, Chinese and Russians. [...] On 2 June the British representative reminded the Committee that his country's proposal was designed to provide formally in the Charter that the ILO should be brought into relationship with the UN and be recognised as one of the principal agencies for pursuing the objectives of Article V of the Atlantic Charter. [...] The Committee accepted the British proposal by 24 votes to 0 [...] that it would be necessary to alter the Constitution of the ILO in order to provide the necessary links with the Organisation». ALCOCK 1971.

³⁰ «They succeeded in slowing down the establishment of links with the United Nations, but not in preventing it, and on 30 May 1946, less than a year after the San Francisco Conference, the Organisation signed an agreement with the United Nations which made it the first of the specialised agencies under article 57 of the United Nations Charter». CHEBALI 1989: 24.

Es cierto que la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos recogida en la Constitución de la OIT se refiere un ámbito sectorial. No cabe duda, por tanto, de su consideración como Derecho Humano evidenciado en la previsión del art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹ pero también que su ámbito de aplicación se circunscribe a este ámbito concreto³². Por lo tanto, para hablar de la existencia de un principio de derecho internacional de los Derechos Humanos, que supere la consideración de principio sectorial en la aplicación de los estándares de la OIT³³, es necesario que este constituya una «razón básica» en la construcción del derecho internacional de los Derechos Humanos. Por ello, la consideración de esta cláusula en un ámbito sectorial no la convertiría en un principio general sino que, por el contrario, es necesario que su uso se vea ampliado sustancialmente, como efectivamente ha ocurrido.

IV. CONCLUSIONES

Entender la lógica de la cláusula de la mayor protección de los DDHH requiere ahondar tanto en su origen como en su naturaleza dentro del derecho internacional de los DDHH. Esto es lo que, precisamente, hemos intentado hacer en el presente artículo. En cambio, este trabajo no agota la riqueza una línea investigadora que requiere un análisis en profundidad de

«The agreement reached was the first between the UN and a Specialised Agency. It contained twenty Articles, and under the first of these the United Nations recognised the ILO as a Specialised Agency responsible for taking such action as may be appropriate under its basic instrument for the accomplishment of the purposes set forth therein». ALCOCK 1971: 202.

³¹ Art. 23: (1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. (2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. (3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. (4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

³² It contains a most favoured protection clause to the effect that the ILO Conventions and resolutions «shall be deemed [not] to affect any law, award, custom or agreement which ensures more favourable conditions to be workers». But only and explicitly indicating the workers as beneficiaries, that clause aptly avoids many of the problems pointed out above. ALKEMA 1998: 53.

³³ «with respect to the principle according to which no ILO standard may affect national law or regulations providing more favourable treatment for the workers concerned». CHEBALI 1989: 23.

las especificidades de la cláusula en los principales instrumentos internacionales de protección de los DDHH³⁴.

La naturaleza de la cláusula de la mayor protección en el derecho internacional de los DDHH es la de una previsión limitativa extrínseca, esto es, limitadora de una aplicación o interpretación de un derecho reconocido en un tratado internacional que conlleve la limitación de otro instrumento externo al propio tratado.

Una vez delimitada la naturaleza jurídica de la cláusula de la mayor protección y realizada una distinción de aquellas otras cláusulas que impiden una limitación intrínseca, como es el caso de las que tratan de prevenir el abuso de derecho, hemos abordado su origen a través de una reforma de la Constitución de la OIT. La conclusión principal deviene de la lógica de la cláusula y la necesidad de dar respuesta a una problemática planteada ante la inminente extensión de los Estados parte la OIT debido a su incorporación como agencia especializada a una incipiente Organización de Naciones Unidas (ONU). En definitiva, no solo era necesaria una limitación del contenido del tratado para que los Estados en desarrollo pudieran alcanzar, no sin realizar un esfuerzo reformando su derecho interno, el nuevo estándar de protección fijado sino que el éxito de la ampliación pasaba, también, por evitar una consecuencia no deseada, que la protección interna disminuyese en los Estados industrializados.

La reforma de la Constitución de la OIT trató de conjugar esta dicotomía lo que dio paso a su incorporación a la mayoría de tratados internacionales de protección de los DDHH, tanto universales como regionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOCK, A. *History of the International Labor Organization*, Octagon Books, (New York, 1971).
- ALKEMA, E. A., «The enigmatic no-pretext clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights» en Klabbers, Jan y Lefebber, René [ed.] *Essays on the Law of Treaties (A collection of essays in honour of Bert Vierdag)*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, (Boston, London, 1998): 41-56.
- CABALEIRO, E., *Los tratados internacionales, la importancia de la nacionalidad de sus destinatarios*, Ediciones Rialp, S. A., (Madrid, 1962).
- CHEBALI, V.-Y., *The International Labour Organization. A case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, (Boston, London, 1989).
- CORTEN, O. y KLEIN, P. [ed.], *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Oxford University Press. (2011): 764 y ss.

³⁴ Este análisis es abordado en nuestra tesis doctoral que será defendida en los próximos meses.

- DETRICK, S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, (Boston, London, 1999).
- GOODMAN, R. y JINKS, D., «How to influence states: socialization and international human rights law», Volume 54, Number 3, (2004).
- MURRAY, J., «Transnational Labour regulations: The ILO and EC compared», *International Studies in Human Rights*, Kluwer law international, The Hague, (Boston/London, 2001).
- RACHOVITSA, A., «Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties» en *Human Rights Law Review*, 16, (2016): 77-101.
- TORRES ZÚÑIGA, N., «Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina» en *Derecho PUCP*, n° 75, (2015): 95-117.
- VANNESTE, F., *General International Law before Human Rights Courts. Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, (2010).
- VILLINGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Martin Nijhoff Publishers, (Leiden/Boston, 2009).

Recensiones

Colección «*Debates Constitucionales*», Marcial Pons – Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp395-399](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp395-399)

Estas líneas pretenden, por un lado, presentar al público la colección *Debates Constitucionales*, editada al alimón por la editorial Marcial Pons y la Fundación Manuel Giménez Abad, colección dirigida con tino y dedicación por D. José Tudela Aranda y coordinada, con igual esfuerzo, por D. Josep María Castellá Andreu y D. Fernando Reviriego Picón. Por otro, el texto reseña crítica y brevemente tres recientes volúmenes que acaban de editarse precisamente en la misma, los tres monográficos sobre diversas cuestiones de actualidad, como son la igualdad de género, el derecho a la educación, y la calidad democrática¹. Los tres plantean algunos retos a los

que se enfrenta nuestra democracia, aunque cada uno de ellos lo haga a su juiciosa manera.

Comencemos por la obra dedicada a la igualdad de género. Así, Itziar Gómez Fernández ha escrito un libro que pivota sobre la idea de reformar la Constitución con perspectiva de género. Para ello elabora un estudio donde primero repasa el feminismo y el constitucionalismo que legó el siglo XX al siglo XXI. Este repaso recorre la idea sufragista, el denominado (no) feminismo de nuestra Constitución del 78, y el amplio y profundo camino que las normas y la jurisprudencia constitucional han recorrido para intentar construir un modelo de igualdad libre de discriminaciones y acorde con los tiempos. Desafortunadamente, a juicio de la autora, aunque el trabajo es encomiable no es suficiente. El tránsito estaría incompleto en tanto no se aborde la reforma constitucional en serio. Esto es: juzga posible y necesaria la reforma constitucional con perspectiva de género (p. 161), forjando así una nueva democracia/Estado, basada en la idea de la democracia paritaria (p. 166). Dicha reforma debería pivotar sobre las bases de una vida libre de violencia; del reconocimiento de los diferentes

¹ Gómez Fernández, I; *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*; Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2017; Vidal Prado, C; *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2017; Bustos Gisbert, R; *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*; Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2017.

derechos sexuales y reproductivos; y de una educación igualitaria (planteando tanto la opción de la coeducación como de la educación diferenciada). La obra se cierra con una sección dedicada a una breve selección bibliográfica comentada por la autora.

Ahora le toca el turno a la obra de Carlos Vidal Prado, quien realiza un repaso al régimen jurídico del derecho a la educación y da algunas pinceladas sobre las polémicas que se ciernen sobre el. Para ello se sirve primero del marco constitucional del sistema educativo (p. 17 y ss). Posteriormente sigue la pista de la evolución y desarrollo normativo de las previsiones constitucionales sobre el sistema educativo español y de las distintas dimensiones del derecho a la educación, haciendo hincapié en la normativa y en la jurisprudencia más reciente. El análisis continúa con el autor interrogándose sobre el objeto y finalidad de la educación, ambos planteados en torno al respeto a los valores constitucionales. Como el lector habrá adivinado, el autor se centra en las polémicas en torno al ideario educativo y a sus límites, especialmente en torno al supuesto de la llamada educación diferenciada (p. 75 y ss). Después de abordar la vertiente «libertad» del derecho a la educación y algunos aspectos más o menos controvertidos de la financiación educativa, resume al final las valoraciones que le merece la materia. Para el autor «no es discutible que pueden y deben transmitirse a través de la educación (con y sin asignatura específica de educación cívica) los valores constitucionales, (...), pero si se avanza más allá se corre el riesgo de penetrar en el ámbito protegido por el art. 27.3» (pp. 129 y 130). El

autor aboga por no traspasar los márgenes que la Constitución establece en el modelo educativo; y si se quiere ir más allá, articular una reforma constitucional para lograr el consenso necesario (p. 133). Respecto a la siempre polémica de la financiación de los centros concertados, el autor considera que estamos ante un planteamiento incorrecto del tema, porque no se puede olvidar la voluntad del constituyente, cual fue la de ayudar económicamente a los centros no estatales que cumplieren los requisitos legales. Es decir, que se trate en igualdad de condiciones, «tal y como la Constitución exige», a los centros docentes (estatales) y no estatales (p. 135).

Resta por abordar la obra de Rafael Bustos Gisbert. Una obra que tiene muy claro que es posible mejorar la calidad de nuestra democracia, materia esta que «preocupa a los ciudadanos (...), a los investigadores (...) y que debería preocupar también a los principales actores de la democracia: los partidos políticos» (p. 15). El autor aborda en primer término la disección de los dos términos –democracia y calidad– haciéndonos ver que el edificio de la democracia constitucional, representativa, parlamentaria, de partidos y de calidad, necesita de apuntalamiento. Ese apuntalar pasa por el análisis previo de las estructuras sensibles del sistema: el sistema electoral (p. 43 y ss); la crisis de los llamados intermediarios, como son los partidos políticos y los medios de comunicación; la responsabilidad «en serio» de los gobernantes, garantizando que los controles funcionen y funcionen bien (p. 99 y ss); la *responsiveness*, es decir, la lucha también en serio contra la

corrupción política; y los desafíos que plantea la globalización desde la óptica de la UE en el seno de nuestras democracias (p. 161 y ss). Bustos concluye que hay que acometer reformas. La primera es la reforma del sistema electoral, modernizándolo. ¿Cómo? Combinando la idea de garantizar la formación de gobierno con la presencia de minorías (p. 186). La segunda es la refundación de los partidos políticos, moviéndonos también aquí «entre dos ejes: autonomía organizativa y de funcionamiento, de un lado, y garantía del cumplimiento de sus funciones constitucionales, por el otro, p. 186). La tercera es la «descolonización partidocrática de las instancias de control jurídico», lo cual implica que todo nombramiento para órganos de control jurídico siga un proceso completo y complejo, con la idea del sorteo como colofón (p. 187). La cuarta sería la aprobación de un estatuto de las minorías parlamentarias, toda vez que son las realmente llamadas a ejercer el control del Gobierno (p. 188). La quinta se centra en explorar mecanismos de democracia directa, especialmente en niveles territoriales inferiores, «en cuanto que son mucho más cercanos a los problemas e intereses de los ciudadanos» (p. 189). La sexta es la parlamentarización de la política exterior, sobre todo de la europea, toda vez que ahora es la UE la que adopta decisiones que afectan a los ciudadanos y que antes adoptaban los Parlamentos nacionales (p. 190). La séptima es la siempre necesaria ética pública en el marco de la lucha contra la corrupción política, auténtica negación esta de la democracia. La legislación tiene cosas que decir, pero

también la ética y la pura política (p. 192). La octava y última quizá sea de las más potentes. Es la institucionalización de la protección de los denominados «derechos del buen gobierno y la calidad democrática», a través de una Comisión de Derechos Democráticos que podría aunar fuerzas y consensos «en conseguir el objetivo último que no es otro que recuperar (no destruir, ni sustituir totalmente) el gran pacto popular en favor de la democracia representativa suscrito en 1978 (p. 197).

Hasta aquí llega el breve resumen de los tres libros. Es obligado insistir en que en este espacio no se hace justicia al esfuerzo desplegado por los tres autores. Animamos al lector preocupado por aspectos centrales de nuestra Constitución que se adentre en los mismos, pues no será tiempo perdido sino invertido.

La lectura de los tres libros suscita una certeza: la importancia de la educación. Como se suele decir coloquialmente, «qué tendrá la educación que siempre es la solución». Respecto a la igualdad de género, creo que no podemos olvidar que hay pautas culturales fuertemente arraigadas y que conseguir erradicarlas exige mucho tiempo y mucho esfuerzo; dicho con otras palabras, mucha educación. Y desde que somos pequeños. Las normas, incluso las constitucionales, llegan hasta donde llegan; a lo sumo podrán contribuir a generar un clima propicio, un buen caldo de cultivo. Pero confiar en sus propiedades tautomáticas es ponerles una presión encima que, en alguna medida y a juzgar por tan altas expectativas, acabará por decepcionar un tanto. Aquí

conviene recordar que buena parte de la literatura feminista del momento suele reconocer que cambiando la norma no se ataca realmente la causa sino, a lo sumo, la consecuencia².

Vayamos ahora con un aspecto íntimamente relacionado con el anterior, como es el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional ha sentado —no sin polémica— que la educación segregada por sexos no es inconstitucional en tanto que opción legítima que entra dentro de los parámetros del art. 14 CE. Esa es la principal tesis de la STC 31/2018, de 10 de abril que merece ser destacada. Estamos ante una de esas resoluciones que a buen seguro dará mucho que hablar en nuestra comunidad de expertos, dado que el Tribunal ha tenido una discusión interna importante, larga y rica en argumentos, como demuestra tanto la resolución del Pleno y los cuatro votos particulares³.

Finalmente, unas palabras sobre la educación en el ámbito político. Aquí parece necesario recuperar una ética y una cultura de lo público. La expresión que Bustos emplea es muy

sintomática, a la par que certera: «descolonización». Los partidos políticos no han renunciado a ejercer toda su influencia en casi todas las instituciones donde «están presentes». Por ello, el primer paso sería el *self-restraint* de nuestras formaciones más importantes, para que cunda el ejemplo. Huelga decir que recuperar una cultura de pacto y consenso, de diálogo y cesiones recíprocas, no puede ser malo, a juzgar por la situación política que llevamos viviendo demasiados años ya⁴. Un pequeño rayo de esperanza existe, no obstante. Y es que el sistema tiene suficientes mecanismos para permitir que las personas elegidas para según qué cargos puedan ejercerlos con todas las garantías necesarias, especialmente de independencia e imparcialidad (verbigracia: los Magistrados del Tribunal Constitucional)⁵.

⁴ Y no es que escaseen los trabajos de expertos que llevan tiempo recordando que fraguar consensos suele ser la mejor de las vacunas contra extremismos de todo pelaje, así como una forma idónea de reformar gradualmente lo que deba reformarse. Por todos, Alzaga Villaamil, Ó; *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011.

⁵ Dos visiones diferentes pueden leerse en Torres Muro, I.; «El Tribunal Constitucional: composición y funciones». En Freixés Sanjuan, T.; y Gavara de Cara, J.C.; *Repensar la Constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica: parte primera*; Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 173-190; y García Roca, J.; «La selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 15, 2002.

² La idea late en las obras de Ngozi Adichie, C.; *Todos deberíamos ser feministas*, Literatura Random House, Barcelona, 2015; y *Querida Iljeawele. Cómo educar en el feminismo*. Literatura Random House, Barcelona, 2017.

³ Informaciones periodísticas refieren de la necesidad de hasta cinco borradores de Ponencia previos a alcanzar el acuerdo. Vid. http://www.abc.es/sociedad/abci-sentencia-entierra-persecucion-educacion-diferenciada-sexos-espana-201804110200_noticia.html (consultado el 9 de mayo de 2018).

Hasta aquí llegan las líneas, necesariamente breves, que han presentado la Colección y tres de sus puntas de lanza. Esperemos que hayan conseguido

animar sinceramente al lector a adentrarse en sus páginas y no el efecto contrario. Los tres merecen como poco una oportunidad.

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad de Valladolid

Encarna CARMONA CUENCA (ed.) (Prólogo de Pablo Santolaya), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Cuadernos y Debates, 243, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, 347 páginas. ISBN: 9788425916793.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp401-420](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp401-420)

La presente obra representa un completo y sobresaliente estudio sobre un tema de compleja relevancia y máxima actualidad, como es la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el camino hacia la construcción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en particular, desde la producción normativa y jurisprudencial de los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos. Desde el Prólogo del Profesor Dr. D. Pablo Santolaya Machetti, se advierte que esta obra supone un importante e imprescindible complemento a la trayectoria investigadora realizada por las autoras en sucesivos proyectos de investigación en torno al diálogo e interacción entre el Sistema Internacional Europeo y Americano sobre protección de Derechos Humanos.

Ante la complejidad de realizar un examen exhaustivo de la afectación de la desigualdad contra las mujeres en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las

autoras han centrado el análisis de la aplicación de la perspectiva de género en temas de gran magnitud en la preservación de los derechos humanos elementales de las mujeres. En concreto, el presente trabajo se centra en la discriminación por razón de género, las diversas formas de violencia de género y en vulneraciones de otros derechos, como los sexuales y reproductivos. En este plano, me parece de un gran acierto esta delimitación del objeto de estudio porque en estas manifestaciones de la desigualdad de género están en juego una secuencia de derechos especialmente vinculados a la esencia de la persona, como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, así como la intimidad o la salud. También se trata de salvaguardar la libertad, creo que, entendida ésta, como aquella libertad fáctica que implica la autodeterminación física e intelectual de adoptar las decisiones que revierten a la propia existencia en dignidad.

Con ello, la obra realiza un trazado impecable sobre los aspectos señalados

poniendo de manifiesto el camino recorrido por la normativa y jurisprudencia internacional. Pero, también, evidencia la tarea pendiente para consolidar el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos con perspectiva de género. Una cuestión ésta que habría de convertirse en un objetivo constitucional de primer orden, inherente a la esencia de los Estados de Derecho que conforman el orden Internacional. A pesar de ser un trabajo colectivo, el rigor con el que se ha coordinado hace que resulte un estudio científico homogéneo y bien estructurado llamado a convertirse en una obra jurídica de obligada consulta y referencia.

El libro se organiza en seis bloques o capítulos. En los bloques del II al V, se realiza una división estructural para abordar el análisis de la protección de los Derechos Humanos en el Sistema Europeo y en el Americano, tal y como se anuncia desde el Título de la obra y el Prólogo del Profesor Santolaya. El primer capítulo, uno de los más breves junto al último, lleva por título *La perspectiva de género y los derechos humanos*, en el que la autora, Encarna Carmona Cuenca, expone el significado del punto de partida y, a su vez, hilo conductor del estudio; esto es, la perspectiva de género. El segundo capítulo, unos de los más extensos, titulado *El desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos de las mujeres en los Sistemas regionales de Derechos Humanos*, representa un marco completo y de una sistemática ejemplar. Realiza, en primer lugar, un recorrido, desde el contenido de la igualdad de género, por los Instrumentos Internacionales generales sobre derechos

humanos. También se centra en los ámbitos de reflexión propuestos en la obra y en la labor del Consejo de Europa. Posteriormente, en el mismo bloque, Enzamaría Tramontana desarrolla la evolución de la igualdad de género en el contexto del Sistema Interamericano, tomando de referencia la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), así como los trabajos de la Relatoría sobre los derechos de las mujeres y en áreas específicas. El tercer capítulo, más breve, siguiendo con la tónica anterior y muy conectado conceptualmente con él, desarrolla la específica configuración de la discriminación por razón de género, de nuevo, tanto en el contexto Europeo como Interamericano por las autoras Encarna Carmona Cuenca y Rosa M^a Giles Carnero, respectivamente. El capítulo cuarto, denominado *Los derechos sexuales y reproductivos*, se centra en uno de los temas de análisis propuestos, cuya autoras, María Díaz Crego y Enzamaría Tramontana, abordan las cuestiones más controvertidas en torno al embarazo, el parto, la interrupción voluntaria del embarazo y otros aspectos del derecho a la salud sexual y reproductiva desde la respuesta del Sistema Europeo e Interamericano, respectivamente. El capítulo quinto, el más extenso, titulado *La violencia contra las mujeres*, proyecta los entresijos de esta lacra desde la protección del Sistema Europeo por la autora Argelia Queralt Jiménez e Interamericano, por las autoras Laura Clérigo y Celeste Novelli. Este bloque supone un espléndido estudio de esta problemática que trata de abarcar desde las cuestiones generales y conceptuales a otras

más específicas o relacionadas con formas de violencia. Finalmente, en el último bloque dedicado a *Reflexiones Finales. Una oportunidad para el diálogo*, la autora, Encarna Carmona Cuenca, tras realizar una recopilación de las cuestiones más representativas en cada una de las temáticas objeto de estudio, ofreciendo una visión global y cohesionada de la obra, establece necesarias reflexiones y vislumbra pautas para presentes y futuras actuaciones en aras de la consolidación de los derechos humanos de las mujeres que, como recuerda la autora al inicio de la obra, constituyen más de la mitad de la Humanidad.

Sobre la autoría, se percibe como relevante el hecho de que sea una obra de autoras. Es importante dar voz a las mujeres, en tanto protagonistas y relatoras. No obstante, también se ha de tener presente que la consecución de la igualdad de hombres y mujeres es una tarea que ha de llevarse a cabo desde la inclusión de ambos géneros como constituyentes de un nuevo pacto social.

En el título de la obra, *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, se advierte con claridad el alcance y la esencia del trabajo, así como la delimitación temática, presentándose como una obra que cubre objetivos de máxima trascendencia y actualidad en la defensa de los derechos humanos de las mujeres y en la pugna por la consecución efectiva de la igualdad real de género.

Se da comienzo a la obra con un primer Capítulo en el cual, la autora, Encarna Carmona Cuenca, opta inicialmente por conceptualizar la expresión

«perspectiva de género», desgranando su origen, construcción y relevancia en el contexto de la discriminación contra las mujeres, tanto en el ámbito internacional como europeo. Se destaca la necesidad de que a todos los niveles y esferas se contemple la afectación de las decisiones que se adoptan hacia las mujeres y se preserve la igualdad de género. Posteriormente, se conecta la perspectiva de género con la incidencia del concepto en los derechos humanos, en primer lugar, en el contexto internacional y, en concreto, en la obra convencional y otros instrumentos de Naciones Unidas que han dotado de expreso reconocimiento a la trascendencia que supone la discriminación contra las mujeres, por el hecho de serlo. Se relatan las dificultades que el término anglosajón *gender mainstreaming* ha tenido para ser aceptado en diversos contextos. La consecuencia más relevante, como advierte la autora, es comprender la diferente afectación de la vulneración de derechos entre hombres y mujeres, en base al distinto disfrute que uno y otro género pueda tener de los mismos. Tras ello, se proyecta esta misma cuestión en el Sistema europeo e Interamericano de Derechos humanos, realizando un visionado de la jurisprudencia a tener en cuenta, cuestiones todas ellas que serán tratadas en profundidad en los capítulos sucesivos. Se construye este apartado partiendo de una visión crítica sobre la tardía apreciación de la perspectiva de género en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como contrapartida a la pionera implicación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al respecto.

En el segundo Capítulo del estudio, uno de los más extensos, se profundiza sobre el desarrollo de los Instrumentos de Protección de los Derechos de las Mujeres, ofreciendo una completa y rigurosa visión del recorrido andado. Se realiza una división estructural en dos bloques. El primero de ellos, dedicado al Sistema Europeo y abordado por Encarna Carmona Cuenca, nos presenta un estudio de los documentos adoptados por el Consejo de Europa, desde los globales sobre igualdad hasta los específicos en materia de protección de los derechos de las mujeres. Se parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), en el que se advierte una carencia de protección concreta en materia de género, a pesar de los matices que se introdujeron en el Protocolo Adicional N° 12 en relación a la justificación de medidas de acción positiva, un documento éste más próximo a la protección que ofrece el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979 (CEDAW). A continuación, se establece un recorrido evolutivo por etapas en la labor del Consejo de Europa y su percepción sobre la igualdad de género. En la primera etapa que se analiza, resulta destacable la toma de conciencia, en el ámbito internacional, de la necesidad de abordar esta cuestión como, al menos, trascendente. Asimismo, la autora pone de manifiesto algunos logros como la creación de Comités para velar por la proliferación de actividades para la igualdad y cierta capacidad para modificar el foco y observar aquello que suponía un problema de las mujeres,

a considerarlo, en situación comparativa y diferenciada, desde la igualdad entre mujeres y hombres. Supone un inicio para hacer un llamamiento a los varones como parte del problema y, sobre todo, como agentes necesarios de la solución.

Explica la autora que así se abre una segunda etapa para la transformación del tratamiento de las cuestiones de igualdad que comienzan a observarse como una necesidad global y no como un problema marginal perteneciente a un grupo. Se destaca la III Conferencia sobre la Mujer celebrada en Nairobi, en 1985, como el punto de inflexión para este cambio y concluye con la creación de un Comité permanente que adquiere una labor principal en la concreción de la perspectiva de género. No obstante, los avances siguen siendo lentos y, según denuncia la autora, no se consigue incluir en el aludido Protocolo Adicional N° 12 un derecho específico a la no discriminación por razón de género, más allá de la formulación de una genérica igualdad.

Se llega así, a una etapa larga que arranca desde 1992 hasta la actualidad, con interesantes acciones del Comité Director para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en el ámbito de los derechos políticos y de la violencia contra las mujeres. El protagonismo se lo llevó la celebración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, en 1995. Sin duda, esta reunión ofreció un marco incomparable de reflexión sobre los logros conseguidos pero, en particular, fue un escenario propicio para poner en común los obstáculos y las cuestiones pendientes en las agendas de los

Estados en aras de la igualdad de género. Relata la autora los acontecimientos, órganos o documentos elaborados en esta década activa en la que se consolida el entendimiento de la perspectiva de género y se aplica a conceptos esenciales, como el de democracia. Esta etapa prolifera y comprometida se extiende hasta finales del 2000. A partir del 2012, se continúan consolidando los instrumentos en pro de la transversalidad de género. Se entiende ya, en este momento, como un concepto prácticamente anejo a cualquier actuación sobre igualdad. Asimismo, las últimas Estrategias o documentos contienen, entre los objetivos, las áreas de interés que quedaron ya marcadas como prioritarias, prácticamente, desde la Plataforma de Acción de Beijing, como la erradicación de la violencia, la lucha contra los estereotipos, la presencia equilibrada de las mujeres y hombres en los órganos decisorios y de poder público y privado, la conciliación de la vida laboral y familiar para hombres y mujeres y, en especial, la consideración de todo ello bajo el prisma o la perspectiva de género.

En una parte posterior se realiza un análisis de la actividad del Consejo de Europa en conexión con las áreas de interés que se enunciaron al inicio de la obra como especialmente sensibles en el desarrollo de los derechos humanos de las mujeres. La autora efectúa un pertinente paréntesis dedicado a señalar lo que ha de entenderse por violencia contra las mujeres o violencia basada en el género. Aún es de suma trascendencia señalar lo que este concepto encierra. Cuestiones apuntadas por la autora, como que la violencia es

la última *ratio* de las relaciones de dominación y subordinación de varones a mujeres, que la violencia no sólo no es una cuestión privada, sino que, en ocasiones, puede darse violencia estructural, ejercida por omisión, tolerancia o aquiescencia por el Estado o su necesaria diferencia respecto de la violencia en el ámbito familiar, son imprescindibles para situar el problema desde una perspectiva de género. A continuación, la autora realiza un recorrido por la actividad del Consejo de Europa en esta materia, en particular, a través del Convenio de Estambul de 2011 y continúa con el estudio de la Trata con fines de explotación sexual, incluyéndolo muy acertadamente, como forma de violencia contra las mujeres. Concluye el apartado con unas apreciaciones en esta misma línea sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva y finaliza con unas valoraciones a modo de recapitulación de lo que ha representado el Sistema Europeo de protección de derechos humanos de las mujeres. En este plano, señala lo que pueden considerarse como logros pero también apunta algunas cuestiones no resueltas y otras emergentes tremendamente interesantes, a veces, inexploradas, en relación a la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Se enlaza inmediatamente, aún en el mismo capítulo, con un bloque relativo a los Instrumentos aportados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a la igualdad de género. Esta parte, algo más breve, analizada por Enzamaria Tramontana, señala, en homogénea estructura, la presencia temprana de la igualdad de género como tema de interés entre los países del Continente americano. En

desarrollo de esta cuestión, la autora aborda los documentos que paulatinamente han ido recogiendo y consagrando la prohibición de discriminación por razón de sexo, desde la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948, a otros posteriores que han otorgado una protección más genérica. Más tarde, enuncia los que, por el contrario, han optado por una actividad más comprometida con la adopción de mecanismos de protección centrados en las especificidades de la problemática de las mujeres, en particular, en relación a la violencia. No obstante, apunta la autora, que no será hasta finales de los noventa que se tome una auténtica consciencia de la perspectiva de género.

A partir de aquí, la autora comienza por señalar el estado de la cuestión en los Instrumentos que abordan la materia objeto de estudio, poniendo de manifiesto la ausencia de, por un lado, una mención genérica al principio de igualdad si no es en conexión con el alcance de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, así como el Protocolo de San Salvador. Y, por otro lado, la ausencia de una mención a las mujeres en instrumentos de protección sectorial, salvo reconocimiento de derechos específicos, en general, asociados a la maternidad. A continuación, se realiza un desarrollo en profundidad de las actuaciones llevadas a cabo por la OEA, comenzando por reunir el trabajo más relevante ejecutado por la Comisión Interamericana de Mujeres en la protección y promoción de la igualdad de género. Destacaría el

análisis de la etapa que tiene lugar a partir de los años 70 donde comienza a observarse la igualdad desde su óptica material o real. En las sucesivas décadas, la autora destaca la adopción de Planes Estratégicos, Regionales o de Acción que tratan de incentivar la participación de las mujeres en diferentes áreas de acción, como la vida política, social o económica. De nuevo, un paso más allá con la incorporación de la perspectiva de género, tiene lugar, prácticamente en nuestros días, un último Plan Estratégico aprobado para el período 2011-2016, que trata de evidenciar las carencias y las cuestiones que aún quedan por ejecutar en la lucha por la igualdad de género. En este punto, se detiene la autora en la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres, como el foro de mayor consideración en el trabajo por la igualdad en las Américas, en diversas áreas específicas de actuación, como la violencia, la participación política, los derechos sociales, económicos y culturales y la salud sexual y reproductiva. Se explica que la labor de la Relatoría se ha efectuado desde diversas actuaciones, como la elaboración de Informes, visitas, audiencias especiales con sociedad civil, programas de sensibilización, etc., particularmente activa a finales del 2000.

Finalmente, antes de realizar la valoración del bloque, destaca el apartado que la autora ha dedicado a las actuaciones de la OEA en relación a la violencia contra las mujeres con un resultado tremendamente trascendente como es la Convención de Belem do Pará de 1994. Además de esbozar diversas acciones que se han realizado al abrigo del Convenio, la autora analiza

con acierto el contenido del mismo, poniendo hincapié en las definiciones tan importantes que se manifiestan en el Texto. Realmente oportuna se presenta la mención que realiza la autora al referido Instrumento distinguiendo, por un lado, entre el significado del derecho a una vida libre de violencia y, por otro, su conexión con la discriminación contra la mujer, así como sus causas. Por último, se apunta el resto del contenido del Convenio, fundamentalmente, en relación a los deberes de los Estados, cuestión altamente necesaria e importante y los mecanismos de control y de seguimiento.

El Capítulo III, más breve, se presenta con una buena lógica de continuidad al establecer el tratamiento de la discriminación contra la mujer. De nuevo, con homologa estructura, se encuentra dividido en un primer bloque, dedicado al Sistema Europeo y un segundo, centrado en el Sistema Interamericano. En la primera parte, la autora, Encarna Carmona Cuenca, denuncia la tardía aplicación del principio de no discriminación en el ámbito del Consejo de Europa, en particular, en relación a la pionera labor en este ámbito del TJUE. Así, se centra en concretar el alcance de la discriminación directa, la discriminación directa y la aceptación de las medidas de acción positiva. Respecto de la primera, la autora realiza un repaso por la jurisprudencia del TEDH en esta materia, destacando con acierto que, al margen de que las demandas hayan sido mayoritariamente interpuestas por hombres, la causa que subyace en la discriminación que se planteó, tuvo siempre como origen el papel subordinado de la mujer, vinculado al ámbito

privado y al cuidado familiar. Especialmente interesante se muestran los casos que ha resuelto el TEDH en aplicación del art. 14 CEDH en relación a los permisos de paternidad y el cambio de doctrina en razón a su equiparación respecto de los permisos de maternidad a partir de 2010. Ciertamente, constituye una apreciación evolutiva del principio de no discriminación por razón de género tardía. Posteriormente, en la misma línea, se analiza la jurisprudencia del TEDH en torno a la discriminación indirecta. En este plano, parece que el TEDH se muestra inicialmente ambiguo en el reconocimiento de este concepto, acuciándolo por primera vez en una decisión de 2001 pero sin llegar referirse expresamente a dicha noción hasta el año 2005 y, particularmente, en el año 2007, aunque en este caso, se apreció el motivo de la raza u origen étnico. Adviértase que el TJUE había concretado el concepto y alcance de la discriminación indirecta por razón de género en el año 1986, en el conocido Asunto *Bilka*¹. Pronunciamientos

¹ STJCE de 13 de mayo de 1986. Asunto 170/84, *Bilka Kaufhaus*. El empleador, que mayoritariamente contrataba trabajadoras, excluía del régimen de pensiones de la empresa, a los trabajadores a tiempo parcial. Esta medida afectaba más a las trabajadoras que a los trabajadores en situación comparable. El TJUE delimitó por primera vez, entre otras cuestiones relevantes, el concepto de discriminación laboral indirecta, concluyendo que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de una empresa se opone al art. 119 TCE cuando dicha medida afecte a un número más elevado de mujeres que de hombres.

posteriores del TEDH no han sido del todo concluyentes al respecto.

Finalmente, la autora analiza las medidas de acción positiva desde el escaso uso que ha hecho de ellas el TEDH, de nuevo, en oposición a la tarea del TJUE que, aunque con una jurisprudencia inicial vacilante, las definió y admitió en el conocido Asunto *Kalanke*². La autora finaliza con una valoración en la que aprecia una evolución del TEDH a partir del año 2000 en pronunciamientos sobre discriminación por razón de género. No obstante, concluye que la mayor actividad del Tribunal de Estrasburgo se ha centrado en el reconocimiento de la discriminación directa en interpretación conjunta con otros preceptos del CEDH y no así respecto de la discriminación indirecta y las medidas de acción positiva. Sus escasas decisiones versaban en puridad sobre medidas definidas por el Tribunal Constitucional español como «falsamente protectoras»³, más que como auténticas medidas de acción positiva destinadas a favorecer la igualdad real de género.

En la parte dedicada al Sistema Iberoamericano, en este mismo Capítulo, abordada por Rosa M^a Giles Carnero, se analiza la labor de la CIDH, en particular, a raíz del caso sobre Ciudad de Juárez en relación a la violencia contra las mujeres, hacia 2009. La autora pone de manifiesto que, aunque ha existido cierta apreciación de la perspectiva de

género, ha habido una falta de pronunciamiento de la CIDH sobre la protección específica de los derechos de las mujeres hasta mediados del siglo XXI. Al respecto, señala la relevancia de la reforma del Reglamento de la CIDH que aumenta las posibilidades de acudir a la Corte IDH, pues además del pronunciamiento al caso concreto, se admite la posibilidad de obtener una decisión sobre la oportunidad de aclarar, desarrollar o clarificar la jurisprudencia en materia de igualdad de género. A continuación se estudian los distintos pronunciamientos de la CIDH y de la Corte IDH en relación a las discriminaciones directas, indirectas y la acción positiva. Sobre la primera, la autora analiza la casuística en base a la interpretación conjunta que se ha realizado del art. 1 y 24 de la CADH. De este modo, se reconoce la prohibición de discriminación y también la obligación de los Estados de tenerla en cuenta en sus actuaciones. En esta interpretación conjunta, la Corte se ha centrado en un control estricto de lo que supone establecer un trato diferenciado, de modo que la diferencia se observa como una excepción de la igualdad formal que ha de ser, por consiguiente objetiva y razonable. No obstante, en pronunciamientos posteriores, se ha realizado una distinción con la prohibición de discriminación que ha sido inevitablemente ligada a la igualdad material. Asimismo, al introducir elementos que han cuestionado la actuación de los Estados, puede decirse que ha habido una intersección de la Corte IDH en cuanto a las dimensiones de la discriminación, tanto directa como indirecta y la acción positiva. En el caso de la discriminación indirecta, la autora presenta la

² STJCE de 17 de octubre de 1995. Asunto C-450/93, *Kalanke*.

³ Como punto de inflexión, la STC 128/1987, de 16 de julio, entre otras muchas.

necesaria inclusión de la perspectiva de género en la observancia por la CIDH y la Corte IDH de la discriminación contra las mujeres. Esta consideración lleva a estos órganos decisorios a establecer un análisis de impacto de género en su propia labor jurisprudencial. De nuevo, considera la autora la utilización conjunta de todas estas categorías en los pronunciamientos de la Corte IDH para dotar de la máxima eficacia real al principio de no discriminación por razón de género. En esta misma línea, se producen las afirmaciones en los pronunciamientos que se analizan en relación a las obligaciones positivas de los Estados. Sin embargo, parece que el debate específico de la adopción de medidas de acción positiva no ha sido abordado expresamente por la Corte IDH ni por la CIDH, a excepción de algún caso en torno a las acciones positivas en la participación política de las mujeres. Ello no ha sido obstáculo para que la Corte IDH en sus sentencias haya previsto medidas concretas para que los Estados puedan actuar y reparar las discriminaciones en cuestión.

En relación a esto, particularmente importante se presenta la inclusión en el contexto de la prohibición de discriminación de lo que se ha considerado discriminación estructural en el Sistema Iberoamericano de protección de los derechos de las mujeres. Se consolida, no sólo una obligación de actuación de los Estados, sino un deber de protección de los derechos de las mujeres. Esta situación ha tenido una especial consideración en la violencia contra las mujeres, de nuevo, con especial incidencia en casos como los de Ciudad de Juárez. El motivo de responsabilizar al Estado de la conculcación de

los derechos de las mujeres parte de la base de reconocer una situación *de facto* desigual y se proyecta en la consideración de las mujeres como sujeto vulnerable. Esta perspectiva es pionera en los mecanismos de reparación del Sistema Iberoamericano e incluye no sólo elementos restitutorios, sino, también, correctivos, como cursos formativos para agentes estatales en igualdad y eliminación de estereotipos. Como resalta la autora en sus valoraciones, la razón última estriba en entender que la perspectiva de género implica la inclusión de un profundo cambio social en la que han de implicarse, no sólo las personas, sino, en particular, los Estados.

El Capítulo IV se va a centrar en los derechos sexuales y reproductivos. Del Sistema Europeo se encarga María Díaz Crego. La autora enuncia las primeras consideraciones en torno al reconocimiento de la salud sexual, como un derecho, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre población y desarrollo, celebrada en el Cairo, en 1994. Como viene sucediendo, el contexto internacional se muestra pionero en el reconocimiento y aceptación de derechos relacionados con la esfera de libertad de las mujeres. No obstante, se reconoce el derecho a la salud sexual y reproductiva a las personas, a nivel individual y a las parejas para decidir sobre su autodeterminación en este ámbito. La autora pone de manifiesto el amplio contenido del derecho que se ha llegado a considerar por la doctrina, de manera que pueden encontrarse derechos, puede decirse, de corte esencial, asociados a la libertad fáctica, y concretados en la capacidad

decisoria en relación a la reproducción o el parto, por ejemplo. Especialmente interesante resulta la inclusión de aquellos derechos vinculados a la esfera de la integridad, la libertad y la seguridad, como el derecho al sexo libre de violencia y de explotación sexual. También se recogen otros, como los derechos relacionados con el ámbito prestacional y laboral, tales como el derecho a la protección integral en la maternidad dentro del contexto laboral y de la seguridad social, incluyendo la protección frente al despido; derechos conectados con la educación afectivo-sexual desde edades tempranas, así como el derecho a la información en lo que concierne a los derechos y las responsabilidades de la sexualidad y reproducción, entre otros.

Posteriormente, la autora denuncia la falta de reconocimiento amplio del derecho a la salud sexual y reproductiva en el CEDH, que solo hace alusión a una manifestación concreta, como es el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. No obstante, se advierte que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el TEDH, han reconocido diversos aspectos, en particular, en relación a la violencia y la explotación sexual, el matrimonio contraído por menores o la educación.

Desde este prisma, se revisa a continuación, la jurisprudencia más relevante en torno a las cuestiones que quedan definidas en el Programa de Acción de El Cairo como dentro del concepto de salud sexual y reproductiva. Así, se analizan importantes aspectos en relación a lo que puede entenderse por un derecho a la maternidad

segura en lo que se refiere a las especificidades de la asistencia sanitaria durante el embarazo y el parto. Particularmente relevante se presenta la necesidad que manifiesta el TEDH de que los Estados adopten medidas y se impliquen normativamente en el reconocimiento de derechos. Denuncia la autora que el TEDH ha sido poco claro en la concreción de estas obligaciones normativas por los Estados y, por el contrario, ha resultado especialmente persuasivo en las cuestiones relacionadas con el consentimiento informado. En el análisis de la jurisprudencia relevante del TEDH, el estudio también se detiene en cuestiones relativas a la obligación de los Estados de crear un sistema judicial independiente para la investigación de negligencias médicas cometidas durante el embarazo o el parto, así como métodos de resarcimiento a los afectados. Para concluir el epígrafe, se revisa la jurisprudencia determinante para un cierto reconocimiento, más teórico que práctico, según asevera la autora, de un derecho de las mujeres a decidir sobre las circunstancias del alumbramiento.

Posteriormente, se abre un nuevo apartado sobre el derecho de la mujer a elegir sobre su función reproductiva en relación a métodos anticonceptivos y esterilizaciones forzadas. Destaca la autora la vinculación que ha realizado el TEDH entre el derecho a la vida privada y familiar y el reconocimiento de las personas de elegir cuando ser madre o padre, siendo especialmente crítico respecto a las esterilizaciones forzadas, respecto a las que ha considerado estar en juego la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. También se plantea problemática en

torno a la negativa a proporcionar métodos anticonceptivos, cuestión que no parece haber abordado el TEDH de forma exclusiva, salvo en lo relacionado con el aborto y en relación a la alegación del ejercicio de la libertad religiosa en el contexto farmacéutico.

Continúa el capítulo con un apartado más extenso dedicado a la regulación del aborto. Como no podía ser de otro modo, ante la diversidad y lo polémico del tema, la jurisprudencia de Estrasburgo ha tenido que resolver planteamientos en conexión con el derecho a la vida privada y familiar de las mujeres, así como el derecho a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, legal y segura en países con legislaciones restrictivas. Pero, por otro lado, el TEDH ha tenido que valorar el supuesto derecho a la vida del feto en relación a legislaciones más permisivas, junto a otras cuestiones. Entre éstas, se plantea el conflicto subyacente sobre la titularidad de los derechos en casos en los que las voluntades de los progenitores son contrarias y se apela al derecho a la vida del feto en el contexto del art. 2 CEDH. Sobre los derechos del padre de ser consultado o de adoptar algún tipo de decisión acerca del embarazo, si ha sido taxativo el TEDH, afirmando que cualquier decisión sobre el embarazo a quien tiene que tener en cuenta es a la madre, que es la afectada por la situación. Se observa, así, tal y como evidencia la autora, un cierto entendimiento de la perspectiva de género en este contexto. En todo caso, parece que la siempre compleja tarea de determinar el momento en el que el feto sería titular de derechos y, por ende, del derecho a la vida, no se

encuentra nítidamente definida ni por la Comisión ni por el TEDH. Tampoco han resultado concluyentes los pronunciamientos del TEDH en relación a un posible derecho al aborto, si bien, en relación a legislaciones especialmente restrictivas como la irlandesa o la polaca, entre algunas otras, se ha apelado a la posible afectación del derecho a la vida privada y autonomía personal de las mujeres. No obstante, estas posibilidades favorecedoras para los derechos de las mujeres, se ven diluidas por el margen de apreciación nacional al que se refiere, en última instancia, el TEDH, a lo que la autora dedica, con profunda y cuidadosa elaboración, las sucesivas páginas.

Finaliza el bloque, antes de presentar las valoraciones, con el análisis del derecho a beneficiarse del progreso científico en el contexto de la reproducción asistida, que ha sido reconocido por el TEDH en conexión con el derecho a la vida privada. Especialmente interesante resulta el estudio de los casos en los que las legislaciones nacionales se muestran restrictivas con el acceso a las técnicas de reproducción asistida o limitadoras con los requisitos exigidos para ser beneficiarios de las mismas. En estos casos, el TEDH ha aplicado el parámetro de la proporcionalidad, como habitualmente, para evidenciar legislaciones incoherentes, como la italiana. De trascendencia singular, se muestran los pronunciamientos sobre la maternidad subrogada. No obstante, los pronunciamientos del TEDH se han limitado al reconocimiento de la maternidad y paternidad en países de origen de menores nacidos en países donde está regulada la maternidad subrogada. De

nuevo, en conexión con la vida privada y familiar, el TEDH ha entendido que ha de aceptarse la inscripción en el registro correspondiente de esa filiación. A pesar de un reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución por el TEDH, ante la falta de consenso en Europa, da cabida a un amplísimo margen de apreciación nacional en esta materia, a partir del cual, la autora explica diversos pronunciamientos de sumo interés y perfilado tratamiento.

Se abre, con simetría estructural, el bloque dedicado al Sistema interamericano, construido por Enzamária Trámontana, en el que se presenta el interés por este tema de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH, que ha tratado en los últimos años la maternidad como «parte esencial» del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. A continuación, se traza el camino hacia un concepto de salud sexual y reproductiva concretado en la intervención de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De nuevo, se comienza por el derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva y derecho a la maternidad segura, centrándose la actividad de la CIDH en evitar las altas tasas de mortalidad materna y, en general, en reconocer y propiciar como prioridad para los Estados, el derecho a la maternidad segura. La autora destaca la consideración de este derecho desde la perspectiva de género por la CIDH como contenido necesario del derecho a la salud sin discriminación por razón de género. Se evidencian que las barreras de acceso a este derecho pueden ser tanto

estructurales como sociales, consecuencias de los estereotipos que históricamente han sufrido las mujeres. Ello supone la necesidad de que todos los Estados hayan de garantizar este derecho en cumplimiento del Protocolo de San Salvador.

Continúa la autora con el análisis de la temática en relación a las esterilizaciones forzadas desde el foco del ejercicio por las mujeres de sus derechos reproductivos libres de violencia o coerción. Se denuncian los problemas que, en este plano, se han producido como resultado de graves irregularidades en la aplicación de Programas de Planificación Familiar. Al respecto, se exponen diversos casos en los que la actuación de la Comisión ha estado encaminada a la comprensión de que este tipo de programas han de caracterizarse por la voluntariedad, pues de lo contrario, suponen una manifestación de la violencia contra las mujeres.

Posteriormente, sobre la reproducción asistida, analiza la autora los casos de mayor interés en un tema no exento de polémica y complejidad. Establece el análisis en base a una división por etapas en la Corte IDH. Destaca que en la primera etapa se concluye que la decisión sobre la maternidad o la paternidad es parte del derecho a la vida privada en una interpretación extensiva conectada con la autodeterminación personal y, por ende, con el derecho de libertad. En una segunda etapa, se detalla el análisis de la Corte IDH que toma en consideración el criterio de proporcionalidad para valorar la justificación de los casos que se le presentan, realizando importantes ejercicios de ponderación entre los derechos afectados

y la protección de embriones en este contexto. Especialmente trascendental para el estudio resulta la observancia que efectúa la Corte de la perspectiva de género al enunciar que, si bien las restricciones injustificadas sobre la reproducción asistida pueden afectar tanto a hombres como a mujeres en sus derechos reproductivos, el impacto negativo es más fuerte en las mujeres, tanto desde una óptica biológica como desde una visión global de género, que tiene en consideración estereotipos y estigmatizaciones por su condición de mujer –infértil, por ejemplo–.

Finaliza el bloque y el capítulo con el respectivo epígrafe, previo a las valoraciones, sobre la regulación del aborto. La autora realiza un repaso por la casuística abordada por la Comisión y la Corte, advirtiendo del tratamiento aún fragmentado de esta temática. No obstante, se parte de una compatibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo con el derecho a la vida, consagrado en los Instrumentos Interamericanos de derechos humanos. Se enuncia que es a partir de los años 90 que la interrupción voluntaria del embarazo se conecta con los derechos de las mujeres, en particular, con la integridad y la privacidad. Además, la Comisión ha manifestado su preocupación por las legislaciones que observan la interrupción voluntaria del embarazo desde su penalización o bajo legislaciones excesivamente restrictivas que afectan gravemente el derecho a la salud de las mujeres. También se muestra de sumo interés la mención que realiza la autora sobre los problemas *de facto* a los que se enfrentan las mujeres, particularmente a las consecuencias de prácticas abortivas

incompletas en relación con las limitaciones legales del personal sanitario, lo que se ha considerado por la Comisión como actos de violencia contra la mujer. También la Corte IDH se ha pronunciado, en casos de extrema gravedad, en términos favorables a facilitar a las mujeres los instrumentos necesarios para llevar a cabo una práctica abortiva segura que no ponga en grave peligro su derecho a la integridad, no sólo física, sino mental.

Se da comienzo, así, al estudio de un nuevo Capítulo, el más extenso de la obra, dedicado a la violencia contra las mujeres. De nuevo, en la lógica de la sistemática, se empieza por el Sistema europeo, analizado por Argelia Queralt Jiménez. Me parece especialmente destacable que, al establecerse desde la óptica de los Sistemas supranacionales de protección jurídica de derechos humanos, se percibe a lo largo de todo el capítulo una importante conexión entre la violencia producto de la discriminación contra las mujeres y la responsabilidad de los Estados o lo que se ha denominado «violencia estructural». Representa un tratamiento de estos aspectos no siempre presentes en otras investigaciones sobre esta temática.

En el contexto del Consejo de Europa, el trabajo analizado se centra en la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex-pareja por ser considerado, según afirma la autora, el aspecto de la violencia contra las mujeres sobre el que ha existido una evolución más clara en la jurisprudencia del TEDH. El planteamiento inicial se presenta absolutamente trascendente para comprender esta lacra. Como denuncia la autora, la violencia está

globalizada y universalizada. No hay sesgos por violencia contra las mujeres, puede darse en cualquier ámbito, capa social, económica o en cualquier parte del Mundo. La relevancia de presentar este punto de partida radica en comprender que la violencia contra las mujeres responde únicamente al patrón de discriminación, que ha pervivido históricamente y que aún persiste en la actualidad en todas las sociedades, por el que las mujeres son consideradas sujetos subordinados respecto de los varones, por su sola condición femenina.

A pesar de que la violencia contra las mujeres fue ya denunciada como una forma de discriminación en la Recomendación N° 19 del Comité CEDAW y en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia sobre la Mujer, celebrada en Beijing, en 1995, la recepción de estos conceptos por el Consejo de Europa ha sido consolidada más tarde. Así, la autora repasa los Instrumentos que se han adoptado como consecuencia de los avances producidos que han culminado en el Convenio para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de Estambul, de 2011.

Posteriormente, tras matizar el concepto de violencia que se contiene en la normativa española específica, se detiene a analizar el concepto de violencia del que parte el TEDH. Resalta la autora que, desafortunadamente, el tratamiento que ha otorgado el TEDH a los casos de violencia contra las mujeres, ha adquirido una dimensión individualizada, lo que ha hecho no derivar la violencia de la discriminación hasta hace relativamente poco y ocultar la

problemática en lugar de evidenciarla como un problema social de índole global. A continuación, la autora realiza un amplio recorrido por la jurisprudencia del TEDH centrándose en la exposición de los argumentos esgrimidos por el TEDH en relación a las obligaciones positivas de los Estados respecto de la vida de las mujeres o la obligación de intervención del Estado en la vida privada de los grupos especialmente vulnerables, entre los que el Tribunal de Estrasburgo incluyó a las mujeres. En el análisis de la casuística pertinente, la autora considera que la evolución del TEDH sobre la concepción, en general, de lo que representa la violencia de género para las mujeres, es aún moderada. No obstante, se observan matices a modo de avance como las llamadas de atención a los Estados a fin de elevar el nivel de protección y vigilancia por los poderes públicos cuando se está ante un caso de violencia de género.

En el siguiente punto, la autora aborda con detalle lo que podría considerarse como el punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH en el caso *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009. Hasta el momento, el Tribunal de Estrasburgo apreció la vulneración del derecho a la vida privada, el derecho a la vida o a la prohibición de torturas en relación con la implicación del Estado. Sin embargo, en este asunto, consideró, novedosamente, la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación por razón de género. Como consecuencia de ello, el TEDH aprovechó para tener en consideración la normativa internacional aplicable y para pronunciarse sobre la dimensión global de la violencia, así

como su carácter público y persecución de oficio, por ejemplo, cuestiones que suponen un giro respecto de su jurisprudencia anterior. Entre otros apuntes, se aprecia destacable el análisis sobre la depuración de responsabilidades ante la negligencia de los Estados en incumplimiento del ordenamiento internacional y del CEDH. No obstante, la línea iniciada en *Opuz* ha sido vacilante y exigente con la aportación de pruebas, aunque parece consolidarse en los últimos tiempos al ser tomada en consideración por el TEDH la situación fáctica de las mujeres. No obstante, según concluye la autora, parece que habrá que esperar a la evolución de su jurisprudencia, pues el TEDH aún se muestra poco concluyente y riguroso con el estándar de tutela que tienen los Estados para las víctimas de violencia de género.

El bloque dedicado al Sistema Interamericano en la lucha contra la violencia del género, está realizado por Laura Clérigo y Celeste Novelli. Las autoras realizan un excelente recorrido por las consideraciones acerca de la importante problemática de la violencia y su conceptualización en el contexto del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos de las mujeres. Parten de una importante distinción entre la pionera actuación de la CIDH, que comenzó a principios de los años 90 del pasado siglo, en contraposición a la implicación tardía de la Corte IDH, que tuvo lugar a partir del año 2009 en la conocida Sentencia de *Campo Algodonero*. No obstante, a pesar del carácter activista de la Comisión, las autoras denuncian que sus reticencias a la hora de reenviar demandas individuales a

la Corte, han producido situaciones complejas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres y su visibilidad en otros ámbitos hasta pasado el año 2000.

Posteriormente, tras establecer las dificultades que plantea, en particular, la carencia de medios e instrumentos judiciales y las barreras de acceso a la justicia con las que se enfrentan las mujeres ante una situación de violencia, comienzan a abordar el análisis de las producciones de la Comisión IDH. Las autoras enuncian los estándares reflejados en los Informes de la Comisión, entre los que destaca la vinculación de la violencia con la discriminación por razón de género y la elevación de la consideración de la violencia sexual a tortura cuando es cometida por agentes estatales. El resto de estándares están conectados con la obligación de evitar la negligencia, implementar acciones, realizar el conveniente análisis del impacto normativo y la consideración de los Estados de aplicar la perspectiva de género, en concreto, ante situaciones de discriminación múltiple o interseccional en las mujeres. Destacan las autoras el Informe *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres* del año 2011, como un punto de inflexión, en los avances de la CIDH en el enfoque y la violencia de género. A continuación, las autoras señalan los pronunciamientos de la Corte IDH en relación a las diferentes situaciones de violencia que se le han presentado, produciéndose un punto de no retorno en el avance de la incorporación de la perspectiva de género a partir del año 2006, tal y como se desarrollará más tarde.

Tras este planteamiento inicial, se paran a concretar la definición de violencia contra las mujeres desde diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como la CEDAW o la importante, a estos efectos, Convención de Belém do Pará, mencionando también la novedad que incorpora la Carta Africana de Derechos Humanos en relación al reconocimiento de la violencia económica. Concluyen este apartado conceptual con una espléndida exposición de lo que ha de incluir un concepto extenso de violencia contra las mujeres. Un concepto que, precisamente, ha de incorporar toda la complejidad de un problema tan poliédrico, como situaciones de violencia invisible o aquella violencia ejercida contra terceros, como los hijos, produciendo un daño irreversible en la mujer. El concepto de violencia de género ha de considerar su propia especificidad: la de ser sujeto objeto de violencia por su exclusiva condición de mujer. Continúan las autoras abordando el análisis conceptual desde la producción de la Comisión y la Corte. Varias son las situaciones analizadas, desde la violencia sexual, la explotación, tortura, amenazas y coacciones, conflicto armado, acceso a la justicia, entre otros. Merece destacarse, como nexo común, la labor de estos organismos en la insistencia por conectar los casos de violencia individual con la responsabilidad de los Estados, sobre todo, en el alcance de las omisiones y en las agresiones directas de agentes estatales, así como la clara consideración de la violencia contra las mujeres como una manifestación de la

discriminación por razón de género y un problema de derechos humanos de magnitud pública y global.

Se establece después una división en subepígrafes que van incidiendo paulatinamente en la definición de violencia desde una perspectiva de género y en los casos particularmente dañinos de violencia sexual, violación y tortura cometida por agente estatal, delimitados en concepto y alcance por la Corte IDH, particularmente, a partir del año 2006, en el caso *Castro Castro*.

Especialmente importante resulta la mención al Feminicidio en el contexto conceptual de la violencia contra las mujeres a partir de la mención al caso *Campo Algodonero*. Se denuncia en párrafos previos, la pérdida de oportunidad de la Corte IDH en aplicar el concepto de tortura en el contexto de la violencia contra las mujeres, al no considerarla como tal porque los actores fueron agentes no estatales. A pesar de que no existe una definición expresa de la Corte del término «Feminicidio», las interpretaciones doctrinales coinciden en que implica el asesinato de mujeres, por serlo, con alto grado de violencia, incluida la sexual y en un contexto de impunidad perpetuado por la absoluta impasividad del Estado, implicando elevados componentes de violencia estructural. Finalizan el apartado con una reflexión sobre los momentos en los que la Corte no ha apreciado violencia de género contribuyendo a aportar sombras a la evolución en la lucha de esta lacra.

A continuación, las autoras abren un apartado muy conveniente e interesante enfocado al abordaje de los

casos de violencia contra las mujeres desde la perspectiva de los derechos humanos vulnerados.

Se presenta en primer lugar, casi como obvio pero, precisamente, denunciante en toda su magnitud, la conexión que establece la Corte IDH de la violencia, en la forma y grado en que se manifieste, con la vulneración del derecho a la integridad física y moral, el derecho a la vida, el honor y la dignidad. Se continúa de nuevo incidiendo en la vinculación de la violencia contra las mujeres con la violencia estructural. Tanto la Comisión como la Corte IDH, han volcado sus esfuerzos en hacer entender la necesaria implicación de los Estados en la lucha contra la violencia. La inactuación de éstos representa la perpetuación de la discriminación y la violencia de género, llevando a la aceptación social del fenómeno y generando en las víctimas inseguridad y desconfianza en las Administraciones estatales para denunciar su situación. En este contexto, estos órganos apelan, una vez más, a la necesidad de tener en consideración la situación fáctica de las mujeres en razón a la discriminación interseccional lo que, en definitiva, supone aplicar la perspectiva de género.

Se considera muy relevante dedicar el siguiente apartado a la visibilización de la violencia en otros contextos, más allá de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, como es el grave supuesto de la violencia contra las mujeres en caso de conflicto armado y el desplazamiento forzado. Se denuncia la diversidad de componentes que tiene esta forma de violencia, en relación con el debilitamiento

del enemigo, como hombre y de las poblaciones en conflicto. El problema que subyace es tremendamente complejo porque la mujer no solo representa un objeto sexual, sino, también, un objeto de intercambio o mediante el cual se realiza un daño o una merma a la sociedad con la que se combate. Se destaca el caso de la *Masacre de Río Negro c. Guatemala*, en el que, según determinó la Comisión, la violencia contra las mujeres tuvo graves efectos colectivos sobre la supervivencia étnica de la población indígena maya.

Posteriormente, las autoras, se centran en la trascendencia de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia, en particular, cuando el Estado incurre en violación del deber de debida negligencia, de nuevo, a partir del análisis del caso *Campo Algodonero*. En el análisis abordado en el contexto de la violencia estructural, se destaca, en el alcance concreto del debido acceso a la justicia, los problemas en torno a la credibilidad de la víctima que la desacreditan al responsabilizarla sobre su vestimenta o actos para provocar o propiciar los hechos violentos. Ello representa la perpetuación de patrones discriminatorios en base al género que conducen a fiscales, policías y jueces a la inactuación ante denuncias de violencia.

Para finalizar el capítulo, las autoras desarrollan un apartado tremendamente relevante sobre las acciones que se llevan a cabo para erradicar la violencia de género e, igualmente, trascendente, para reparar el daño a la víctima. Los esfuerzos de la Corte se han centrado en medidas de reparación, basadas en la restitución, la

indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición, cuestiones que van a abordar las autoras en los siguientes subepígrafos.

La restitución integral se presenta como la acción esencial que consistiría en el restablecimiento de la víctima a la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violencia produjo. Creo que el esfuerzo de los Estados se ha centrado, en todo caso, en las medidas de intervención directa y, a lo sumo, en el endurecimiento de normas penales y protocolos de sensibilización para los agentes estatales. Sin embargo, a pesar de que el establecimiento paralelo de estas medidas de restitución es de singular importancia, en ningún ordenamiento jurídico se ha incidido lo bastante en ellas. Tampoco se ha invertido suficiente en educación desde edades tempranas para abandonar patrones y estereotipos de género que modifiquen comportamientos masivos discriminatorios contra las mujeres, ni tan siquiera en sociedades democráticas.

En este plano, las autoras reparan en el objetivo de la indemnización, como medida de reparación pecuniaria, analizando los elementos en función de los cuales se determina la cuantía y en la rehabilitación de la víctima, que implica la obligación del Estado de articular instrumentos de ayuda psicológica y médica adaptada a las especificidades de género, como, por ejemplo, la gratuidad de medicamentos. Especialmente reseñable y coherente con la consideración democrática de los Estados, las autoras plantean el estudio de las medidas de satisfacción, como aquellas que se adoptan sobre la base del reconocimiento público del Estado de su

responsabilidad en la vulneración de derechos humanos de sus ciudadanas. No supone tanto un resarcimiento de todos los daños, en tanto, en ocasiones, son irreparables, como en el caso de que se haya perdido la vida, sino la asunción de una responsabilidad en representación de la víctima. Ello se ha materializado por la Corte IDH en conminar a los Estados a realizar actos públicos con suficiente entidad e, incluso, que garanticen la memoria histórica, por ejemplo, en casos de masacres.

En el mismo sentido, explican las autoras la necesidad de establecer garantías de no repetición. Tienen un efecto social importante y pretender erradicar el contexto social en el que han sido posibles las violaciones de derechos humanos, lo que implica un preciso efecto socio-estructural transformador. No obstante, creo que son medidas imprescindibles pero de adopción y puesta en práctica compleja, más cercanas a la voluntad de los agentes socio-jurídico-políticos implicados en llevarlas a cabo y de las sociedades de ser permeables al cambio.

También se muestra interesante el estudio, a partir de los pronunciamientos de la Corte IDH en casos ya apreciados en el desarrollo del trabajo, de las medidas de reparación colectiva y la concreción de la obligación de investigar por los Estados. Esta última se concreta en el objetivo de evitar zonas o contextos de impunidad que cobijen la violencia. Ello se asocia con la tolerancia cero de la violencia desde la educación hasta la intervención estatal.

Culminan este bloque, realmente completo y destacable en el conjunto

de la obra, con unas valoraciones extensas en las que las autoras señalan el papel precursor de la Comisión IDH, evidencian las diferencias entre las actuaciones de la CIDH y la Corte IDH y la aplicación de los estándares empleados. Asimismo, expresan la necesidad del carácter transformador de las medidas adoptadas, incluyendo a medios de comunicación pública en la responsabilidad para con la erradicación de esta problemática. La violencia de género está encajada en patrones sociales fuertemente arraigados de discriminación contra la mujer, en cuyo esfuerzo por eliminar han de estar implicados la sociedad, –hombres y mujeres– y los Estados, desde una perspectiva de género.

A modo de colofón, en el último Capítulo, Encarna Carmona se encarga de elaborar unas reflexiones finales que tienen como objeto hacer una valoración comparativa de conjunto de los logros y carencias de los Sistemas Europeo e Interamericano de protección de derechos humanos al hilo de las cuestiones tratadas en la obra. Relata la autora las conclusiones en torno a la incorporación de la perspectiva de género, la creación de organismos y la elaboración de instrumentos específicos para abordar las desigualdades que afectan a las mujeres desde su consideración, no como grupo o colectivo, sino como más de la mitad de la Humanidad. La autora ensalza los retrocesos que se están produciendo a partir de la reforma de órganos del Consejo de Europa, en particular, con la devaluación del órgano especializado en igualdad de género. También denuncia que, en contraste con la avanzada producción de los órganos

del Consejo de Europa en materia de igualdad de género, sorprende su tardía apreciación por el TEDH en su jurisprudencia, incluso con escasa repercusión en conceptos como el de discriminación indirecta o acción positiva, a diferencia de lo que ha sucedido con el TJUE. Señala la autora que la actividad de la Corte IDH ha estado particularmente vinculada con casos de violencia de género. Las reflexiones que siguen se centran en realizar un recorrido a modo de balance de las temáticas propuestas en torno a los derechos sexuales y reproductivos y a la violencia de género para finalizar, advertido ya en el sugerente título del Capítulo, con un llamamiento hacia un diálogo, como apunta la autora, posible y deseable, entre los Sistemas de protección de derechos humanos con perspectiva de género.

En definitiva, creo que representa la obra un meditado y bien construido trabajo, fruto de un vasto conocimiento, análisis exhaustivo y de un excelente tratamiento jurídico, a través del cual, las autoras han puesto de relieve los aspectos más relevantes de un tema de extraordinaria envergadura, complejidad y actualidad, sobre la necesidad de interacción y transversalidad en la protección de los derechos humanos de las mujeres. Se articula un excelente análisis desde una visión crítica y sólida investigación que aborda un minucioso repaso por la casuística en el Sistema Europeo e Interamericano. Se aprecia un interés por realizar un recorrido con una visión de futuro que abarca una exposición del lo ya andado pero también una guía del camino que queda por recorrer. Se hace hincapié en la implicación de los Estados para

adoptar medidas que realmente tengan la misión de modificar las estructuras históricas sobre las que se asienta y se pretende justificar la discriminación y la violencia de género. Para ello, es fundamental la educación, los medios de comunicación y publicidad y la sensibilización y reorientación de los agentes y operadores jurídicos. Solo una acción global y transversal será capaz de consolidar un nuevo orden social desde la consecución de la igualdad de género como la clave, el marco y la herramienta para la revisión de estructuras y la transformación de

patrones que permitan conciliar la igualdad y las diferencias al tiempo que garantizar los derechos de todas las personas.

Así, pues, bajo la llamada al diálogo de los órganos de protección de derechos humanos en ambos Sistemas, subyace también una invitación a la voluntad de aunar esfuerzos de todos los agentes implicados en la lucha por la igualdad de género a ambos lados del Atlántico y la necesidad de reformular un pacto social inclusivo entre los hombres y las mujeres que conforman la Humanidad.

María Macías Jara
Universidad Pontificia Comillas – ICADE, Madrid

María Jesús GARCÍA MORALES: *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya), Barcelona, 2017, 339 págs.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp421-430](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp421-430)

Las relaciones de cooperación intergubernamental son uno de los elementos que caracterizan el funcionamiento de los actuales estados políticamente descentralizados. Si bien es cierto que el primer federalismo adoptó una fórmula eminentemente dual, de clara separación de los dos niveles de decisión política constitucionalmente reconocidos en su seno –las instituciones centrales y las entidades subestatales dotadas de autogobierno (o miembros)– en el ejercicio de sus competencias respectivas, después evolucionó hacia un modelo cooperativo, fundado en la interacción de todas las instancias de la estructura territorial del estado. A ello llevó, fundamentalmente, el progresivo aumento (en número, complejidad y extensión territorial) de las necesidades que debían atender los poderes públicos, que imposibilitaba su plena satisfacción mediante la acción unilateral de cada uno de ellos y, por lo tanto, los obligaba a ejercer de manera conjunta o coordinada un importante y creciente número de potestades. Hoy en día, pues, nadie pone en duda que el eficaz desenvolvimiento de cualquier

sistema de descentralización política exige una sólida cooperación entre todos sus centros de gobierno. El Estado autonómico español –con todas sus peculiaridades– no es, en modo alguno, una excepción a esta regla general de la necesaria cooperación intergubernamental para que los sistemas de gobierno multinivel sean verdaderamente operativos. Antes bien, como afirmó bien pronto nuestro Tribunal Constitucional, la cooperación, pese a no estar prevista expresamente como un principio constitucional que ordene las relaciones entre todos los sujetos de la estructura político-territorial, es un imperativo inherente a la distribución del poder implantada por la Constitución al que se hallan sometidos recíprocamente los órganos centrales y las comunidades autónomas.

La cooperación territorial presenta, no obstante, algunos defectos o inconvenientes específicos, que también son comunes a todos los sistemas de descentralización política. Uno de estos problemas característicos de las relaciones intergubernamentales es el de su opacidad o falta de transparencia. Este rasgo responde,

sobre todo, al hecho de que el ámbito de la cooperación es una esfera prácticamente monopolizada por los gobiernos o las altas instancias administrativas; es decir, se trata de unas relaciones protagonizadas por órganos ejecutivos –son, como indica su nombre, *intergubernamentales*– que, por su propio carácter político, se llevan a cabo a menudo en un ambiente reservado o secreto. Por ello, esta nota general de la cooperación en los estados compuestos se suele asumir, con cierta resignación, como una suerte de efecto secundario connatural a la propia naturaleza de tales relaciones, que siempre requerirán un determinado grado de confidencialidad para ser eficaces. Sin embargo, a tal conclusión se opone el principio democrático sobre el que se asienta el Estado de Derecho, que –como ya proclamaba el artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con el que la profesora María Jesús García Morales abre el libro que aquí se comenta: «La sociedad tiene el derecho a pedir cuentas a todo agente público de su administración»– impone que los ciudadanos (directamente y a través de sus representantes en los parlamentos) puedan conocer todas las acciones, sean unilaterales o concertadas, de los gobiernos y las administraciones y puedan exigirles responsabilidades por ellas. En suma, como se ha afirmado con pleno acierto, las relaciones de cooperación, como cualquier otra actuación de los poderes públicos, no pueden quedar fuera del control democrático.

La cooperación intergubernamental se mueve, pues, en una tensión entre,

por un lado, la confidencialidad consustancial a unas relaciones protagonizadas por órganos ejecutivos y basadas en la negociación y el acuerdo político y, por otro, la publicidad y la exigencia de responsabilidades que siempre han caracterizado el régimen político democrático y que, ahora, en los nuevos tiempos de la transparencia y el buen gobierno, parecen reclamarse con especial intensidad. Por ello, es de todo punto necesario analizar de manera profunda y precisa, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el problema de la opacidad de la cooperación interterritorial en los estados políticamente descentralizados. Esta es, justamente, la tarea que ha llevado a cabo la doctora María Jesús García Morales, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y auténtica especialista de referencia en el estudio de las relaciones intergubernamentales en nuestro sistema autonómico y en los federalismos europeos, que ha plasmado en su excelente libro *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico*.

Esta monografía de la profesora García Morales tiene su origen en un proyecto de investigación individual que recibió una beca del Institut d'Estudis de l'Autogovern de la Generalitat de Catalunya en el año 2015. Como expresa la propia autora en la introducción del libro, su interés por el tema en él tratado surgió en el desarrollo de su labor como investigadora de las relaciones intergubernamentales y, en concreto, por las dificultades que se encontraba para acceder a información institucional

sobre los órganos de cooperación. Dicho testimonio inicial de la doctora García Morales sobre los motivos que la movieron realizar este estudio ya nos revela, por cierto, un efecto negativo de la opacidad de la cooperación intergubernamental que –debido, precisamente, a la falta de investigación académica en la materia– había pasado inadvertido hasta la fecha: la dificultad de llegar a sus fuentes de información. Evidentemente, la falta de transparencia de las relaciones intergubernamentales ocasiona, ante todo, un perjuicio de carácter político que afecta al ciudadano en general, al impedirle el conocimiento y el consiguiente control democrático de la cooperación; pero ahora, tras las valiosas aportaciones de la doctora García Morales en su estudio, hay que concluir que dicha opacidad incide, también, en la investigación científica del tema, porque tal labor se ve seriamente obstaculizada por los problemas que plantea la búsqueda de unas fuentes de información nada transparentes. Con esa inquietud, pues, como estudiosa de las relaciones intergubernamentales, y ante esas dificultades para conseguir datos y documentos procedentes de los propios órganos de cooperación, el estímulo definitivo para que la profesora García Morales se decidiera a «convertir lo que eran ideas por hilvanar en un proyecto de investigación y ese proyecto en este libro» fue la aprobación de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dada «la novedad que sus previsiones representaban para la transparencia de los órganos de cooperación (y de

otras normas posteriores), la singularidad de esa regulación (y de la intervención normativa en este campo) en el ámbito comparado y la ausencia de tratamiento sobre el tema» (pág. 34). El resultado de todo ello es una investigación completamente oportuna y absolutamente novedosa.

El trabajo publicado por la doctora García Morales es, en efecto, del todo oportuno, porque aborda un tema –el de la transparencia y otros conexos (como la rendición de cuentas o el gobierno abierto)– de plena actualidad en el debate político y jurídico, tanto en España como en el contexto comparado, y también en el plano internacional. Se trata, además, de un estudio novedoso, al no existir en nuestro país –ni ser fácil encontrar en otros– ninguna investigación específica sobre la transparencia y la rendición de cuentas en las relaciones de cooperación. Es, así, una obra verdaderamente pionera, por cuanto constituye el primer análisis monográfico sobre la transparencia y la rendición de cuentas de las relaciones intergubernamentales en los sistemas políticamente descentralizados, no solo en el Estado autonómico, sino también más allá de él (ya que también se estudian los federalismos europeos que la autora conoce perfectamente: Alemania, Suiza, Austria y Bélgica). Por ello, como afirma en el prólogo del libro la profesora Johanne Poirier, titular de la cátedra Peter Mac Kell sobre Federalismo de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill de Montreal (Canadá) y una de las más reputadas tratadistas mundiales de la cooperación en los estados compuestos, las aportaciones de «este estudio

tan oportuno» (pág. 22) de la profesora García Morales «serán de un interés especial para los especialistas en relaciones intergubernamentales de regímenes federales y políticamente descentralizados en todo el mundo, que a menudo lamentan la tendencia de las relaciones intergubernamentales a reforzar el poder ejecutivo, y su opacidad, pero que están perdidos a la hora de encontrar herramientas para contrarrestar este fenómeno antidemocrático» (pág. 23). Como prueba del eco internacional de esta monografía desde su misma aparición, cabe señalar que, nada más ver la luz, la prestigiosa Asociación Internacional de Derecho Constitucional-International Association of Constitutional Law (IACL) dio noticia del libro –y felicitó a la profesora García Morales por su publicación– en su blog del día 17 de octubre de 2017.

Por lo que se refiere a la metodología empleada, la doctora García Morales aborda y estructura el estudio de la transparencia y la rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico desde un triple plano: jurídico, empírico y comparado. Por un lado, desde una óptica jurídica, concreta y analiza el marco normativo de la transparencia de la cooperación vertical y horizontal en nuestro sistema; por otro lado, desde un punto de vista empírico, examina detalladamente la praxis cooperativa en el Estado autonómico, al objeto de precisar la aplicación, la eficacia y el impacto de las diferentes normas que regulan la transparencia de las relaciones intergubernamentales en España; y, finalmente, desde un prisma

comparado, traspasa las fronteras del Estado autonómico para estudiar los modelos de transparencia y rendición de cuentas de la cooperación en cuatro sistemas europeos de gobierno multinivel (Alemania, Suiza, Austria y Bélgica, como ya se ha dicho), tomándolos como referencia para contrastar y valorar la situación en la que se encuentra esta materia en nuestro país frente a los estados federales del entorno europeo. Esta última perspectiva comparada permite llegar a la conclusión de «que en las primeras posiciones en materia de transparencia de las relaciones de cooperación intergubernamental se situarían Suiza y Alemania. España estaría por detrás de ambas, pero quedaría por delante de Austria o Bélgica» (pág. 295).

La construcción del estudio a partir de los tres planos citados determina, como resultado, «una investigación eminentemente jurídica, pero en la que se examinan el Derecho (el marco normativo) y la realidad (la praxis cooperativa). En este estudio hay, por tanto, investigación empírica, un trabajo de campo que ocupa un lugar especialmente relevante, pues, al tratarse de *terra ignota*, un tema sin bibliografía previa específica (ni siquiera de forma destacable en los múltiples comentarios a la Ley 19/2013 en España, ni en los países del ámbito europeo estudiados), se ha construido sobre el examen directo de las tres dimensiones: primero, el estudio del marco normativo; segundo, la aplicación de este marco normativo a la práctica de la cooperación intergubernamental, y, tercero, la información pública que de forma activa o bien previa petición existe sobre los

instrumentos de cooperación en el ámbito comparado» (pág. 32). La indagación de la profesora García Morales conjuga, por lo tanto, el análisis jurídico con la investigación de campo. Esta última se ha realizado mediante encuestas, consultas y entrevistas (incluso con el envío de cuestionarios de elaboración propia) a actores de la cooperación intergubernamental –tanto personas (altos funcionarios) como instituciones (gobiernos, parlamentos, órganos de cooperación)– dentro y fuera del Estado autonómico, así como a través de la búsqueda de la documentación de los propios órganos de cooperación disponible en Internet.

En su estudio, la profesora García Morales examina, en primer lugar, el marco normativo previo a las leyes –estatal y autonómicas– de transparencia, cuando desde el inicio del Estado autonómico se empieza a regular la publicidad, más que la transparencia, de la cooperación entre el poder central y las comunidades autónomas (una dimensión vertical de las relaciones intergubernamentales que ha sido y sigue siendo la predominante en nuestro país). El análisis de esta normativa preexistente –entre la que destaca, como norma pionera en la regulación de la cooperación intergubernamental en España, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común– resulta del todo necesario, porque «no solo constituye el punto de partida en el largo camino de la transparencia de las relaciones de cooperación en el Estado autonómico, sino que, además, su examen es

el presupuesto inexcusable para valorar ulteriormente dónde están las posibles novedades de la ley estatal de transparencia (y otras normas ulteriores en este ámbito) y cuál es su verdadero alcance» (pág. 37).

El estudio de este bloque normativo anterior a las leyes de transparencia revela, entre otras interesantes conclusiones, que ese régimen jurídico sobre la publicidad de la cooperación se circunscribía casi por completo a los convenios entre el Estado y las comunidades autónomas, pero apenas incidía en los acuerdos de los órganos de cooperación –que también eran, y son, exclusivamente verticales–; y también pone de manifiesto que, en los casos en que sí se regulaba la publicidad de la actividad de tales órganos, no era mediante una ordenación general de la cuestión que diera una solución para el conjunto del sistema de relaciones intergubernamentales, sino a través de reformas aisladas y parciales, que es «algo muy propio en nuestro sistema» (pág. 303). De este modo se procedió, por ejemplo, con la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 enero, que atribuyó a las comisiones bilaterales de cooperación entre el Estado y cada comunidad autónoma una importante función en la resolución extrajudicial de conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley y que, por lo que aquí interesa, establece la obligación de publicar el acuerdo de inicio de negociaciones para resolver tales discrepancias (pero, en cambio, no prevé que deba publicarse el resultado de la negociación, lo que no deja de causar cierta extrañeza si hablamos

de transparencia). Como resultado de este análisis, el juicio de la profesora García Morales sobre dicha regulación precedente es que «se constata en el Estado autonómico un caos en el marco normativo sobre la transparencia de la cooperación, especialmente perceptible en lo que concierne a la publicidad de los resultados de la cooperación orgánica, donde es difícil atisbar la existencia de una lógica interna y menos aún una reflexión global sobre el tema» (pág. 304).

La investigación se centra, a continuación, en las obligaciones de transparencia de la cooperación intergubernamental introducidas por la Ley 19/2013 (que incluye expresamente en su ámbito subjetivo de aplicación a los órganos de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas, si bien bajo una condición no precisamente clara: «en la medida en que por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, les resulten aplicables las disposiciones» del título primero de la ley), así como por las diferentes leyes autonómicas sobre transparencia, y también –en un contexto más amplio de reformas administrativas– por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Por de pronto, la primera nota que debe destacarse de esta regulación es, más que su novedad, su auténtica singularidad, porque «es un hecho excepcional y único en el Derecho comparado (en lo que consta) que la transparencia de las relaciones de cooperación se regule por ley» (pág. 304). Como explica la profesora García Morales, una de las principales razones de esta particularidad de nuestro sistema autonómico es,

posiblemente, el no menos particular concepto de relaciones de cooperación asumido en España –donde se han entendido como relaciones interadministrativas (entre administraciones) y no como intergubernamentales, «por más que los sujetos que forman parte de las mismas sean miembros de gobiernos» (pág. 122)–, lo que ha amparado la intervención en esta materia del legislador básico estatal, con fundamento en el título competencial del artículo 149.1.18ª de la Constitución (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas), para aprobar la Ley 19/2013 y la Ley 40/2015 (y, antes, la Ley 30/1992). Por otro lado, también cabe advertir que el ámbito de aplicación de esta legislación reguladora de la transparencia se ciñe a la cooperación –y, en particular, a los órganos de cooperación– entre el Estado y las comunidades autónomas (vertical) y, por lo tanto, no afecta –directamente, al menos– a la cooperación entre comunidades autónomas (horizontal), por cuanto el poder central carece de competencia para regular esta última (quienes deberían hacerlo, en su caso, son las propias comunidades autónomas). No obstante, como advierte la autora, ello no tiene consecuencias prácticas en términos de falta de transparencia de las relaciones intergubernamentales entre comunidades autónomas, por una sencilla razón: «Dado que este tipo de cooperación horizontal no se prodiga en el Estado autonómico, su opacidad no es un problema como puede serlo respecto a los órganos de cooperación vertical que son los existentes» (pág. 237).

A propósito de esto último, cabe recordar que uno de los rasgos del

modelo de relaciones intergubernamentales en España es, precisamente, el de tener un carácter eminentemente vertical; y este hecho, además de constituir una importante nota diferencial respecto a la mayoría de los ordenamientos federales europeos (como se pone claramente de relieve en el trabajo, al analizar comparativamente la transparencia de la cooperación en los sistemas europeos de gobierno multinivel más relevantes), tiene unos particulares y muy relevantes efectos en la praxis de la transparencia de la cooperación en el Estado autonómico. La profesora García Morales concreta y estudia muy bien tales singularidades del modelo español de relaciones intergubernamentales, entre las que pueden destacarse dos (que se hallan, por lo demás, en clara interrelación): por un lado, la existencia de un Ministerio de Administraciones Públicas –un órgano sin equivalente en los estados compuestos europeos (salvo Italia)–, que es, además, el gestor *de iure* de los mayores recursos informativos sobre cooperación territorial; y por otro, el desinterés casi absoluto de las comunidades autónomas por recopilar y tratar la información referente a la cooperación intergubernamental, de tal manera que puede hablarse de «una dejación de las comunidades autónomas en el Ministerio de Administraciones Públicas de estos aspectos» (pág. 198).

Las novedades que la Ley 19/2013, la Ley 40/2015 y las leyes autonómicas de desarrollo han supuesto para la regulación de la transparencia de las relaciones de cooperación intergubernamental en España son estudiadas en el libro con suma precisión. Según

señala la profesora García Morales, alguna de las obligaciones de transparencia introducidas por estas normas puede tener, ciertamente, efectos positivos. Este sería el caso de los nuevos registros electrónicos de órganos de cooperación y convenios (máxime si se configuran con acceso universal por vía telemática, cuestión que el legislador estatal no ha especificado), que cada administración pública debe crear conforme al artículo 144.3 de la Ley 40/2015; en concreto, el cumplimiento de la ley en este punto obligará a la generalización de estos registros en todas las comunidades autónomas y, además, conllevará la ampliación del ámbito de los registros telemáticos de convenios existentes en algunas de ellas, cuya implantación ya había aportado un importante valor añadido a la transparencia de la cooperación horizontal (al permitir la publicidad de los protocolos entre comunidades autónomas, que constituyen la técnica más usual de cooperación entre ellas, pero también son la más opaca, ya que su suscripción no precisa los requisitos que se necesitan para firmar los convenios o los acuerdos de cooperación previstos en el artículo 145.2 de la Constitución y los respectivos estatutos de autonomía). Sin embargo, otras previsiones legales suscitan dudas, bien sobre su sentido (por ejemplo, la Ley 19/2013 no deja claro si la obligación de publicidad activa en Internet que se impone a los órganos de cooperación exige o no que estos dispongan de una página web propia); o bien sobre su eficacia (así, la reunión por medios electrónicos, y no presencial, de los órganos de cooperación que prevé expresamente la Ley

40/2015 puede tener el efecto de llevar a una mayor informalidad y, consiguientemente, a una menor visibilidad de la actuación y los resultados de estos órganos, lo que representaría un auténtico contrasentido con la voluntad de hacerlos más transparentes); o bien, en fin, suponen incluso un retroceso con respecto a la situación precedente (esto ocurre con la publicidad de los convenios entre el Estado y las comunidades autónomas, que antes debían publicarse en los boletines oficiales de todas las partes, pero ahora la nueva legislación básica solo prevé como obligatoria su publicación en el Boletín Oficial del Estado, quedando como facultativa su inserción en los diarios oficiales autonómicos).

Como conclusión de todo este análisis, la profesora García Morales, al valorar si el nuevo régimen jurídico de la transparencia en España entraña una efectiva innovación en el terreno de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico, afirma que, «por el momento, la entrada en vigor de la ley, transcurridos más de dos años después de la misma, arroja un resultado que a primera vista puede resultar sorprendente: la ley estatal de transparencia no ha provocado cambios respecto a la situación *ex ante* y a la praxis previa (por lo menos, todavía)» (pág. 214); y, más precisamente, «no hay cambios (todavía) en la praxis de la transparencia de los órganos de cooperación en España que nos acerquen a los países donde (sin ley al respecto) hay unos estándares más altos de transparencia» (pág. 299). Así, por ejemplo, tras la Ley 19/2013, el acceso telemático a la información sobre los órganos de cooperación

sigue siendo el mismo que antes, lo que significa que los órganos que actualmente disponen de espacio web propio son los (pocos) que ya lo tenían. Esto no significa, empero, que pueda hablarse de un incumplimiento de la nueva norma, porque —como precisa la autora— «la ley impone un mínimo de obligaciones de transparencia que estrictamente ya venían dándose en la práctica, en particular a través de la labor del Ministerio de Administraciones Públicas» (pág. 216).

Ante la citada ausencia, por el momento, de variaciones apreciables en cuanto a la transparencia de la cooperación una vez en vigor la Ley 19/2013, parece que la verdadera virtualidad de la nueva regulación reside, más bien, en su potencialidad para impulsar un giro en la actitud de los actores de las relaciones intergubernamentales hacia esta materia. De este modo, si bien es verdad que la ley aún no ha provocado modificaciones sensibles al respecto, también es cierto que «contiene previsiones lo suficientemente amplias como para mejorar la cantidad y calidad formal y de los contenidos que se hacen públicos»; y, teniendo presente que «el aprovechamiento de todas estas posibilidades exige una voluntad política decidida de no aplicar mínimos, sino de ir a la aplicación de máximos», no debe «desdeñarse tampoco la capacidad que pueda tener la ley de generar una cultura de la transparencia que tienda hacia esos máximos» (pág. 216). Todo esto, evidentemente, sin perder de vista —y con una gran dosis de realismo— que la calidad formal y material de la transparencia «precisa de medios materiales y humanos

ingentes» (pág. 211), lo que puede ser un obstáculo importante para acometer esta tarea en tiempos de drástica contención de gasto de las administraciones públicas. No obstante, sin perjuicio de estas consideraciones materiales, y teniendo también en cuenta –de nuevo con una óptica realista– que unas relaciones que están protagonizadas por gobiernos llevarán aparejado siempre un cierto nivel de confidencialidad, la voluntad política de ser más transparentes debe ser el verdadero motor del cambio de paradigma (sobre todo por parte de las comunidades autónomas, que no se han preocupado hasta la fecha por la gestión de la información sobre la cooperación), porque, en definitiva, «la transparencia no es solo lo que dice la ley que debe hacerse público» (pág. 229). Asimismo, en relación con la cultura de la transparencia que pudiera propiciarse de resultados de la regulación de esta materia y con la búsqueda del aprovechamiento óptimo de los recursos en tiempos de restricciones presupuestarias, la transparencia –en especial, la de los órganos de cooperación– también «debería servir para saber lo que se crea y no funciona o incluso nunca ha funcionado (por inactividad), algo que está sucediendo en el Estado autonómico, pero que resulta insólito en el ámbito comparado» (pág. 164); este diagnóstico sería particularmente aplicable a las conferencias sectoriales en España, donde más de la mitad –de las cerca de cuarenta formalmente existentes– no tiene ninguna actividad.

Estas y otras muchas cuestiones aborda, en definitiva, la profesora María Jesús García Morales en su

libro *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico*. Esta monografía es un estudio pionero, novedoso, exhaustivo, riguroso y crítico sobre un tema necesitado de una investigación jurídica y práctica de la máxima solvencia, y no puede sino afirmarse que la doctora García Morales –demostrando una vez más su maestría en el tratamiento de las relaciones intergubernamentales– lo ha llevado a cabo con pleno acierto. Hasta ahora, la investigación sobre la cooperación territorial se había hecho fundamentalmente desde la Ciencia Política, lo que –en palabras de la propia autora– «resulta hasta cierto punto lógico, pues la transparencia de las relaciones intergubernamentales en el ámbito comparado no se regula por ley, sino que acostumbra a ser parte de la política comunicacional de los gobiernos» (pág. 30). Sin embargo, el tema tiene una indudable dimensión jurídica –que la aprobación de la Ley 19/2013 ha servido para poner de relieve– y, especialmente, jurídico-constitucional, porque afecta, en esencia, a la justificación y a la fundamentación democráticas de nuestro sistema de descentralización política, puesto que –como se afirma en el prólogo del libro– «la legitimidad de las instituciones políticas se ve seriamente cuestionada en ausencia de la transparencia y la rendición de cuentas» (pág. 21). Por esta razón, era imprescindible un estudio profundo de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Constitucional. Así lo ha hecho la doctora García Morales en un libro sumamente rico en el análisis de la regulación y

la praxis de la transparencia de la cooperación territorial, y en el que, a su vez, ofrece numerosas y fundadas propuestas de mejora de una y otra. Es, en suma, un trabajo que aporta una extraordinaria claridad a un ámbito que, tanto en la práctica política como

en la investigación jurídica, lleva demasiado tiempo en la sombra. Por ello, la lectura de este libro imprescindible contribuirá, sin duda, a hacer más luminoso este terreno tan opaco –para el ciudadano y para el jurista– de la acción pública.

Vicente Juan Calafell Ferrá
Universidad de las Islas Baleares

EN ESTE NÚMERO
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Miguel AGUDO ZAMORA es Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Córdoba (España).

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ es Profesor Ayudante doctor de la Universidad de Valladolid (España).

Alvin P. ANG es Profesor de Economía en la Universidad Ateneo de Manila (Filipinas).

Rubén F. BALANE es Catedrático de Derecho civil en la Universidad Ateneo de Manila (Filipinas).

Andrés BAUTISTA HERNÁNDEZ es Becario-colaborador del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Málaga (España).

María Dolores CABELLO FERNÁNDEZ es Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional en la Universidad de Málaga (España).

José Manuel CABRA APALATEGUI es Profesor Contratado Doctor del área de Filosofía del Derecho, moral y política de la Universidad de Málaga (España).

Sedfrey M. CANDELARIA es Catedrático de Derecho constitucional y Decano en la Universidad Ateneo de Manila (Filipinas).

Ngina Teresa V. CHAN-GONZAGA es Profesora de Derecho civil en la Universidad Ateneo de Manila y ex miembro de la Comisión Presidencial de Buen Gobierno (Filipinas).

Deborah GARCÍA MAGNA es Profesora Colaboradora de Derecho Penal en la Universidad de Málaga (España).

Miguel GUTIÉRREZ BENGOCHEA es Profesor Titular de Derecho Financiero en la Universidad de Málaga (España).

Tanya Karina A. LAT es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Ateneo de Manila (Filipinas).

María MACÍAS JARA es Profesora Doctora de Derecho constitucional en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE, Madrid).

Juan Manuel MARTÍN GUERRERO es Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga (España).

Alicia María PASTOR GARCÍA es Doctorada en Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Málaga (España).

Miguel REVENGA SÁNCHEZ es Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Cádiz (España)

Ángel RODRÍGUEZ es Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Málaga (España).

Rafael RUBIO NÚÑEZ es Profesor Titular de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid y subdirector de Estudios e investigación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España).

Alejandro SÁNCHEZ FRÍAS es Investigador Predoctoral FPU en Derecho Internacional Público en la Universidad de Málaga (Madrid, España).

Pablo SÁNCHEZ-MOLINA es Investigador Predoctoral (Becas de la Obra Social «la Caixa») en Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla (España).

María Isabel TORRES CAZORLA es Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derecho Comunitario en la Universidad de Málaga (España).

José Manuel De TORRES PEREA es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Málaga (España).

Angel G. VALENZUELA SERRANO es Profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga (España).

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 que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana o inglesa, 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, teléfono de contacto y en su caso el identificador de orcid.
 - 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.
 - El texto del trabajo irá precedido de un breve sumario de las diferentes partes en que esté estructurado el trabajo en castellano o en inglés dependiendo del idioma en que esté redactado el trabajo.
 - Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano) o en castellano (si el trabajo se presenta en idioma inglés).
 - El trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.
 - La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), tamaño DinA 4.
 - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
 - Ejemplo:
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
 - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
 - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
 - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
 - Los títulos de los distintos apartados:
 - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
 - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
 - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
 - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
 - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
 - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*
 - Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
 - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
 - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
 - Ejemplo: A) La conexión indirecta

- a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
- El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
 - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema ‘Autor-fecha’.

Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

¹ Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

¹⁸ Duch, *Mito...*, 15.

²¹ Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

²² Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

² Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

³ Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

⁷² Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

¹⁰¹ Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

² Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

³ Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

¹ Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

¹⁸ Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

¹ Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

¹⁹ Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

¹ James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

² Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

¹ Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

¹⁴ Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

¹ Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

² Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

³ Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

⁴ Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo:

Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

¹ María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

³⁴ Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

Artículo en una revista en línea

¹ Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

¹⁵ Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

² Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

⁴ Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

¹ David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

² Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

¹ Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

³ Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

² Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

⁴ Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

² «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

³ José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

² Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

⁷ Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar.

⁸ Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

⁹ Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

Norma jurídica

² Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

³ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

Jurisprudencia

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

Autor-fecha: ejemplos

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

1. Libro

Un autor

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.
Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
(Duch 1998, 99-100)
(Segura 2012, 74-76)

Dos autores

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
(León y Montero 1993, 25)

Tres autores

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

Cuatro o más autores

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*

(Ojeda et al. 2009, 128-129)

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

(Notario Ruiz 2005, 24)

Editor, traductor o compilador además de autor

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.

(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

Capítulo u otra parte de un libro

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.

(Gómez Mendoza 2009)

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.

(Rieger 1982, XX-XXI)

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF.

(Austen 2008)

Libro consultado en línea

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

(Gutiérrez Ordoñez 1981)

(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html.

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»). Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

(McDonald's 2008)

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») y, generalmente, se omiten en la lista

de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

(Ramírez 2012)

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,⁸ ...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

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 (± 20 páginas escritas a espacio simple, 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 ordinario de cinco días naturales 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.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios de Deusto. Revista de la Facultad de Derecho, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas. No firman ningún documento de cesión de derechos con la Editorial.

1. Autoría: El autor debe ser el único creador de la obra o debe actuar legalmente en nombre y con el pleno acuerdo de todos los autores.
2. Derecho de Autor y Código de conducta:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicado en cualquier forma anteriormente; que no está preparando su publicación en otra parte; que su envío y publicación no violan el código ético de la revista Estudios de Deusto (disponible en <revista-estudios.revistas.deusto.es>) ni los códigos de conducta, leyes o derechos de cualquier tercero; y que no se requiere el pago por la publicación por la Editorial (Universidad de Deusto).
 - b) Los autores conceden a la Editorial el derecho libre de pago para explotar y sublicenciar la obra en todo el mundo, en todas las formas y medios de expresión, ahora conocidos o desarrollados en el futuro, para los propósitos educativos y académicos.
 - c) Los autores retienen el derecho a presentar, exhibir, distribuir, desarrollar y publicar su trabajo para progresar en su carrera científica con la debida anotación de su publicación original en la revista Estudios de Deusto.
 - d) Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial.

Código ético

Estos compromisos están basados en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Obligaciones generales de la dirección de la Revista

El director de la Revista deberá:

1. Velar por la continua mejora de la Revista;
2. Asegurar la calidad de los artículos que se publican;
3. Mantener la integridad académica del contenido de la Revista;
4. Respetar la libertad de expresión;
5. Estar dispuesto a publicar las correcciones, y a hacerlo si se detectan errores, así como a publicar las retractaciones, y las disculpas que en su caso sean necesarias. Al respecto, se seguirán las recomendaciones publicadas al respecto por COPE
6. Preservar el anonimato de los evaluadores designados en cada caso para la evaluación de los artículos.
7. No anteponer en ningún caso intereses comerciales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.

2. Relación con los autores

2.1. Promoción de conductas éticas

La dirección de la Revista deberá asegurarse de adoptar las medidas oportunas para asegurar la calidad del material publicado, y evitar la publicación de plagios y de trabajos no originales.

2.2. Obligaciones específicas de los autores

2.2.1. Originalidad y plagios

Los manuscritos que envíen los autores para su publicación en la Revista deberán contener los datos necesarios para permitir su cita ulterior por otros autores.

Los autores deberán enviar artículos completamente originales, y si los autores han utilizado el trabajo y/o las palabras de otros, éstos deberán estar convenientemente citados en el trabajo. Los plagios en las distintas formas en que se pueden manifestar, como puede ser la reproducción del trabajo de otro como si fuese un trabajo propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de otro/s trabajo/s sin citarlos, se consideran conductas no éticas e inaceptables. La Dirección de la Revista adoptará en semejantes casos las medidas oportunas, que incluirá generalmente la comunicación al autor de las quejas o reclamaciones planteadas, así como inclusive posteriores comunicaciones a las instituciones u organismos de investigación correspondientes. Si la conducta no ética se confirma y se descubre tras la publicación del artículo, aunque hayan pasado años, se procederá a publicar una corrección, retractación u otro tipo de nota que deje constancia del acto producido.

2.2.2. Publicación múltiple, redundante o simultánea

Los autores deberán procurar en general no publicar la misma investigación en más de una publicación. El envío del mismo original a más de una revista simultáneamente se considera una conducta inaceptable. La publicación de un artículo en más de una Revista podrá encontrarse excepcionalmente justificada, y en cualquier caso se deberá mencionar adecuadamente la primera referencia publicada en la segunda publicación.

2.2.3. Reconocimiento de fuentes

Se deberá reconocer el trabajo de otros autores, por lo que los autores deberán citar en sus manuscritos los trabajos que hayan sido relevantes para su propio trabajo. Informaciones obtenidas por vías distintas a trabajos publicados previamente de forma pública solo podrán usarse con el permiso expreso del autor correspondiente. Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente al director de la Revista y colaborar con este último en la corrección o retractación del error cometido. Si el director de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, el autor deberá lo antes posible enviar la correspondiente retractación o corrección, o acreditar ante el director de la Revista la veracidad y corrección del artículo original.

2.2.5. Autoría

La autoría de los artículos deberá estar limitada a las personas que han contribuido de forma significativa a la determinación, diseño y elaboración del trabajo. Todos los que hayan contribuido de forma significativa deberán ser citados como coautores.

Si otras personas hubiesen participado en algunos aspectos sustantivos del trabajo, deberán ser reconocidos adecuadamente en el artículo.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación

2.2.6. Conflictos de interés de los autores

Los autores deberán manifestar en el manuscrito cualquier conflicto de interés financiero o sustantivo que puedan tener y que pueda incidir en su publicación y en su valoración. Todas las fuentes de financiación del proyecto deberán ser indicadas en el manuscrito.

2.3. Normas de publicación para los autores

Se publicará y se mantendrá debidamente actualizado el proceso de publicación en la Revista con el fin de que los autores puedan tener toda la información que necesiten al respecto, y que solamente por causas debidamente justificadas se podrá alterar. En particular, se publicará el funcionamiento del proceso de revisión por pares de los artículos recibidos al que deberán someterse todos los autores.

2.4. Decisiones respecto a la publicación

Las decisiones relativas a la aceptación o al rechazo de un artículo para su publicación deberán basarse única y exclusivamente en la calidad del artículo, esto es, en su claridad, originalidad, e importancia, así como en su adecuación a los objetivos y al ámbito de la Revista. El director de la Revista será el responsable de decidir en última instancia qué artículos enviados a la Revista se publicarán finalmente en ella.

En ningún caso, se rechazarán artículos debido a las críticas u opiniones divergentes de posturas mayoritarias y/o manifestadas por miembros de la Revista, siempre que se trate de artículos de calidad que justifiquen sus posturas sin caer en la descalificación.

Igualmente, la decisión, bien de aceptación, bien de rechazo, se comunicará siempre al autor en el tiempo indicado en las normas de publicación, y deberá ser motivada, especialmente en caso de rechazo. Esta decisión no deberá modificarse posteriormente, salvo que se hayan producido serios problemas en el proceso de publicación que deberán justificarse debidamente. En cualquier caso, los cambios en la estructura de la Revista no afectarán a las decisiones adoptadas previamente en cuanto a la aceptación o al rechazo de los artículos enviados para su publicación.

2.5. Confidencialidad y conflictos de interés de la dirección, de la subdirección y del Consejo de Redacción

La dirección de la Revista, así como la subdirección y el Consejo de Redacción, no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente, los potenciales o actuales evaluadores del artículo y los miembros del Consejo Asesor de la Revista, si fuese conveniente.

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de la dirección de la revista, de la subdirección, del Consejo de Redacción o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo en virtud del párrafo anterior, salvo que se cuente con el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. La dirección de la Revista, así como la subdirección, se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción. Los autores deberán manifestar sus intereses relevantes, y el director de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes en caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación.

3. Proceso de revisión por pares

3.1. Contribución a las decisiones editoriales

La adecuada revisión por pares de los artículos se considera un elemento esencial de la Revista. Los evaluadores asisten al Director de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos, y a través de la comunicación con el autor también contribuyen a la mejora del artículo.

Los artículos serán revisados por dos evaluadores, recurriéndose a la opinión de un tercer evaluador en caso de que haya discrepancias respecto a la publicación o no del artículo entre las dos evaluaciones realizadas.

3.2. Conducta debida

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales. Igualmente, se evitarán los conflictos de intereses del tipo que fuere (personales, académicos, comerciales, etc.). En particular, los evaluadores deberán señalar las publicaciones relevantes no citadas por el autor en el manuscrito, así como posibles similitudes o identidades parciales o totales del manuscrito con otros artículos ya publicados de los que tenga conocimiento personal el evaluador.

Si un evaluador no se considera suficientemente capacitado para evaluar un determinado manuscrito, o sabe que no lo podrá hacer en un tiempo razonable, deberá comunicárselo inmediatamente a la dirección de la Revista.

3.3. Confidencialidad de los evaluadores

En cualquier caso, el proceso de evaluación quedará sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Ni los evaluadores ni los autores conocerán sus respectivas identidades, evitando de esta forma los conflictos de intereses que se pudiesen producir. Al respecto, la dirección de la Revista ostentará un estricto deber de confidencialidad. Igualmente, los evaluadores deberán tratar los manuscritos recibidos como información confidencial, y no deberán mostrarlos o discutirlos con terceras personas, salvo autorización expresa del Director de la Revista.

3.4. Conflictos de interés de los evaluadores

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los evaluadores, sin el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. Los evaluadores se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Más información: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/index>

All this information is available in English on the following web page:
<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/>

Estudios de Deusto

Volume 66, Issue 1, January-June 2018

Table of Contents

Special Issue: Globalization and the welfare state: current constitutional debates in Europe and Asia

Presentación
Ángel RODRÍGUEZ

Studies

Las raíces españolas del Derecho filipino

Ruben F. BALANE

La Constitución de Cádiz y la filipina de Malolos: Similaridades y diferencias

Miguel REVENGA SANCHEZ

La posición constitucional de los derechos sociales en España

Miguel AGUDO ZAMORA

Bases constitucionales de los derechos sociales en Filipinas

Ngina Teresa V. CHAN-GONZAGA

La protección internacional de los derechos sociales: una perspectiva internacional

Sedfrey M. CANDELARIA

La globalización y su impacto en el concepto del Estado del

bienestar en países desarrollados y en desarrollo

Alvin P. ANG

La democracia filipina y sus descontentos: la promesa fallida de la justicia social bajo la Constitución del poder popular de 1987

Tanya Karina A. LAT

Notes

¿Puede la interpretación y aplicación que del Derecho privado haga el juez ser determinante en la subsistencia del estado de bienestar?

José Manuel DE TORRES PEREA

The maintenance of public pensions

Miguel GUTIÉRREZ BENGOCHEA

On the structure and limits of social rights

José Manuel CABRA APALATEGUI

The crisis and its challenges for democracy. Towards a new political and social contract?

Rafael RUBIO NÚÑEZ

Un estudio comparado sobre el Derecho internacional de desastres aplicable a España y Filipinas

Andrés BAUTISTA HERNÁEZ

The shared ownership of agricultural exploitations as a «bidirectional» measure

María Dolores CABELLO FERNÁNDEZ

El turno de lo punitivo en España. Lo resistirá el Estado del bienestar?

Deborah GARCÍA MAGNA

The protection of biomedical research in the Welfare State of the future

Juan Manuel MARTÍN GUERRERO

The Conventional practice of Spain and the Philippines concerning human rights Treaties in reserves

Alicia María PASTOR GARCÍA

New measures against foreign terrorist fighters in Europe: a model for the Philippines?

Alejandro SÁNCHEZ FRÍAS

La migración desde la perspectiva de España y Filipinas

María Isabel TORRES CAZORLA

The Welfare State. A challenge for democracy

Ángel G. VALENZUELA SERRANO

The origin of the Human Rights greater protection clause

Pablo SÁNCHEZ-MOLINA

Book reviews